

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Andréa Lúcia Nazário Villares

Instrumentos jurídicos consensuais para proteção à concorrência.

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Andréa Lúcia Nazário Villares

Instrumentos jurídicos consensuais para proteção à concorrência.

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Doutor Tercio Sampaio Ferraz Junior.

SÃO PAULO

2009

Banca Examinadora

Agradecimentos e Dedicatória

Primeiramente, agradeço a Deus por iluminar o meu caminho na condução do trabalho.

Agradeço a todos da minha família, em especial, à minha mãe Regina, ao meu marido Luiz e aos meus filhos Marina e Fernando pela compreensão e apoio.

Agradeço aos Professores Juliano de Souza Albuquerque Maranhão, Celso Fernandes Campilongo, Marcus Elidius M. de Almeida e à Professora Elizabeth M. M. Q. Farina pela atenção e disponibilidade.

Agradeço ao meu orientador, o Prof. Dr. Tercio Sampaio Ferraz Junior, exemplo e inspiração a todos os estudiosos do Direito.

Agradeço aos meus colegas Procuradores da Universidade de São Paulo pelo incentivo.

Dedico àqueles que atuam na defesa da concorrência, em especial, ao Dr. Onofre Carlos de Arruda Sampaio.

RESUMO

O trabalho versa sobre os instrumentos jurídicos utilizados pelos agentes econômicos e a autoridade de defesa da concorrência no Brasil. O objetivo principal do trabalho foi o de discorrer sobre os instrumentos previstos na lei de defesa da concorrência, bem como outros adotados pela autoridade antitruste brasileira, investigando até que ponto são formas acordadas para proteção à concorrência. Além disso, no decorrer do trabalho buscou-se identificar algumas questões geradas pela adoção desses instrumentos, tais como seus pressupostos para a celebração, a natureza jurídica, intervenção de terceiros, alcance de suas cláusulas, identificando, ainda, se o ajuste das cláusulas seria consensual. O alcance das cláusulas dos instrumentos suscitou a análise da aplicação de vários princípios, identificando se haveria violação ao princípio da legalidade em nome da eficiência econômica.

O estudo observou a divisão adotada pela lei de defesa da concorrência, o de controle de estruturas e condutas. No controle de estruturas, discorremos sobre a Medida Cautelar, o Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação - APRO e o Termo de Compromisso de Desempenho - TCD. No controle de condutas, foram analisados a Medida Preventiva, o Termo de Compromisso de Cessação - TCC e, em especial, na conduta de cartel, foi abordado o Acordo de Leniência. A pesquisa realizada examinou os instrumentos jurídicos firmados entre os agentes econômicos e o CADE de 1994 a 2008, para que, da análise de suas cláusulas, pudéssemos acompanhar a evolução dos instrumentos ao longo do tempo e as respectivas medidas adotadas nos processos em trâmite no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, considerando a natureza distinta de cada instrumento. Além disso, o estudo contribuiu para o debate sobre a questão da eficiência nos acordos processuais para proteção à concorrência, conforme a lei antitruste brasileira.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Econômico – Eficiência – Termos de Compromisso – Proteção à Concorrência – CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Instrumentos Jurídicos.

ABSTRACT

The work is about the legal instruments used by economic agents and the authority of the defense of competition in Brazil. The main objective of this study was to discuss the tools provided by law for the defense of competition, and others adopted by the Brazilian antitrust authority, investigating to what extent are agreed ways to protect competition. Moreover, during the study, it was aimed to identify some questions generated by the adoption of instruments such as its assumptions for adoption, the legal thresholds, intervention of third parties, scope of its provisions, identifying, even if the set of clauses was consensual. The scope of the terms of the instruments raised the analysis of the application of several principles, identifying whether there is violation of the principle of legality in the name of economic efficiency.

The study noted the division adopted by the Law of Protection of Competition, in the control of structures and conducts. In the control of structures, it was discussed the Incidental Measure, the Agreement of Reversibility Preservation of Operation - APRO and Term of Commitment to Performance - TCD. On the conducts, were analyzed the Preventive Measure, the Term of Commitment Termination - TCC, and in particular the behavior of cartels and the Leniency Agreement. The research conducted examined the legal instruments concluded between economic agents and CADE from 1994 to 2008, to the analysis of its provisions, we follow the development of instruments over time and the measures adopted in cases analyzed by the Brazilian System of Protection of Competition, considering the different nature of each instrument. Moreover, the study contributed to the debate on the issue of efficiency in the procedural arrangements for protection of competition, under Brazilian antitrust law.

KEYWORDS

Economic Law – Efficiency – Negotiated Settlements – Protection of Competition – CADE – Administrative Council for Economic Defense – Legal Instruments.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I - O DIREITO DA CONCORRÊNCIA	
1.1. O Princípio Constitucional da Livre Concorrência	16
1.2. O Papel do Estado	18
1.3. O Papel da Concorrência	19
1.4. Livre Concorrência e Livre Iniciativa	20
1.5. O Estado e a Iniciativa Privada	21
1.5.1. Fases Liberal, Interventora e Reguladora do Estado	21
1.5.2. Intervenção ou Livre Mercado	24
1.5.3. Intervenção Estatal e Falhas de Mercado	26
1.5.4. Interface entre Regulação e Concorrência	27
1.5.5. A Concorrência em Setores Regulados e as Agências Reguladoras	27
1.6. O Bem-Estar do Consumidor como Objetivo Final da Defesa da Concorrência	31
1.7. O Princípio da Eficiência no Direito Administrativo	35
1.8. O Princípio da Eficiência no Estado Regulador	38
1.9. Eficácia, Efetividade e Eficiência nas Soluções Concorrenciais Acordadas	39
1.10. Distinção entre Eficácia e Efetividade	40
1.11. Políticas Públicas e a Defesa da Concorrência	42
CAPÍTULO II - A ANÁLISE ANTITRUSTE E OS INSTRUMENTOS	
2.1. Origem	44
2.2. A Importância da Relação entre Direito e Economia nas Soluções Concorrenciais	47
2.3. A Forma Consensual na Adoção dos Instrumentos	53

2.4. Os Litígios Concorrenciais e o Processo Administrativo	54
2.5. Objetivo dos Instrumentos Jurídicos Consensuais	55
2.6. Controle de Estruturas e de Condutas	56
2.7. Necessidade de Submissão ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) de Atos e Contratos	59
2.8. Análise Econômica nos Atos de Concentração	61
2.9. Conceitos Relevantes para a Análise Antitruste	61
2.9.1. Abuso do Poder Econômico	61
2.9.2. Posição de Domínio	62
2.9.3. Mercado Relevante	62
2.9.4. Mercado Relevante Geográfico	63
2.9.5. Informações sobre Clientes e Fornecedores	63
2.9.6. Eficiência Econômica	64
2.9.6.1. O Princípio da Eficiência Econômica e a Maximização de Riquezas	65
2.9.7. Barreiras à Entrada	68
2.9.8. Custos Irrecuperáveis	69
2.9.9. O Poder de Controle	69
2.9.10. A Visão de Grupo	71
2.9.11. Mercados Monopolistas	74
2.10. Competência do CADE	75
2.11. As Decisões do CADE e a Revisão pelo Judiciário	77
2.12. Limites da Análise Judicial das Decisões do CADE	79
2.13. A Eficiência e o Judiciário Brasileiro	81
2.14. Os Princípios e as Soluções Concorrenciais Acordadas	84
2.14.1. Adequação	84
2.14.2. Ponderação	85

2.14.3. Razoabilidade e Proporcionalidade	85
2.14.4. Legalidade	86
CAPÍTULO III - O CONTROLE DE ESTRUTURAS E OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS	
3.1. MEDIDA CAUTELAR	89
3.1.1. Fundamento Legal	89
3.1.2. Competência da Autoridade Antitruste	90
3.1.3. Requisitos da Medida Cautelar	91
3.1.3.1. <i>Fumus Boni Iuris</i>	91
3.1.3.2. <i>Periculum in Mora</i>	93
3.1.4. Intervenção de Terceiros	93
3.2. ACORDO DE PRESERVAÇÃO DE REVERSIBILIDADE DA OPERAÇÃO – APRO	94
3.2.1. Fundamentação Legal	96
3.2.2. Natureza Jurídica	97
3.2.3. Distinção entre a Medida Cautelar e o APRO	104
3.3. TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO – TCD	105
3.3.1. Características	109
3.3.2. A Negociação das Metas do Compromisso de Desempenho	112
3.3.3. Aspectos Relevantes dos Termos de Compromisso Analisados	114
3.3.4. Acordo em Controle de Concentrações	122
CAPÍTULO IV – CONTROLE DE CONDUTAS E OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS	
4.1. MEDIDA PREVENTIVA	123
4.1.1. Do Cabimento da Medida Preventiva	124
4.1.2. <i>Fumus Boni Iuris</i>	124
4.1.3. <i>Periculum in Mora</i>	124

4.2. TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO – TCC	126
4.2.1. Natureza Jurídica	126
4.2.2. Fundamento Legal	128
4.2.3. Características do TCC	130
4.2.4. A Importância do Programa de <i>Compliance</i> (Programa de Prevenção às Infrações contra a Ordem Econômica)	134
4.2.5. TCC em Cartel	136
4.2.5.1. Leniência, TCC e Confissão de Culpa	141
4.3. ACORDO DE LENIÊNCIA	144
4.3.1. Competência e Natureza Jurídica	145
4.3.2. Condições para a Celebração	146
4.3.3. Consequências da Exigência de Confissão de Culpa	147
4.3.4. Conteúdo dos Acordos de Leniência	149
4.4. Multas e Penalidades	154
4.5. As Futuras Modificações na Lei Antitruste Brasileira	157
CONCLUSÃO	162
BIBLIOGRAFIA	167
ANEXO I – LEI 8.884/94	185
ANEXO II – REGIMENTO DO CADE	215

INTRODUÇÃO

O estudo visa a propiciar a análise dos instrumentos jurídicos adotados consensualmente pelas partes e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, examinando aspectos relevantes, tais como: as distintas finalidades e naturezas jurídicas; competência da autoridade antitruste; imposição ou negociação dos instrumentos; o teor das cláusulas negociadas; intervenção de terceiros; propositura e respectivo cabimento, entre outros aspectos inerentes aos instrumentos previstos na legislação da concorrência no Brasil e outros utilizados pelo órgão antitruste.

O trabalho está dividido na análise dos instrumentos jurídicos adotados no controle de estrutura e de conduta que visam a proteger a concorrência. Neste sentido, o estudo contém uma análise das Medidas Incidentais (Medida Cautelar e Medida Preventiva) e o Acordo de Previsibilidade de Reversibilidade da Operação (instrumento não previsto na lei da concorrência, mas adotado no controle de estruturas), diante da análise *a posteriori* das operações submetidas ao crivo da autoridade antitruste brasileira. Tais instrumentos não têm a finalidade de solucionar conflitos antitruste, mas são largamente utilizados pelo CADE, no início dos processos administrativos concorrenciais.

Serão analisados os instrumentos previstos na Lei 8.884/94, em especial, nos artigos 58 e 53, como o Termo de Compromisso de Desempenho e o Termo de Compromisso de Cessação, bem como o Acordo de Leniência, artigo 35-B. Além das peculiaridades de cada um, a análise busca identificar se os instrumentos jurídicos são eficientes na finalidade de proteger a concorrência.

De um modo geral, na adoção dos instrumentos jurídicos, de forma consensual ou impositiva, o objetivo a ser alcançado é dar cumprimento à

finalidade da lei, na defesa dos interesses sociais e individuais disponíveis, em conformidade com o artigo 170 da Constituição Federal. O direito à livre concorrência é direito da sociedade (artigo 1º, caput; 20, I; 21, VIII; 27, V e 54 da Lei 8.884/94), não sendo, tão-somente, direito subjetivo dos agentes econômicos.

No primeiro capítulo, faremos um estudo sobre o princípio constitucional da livre concorrência, abordando de uma maneira geral, o papel do Estado e sua intervenção na ordem econômica, dando ênfase ao Estado Regulador. Serão analisados, também, alguns aspectos da concorrência nos setores regulados à luz das políticas públicas, abrangendo as políticas de Governo e de Estado, com enfoque nas mudanças constantes nos mercados de atuação dos agentes econômicos, os problemas gerados pelas condutas anticompetitivas, bem como pelo movimento de concentração das empresas. Ademais, o capítulo analisa a proteção pretendida pela defesa da concorrência, qual seja, o bem-estar do consumidor.

Tendo em vista que os instrumentos jurídicos são adotados no âmbito do processo administrativo e que o trabalho também busca relacioná-los com a eficiência, o capítulo traz uma reflexão sobre o princípio da eficiência no direito administrativo, discorrendo sobre conceitos de eficácia e efetividade da norma antitruste. O tema da eficiência será abordado como conceito econômico, princípio de direito administrativo e previsão constitucional, para que a análise possa verificar se, na defesa da concorrência, sob a perspectiva jurídica, a eficiência é justificativa nas soluções concorrenciais acordadas para enfatizar a obediência ao princípio constitucional da livre concorrência.

No segundo capítulo, o enfoque será em aspectos da análise antitruste e nas soluções concorrenciais. Discorreremos sobre a importância da relação entre o direito e a economia na análise antitruste; a forma consensual na adoção dos instrumentos jurídicos; os litígios concorrenciais e o processo administrativo; o objetivo dos instrumentos jurídicos consensuais e conceitos relevantes para a análise antitruste.

Na análise do critério eficiência e no cotejo do sistema jurídico e do sistema econômico, será verificada a importância do acoplamento entre os dois sistemas na composição entre os agentes econômicos e a autoridade antitruste. Neste sentido, verificaremos de que forma a almejada eficiência econômica, que reduz custos de produção e gera diminuição de preços ao consumidor, está fundamentada nos instrumentos jurídicos. A eficiência como condição será abordada para apurarmos quais as condições que devem ser satisfeitas para que os atos administrativos emanados pelo CADE sejam considerados eficientes e, portanto, válidos, conforme o artigo 37 da Constituição Federal.

O presente trabalho irá investigar até que ponto os instrumentos jurídicos previstos na lei para solução de conflitos antitruste são elaborados de forma consensual ou impositiva. No contexto da análise antitruste, abordaremos ainda a questão da revisão judicial das decisões do CADE, os limites da análise judicial e a questão da eficiência no Judiciário.

No terceiro capítulo, serão estudados os respectivos instrumentos jurídicos adotados no controle de estruturas, quais sejam, a Medida Cautelar, o Acordo de Previsibilidade de Reversibilidade da Operação – APRO e o Termo de Compromisso de Desempenho – TCD. O capítulo irá observar a distinta natureza jurídica entre os instrumentos, pautando-se pela divisão da lei antitruste em controle de estruturas e de condutas. No que se refere à Lei 8.884/94 e, em especial, ao artigo 54, que trata do controle das estruturas, analisaremos a eficiência como condição de aprovação. Para tanto, foi necessário compreender a proporcionalidade da medida adotada, ou seja, a adequação dos acordos firmados aos casos concretos, visando a cumprir os fins das políticas públicas, analisando, ainda, se a medida adotada é necessária ou se é proporcional, em sentido estrito.

No quarto capítulo, serão analisados os respectivos instrumentos jurídicos adotados pela autoridade antitruste, especificamente nas

infrações de condutas anticoncorrenciais. A análise abrange os aspectos peculiares da Medida Preventiva, Termo de Compromisso de Cessação – TCC, TCC em caso de cartel, bem como o Acordo de Leniência. Neste capítulo, investigaremos, na propositura do TCC, se este invoca o princípio da eficiência administrativa e a busca pelo bem-estar do consumidor. Identificaremos, ainda, alguns problemas decorrentes da celebração dos compromissos em casos de cartel.

Na análise dos atos de concentração e das condutas inseridas no âmbito dos processos administrativos, bem como das penalidades aplicadas e das decisões possíveis, aprovando, reprovando ou condicionando determinados atos, a questão está em saber se tais acordos, durante a vigência e ao seu término, de fato, alcançam o seu objetivo de proteger a concorrência. Para tanto, buscamos exemplificar com os instrumentos jurídicos firmados pelo CADE e os agentes econômicos, desde a edição da Lei 8.884/94 até o final do ano de 2008.

Para a verificação pretendida, foram realizadas pesquisas e analisados os instrumentos firmados pelo órgão de defesa da concorrência brasileiro e disponibilizados ao público, relacionados no presente trabalho, no intuito de investigar o alcance das cláusulas de tais acordos. Foram examinados aspectos relevantes da pesquisa realizada através dos votos proferidos pelos Conselheiros do CADE e no teor dos acordos firmados no CADE, as tendências e principais compromissos assumidos. A metodologia utilizada neste trabalho foi a de analisar cada instrumento jurídico (termos de compromisso de desempenho e de cessação, medidas cautelares e preventivas e os acordos de preservação de reversibilidade da operação) efetivamente firmado e disponibilizado pelo CADE, a partir da Lei 8.884/94. Entretanto, não foram analisadas as peças processuais como petições, contendo propostas das partes, bem como defesas e recursos impetrados ao longo do processo em cada ato de concentração ou processo administrativo. A análise foi restrita apenas aos acórdãos proferidos pelo CADE e os respectivos instrumentos firmados.

Desde a edição da Lei 8.884/94, houve, no decorrer dos anos, mais especificamente nos anos de 2007 e 2008, uma atitude positiva quanto ao uso de tais instrumentos em paralelo com os riscos e benefícios de um litígio antitruste. Como remédio adotado para a solução de conflitos antitruste, os termos de compromisso de desempenho e de cessação têm papel importante na proteção à concorrência. Após a análise das peculiaridades de cada instrumento jurídico e sua utilização no caso concreto, concluímos que os acordos celebrados com o órgão antitruste atingem o objetivo de proteção à concorrência, sendo ferramentas eficazes e de extrema importância na difusão da política antitruste.

Pretendemos que o trabalho ofereça uma visão abrangente do papel dos instrumentos jurídicos utilizados pela autoridade antitruste brasileira, enaltecendo a forma consensual na adoção dos compromissos firmados e a eficiência dos instrumentos na proteção à concorrência.

CAPÍTULO I - O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

1.1. O Princípio Constitucional da Livre Concorrência

A Constituição Brasileira consagrou no título VII, que trata da Ordem Econômica e Financeira, em seu artigo 170, inciso IV, a livre concorrência como um dos princípios gerais da atividade econômica.

O artigo 173 em seu § 4º dispõe que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Assim, do texto constitucional, infere-se que cabe ao legislador punir e dar regramento ao que se quer reprimir, o abuso do poder econômico.

Entretanto, cabe ressaltar que o sentido e conteúdo do conceito de abuso do poder econômico é definido pelo intérprete, a partir das singularidades dos casos concretos. No direito da concorrência, também chamado de direito antitruste, caberá tal tarefa à autoridade de defesa da concorrência, no exercício de sua discricionariedade técnica, cuja atividade conjuga conhecimento técnico e exercício de juízos de oportunidade.

No Brasil, notadamente na década de 70, a defesa da concorrência cumpriu um papel secundário na política governamental, dada as características que marcaram a economia brasileira ao longo de décadas, como a forte presença do Estado (interventor), recurso a controle de preços, elevado nível de proteção à indústria nacional e altos índices de inflação, que eram naturalmente incompatíveis com a política antitruste.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, foi transformado em

autarquia federal pela Lei 8.884/94, de 11 de junho de 1994, atual lei de defesa da concorrência brasileira. Os anos que se seguiram à edição da Lei 8.884/94 foram de grande importância para demonstrar, de um lado, os benefícios da defesa da concorrência, e, de outro, os grandes desafios que ainda se colocavam para o adequado funcionamento do sistema brasileiro de defesa da concorrência.

A cultura da concorrência no Brasil desenvolveu-se e assumiu função primordial na economia a partir dos anos 90, graças à estabilização da moeda, à privatização, à abertura da economia nacional e ao crescente fenômeno da globalização, tornando vital o desenvolvimento de uma política de defesa da concorrência para atender a uma nova realidade do mercado.

Cumprе ressaltar que, com a privatização, surgiram as agências reguladoras e um novo marco regulatório para determinados setores controlados pela atividade estatal.

Hoje, no século XXI, diante de uma crise econômica mundial, vislumbramos um cenário de uma intervenção estatal para “salvar” as empresas, seja através da participação acionária estatal, seja através da imposição de regras de mercado no intuito de dar proteção à indústria nacional. Nos momentos de crise econômica, como a que atualmente temos vivido, a proteção dos mercados e das economias internas e os chamados “pacotes” de ajuda aos bancos, às montadoras, bem como às empresas de um determinado setor, seriam uma volta ao nacionalismo, ou apenas o Estado exercendo seu papel de agente regulador da economia?

A lei de defesa da concorrência brasileira, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, estabelece diretrizes para a adoção das medidas de repressão, quando o mercado, por si só, não funciona de modo a resolver as imperfeições que nele podem surgir.

Cumpra ao CADE dar efetividade à legislação antitruste brasileira, implementando mecanismos de proteção à concorrência, através da adoção de instrumentos jurídicos. É neste sentido que o presente trabalho reconhece, nas soluções concorrenciais adotadas pelo órgão antitruste, instrumentos de proteção.

O sistema da lei antitruste brasileira (Lei 8.884/94), conforme ensina Paula FORGIONI, “é um sistema híbrido, que aproveita o europeu no que tange à caracterização do ilícito pelo objeto ou efeito, mas supera tanto a tradição europeia quanto a norte-americana no que tange à tipificação dos atos.”¹

No direito norte-americano, se a restrição da concorrência for justificada por razões válidas de eficiência (baseada numa integração econômica de recursos), a restrição – quer se revele através de um comportamento, quer através de uma estrutura – será analisada à luz da regra da razão, *rule of reason* (em que será feito o balanço entre vantagens e desvantagens da restrição). A restrição só é *per se* proibida se não há uma justificativa econômica plausível (concentração ou cooperação – para integração de recursos de duas entidades anteriormente independentes). Assim, a distinção econômica comportamento/estrutura não implica necessariamente a aplicação de regimes legais totalmente diferentes.²

1.2. O Papel do Estado

O papel do Estado está contido no artigo 174 da Constituição Federal, qual seja, o de agente normativo e regulador da atividade econômica. Ele exerce, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e

¹ *Os fundamentos do antitruste*, p. 147.

² ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei n. 8.884/94*, p. 279.

planejamento. Portanto, cabe salientar que a sua interferência está limitada a estas atividades. Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que a intervenção estatal deve ajustar-se aos limites do artigo 170.³

Cabe à autoridade antitruste avaliar as condições socioeconômicas, políticas e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei na repressão ao abuso, determinando o equilíbrio à luz das circunstâncias do caso.

A questão que se coloca é saber até que ponto o Estado, no exercício do planejamento econômico, pode interferir na livre concorrência? Afinal, uma das funções principais da política econômica é a de promover a competição.

1.3. O Papel da Concorrência

Segundo Fábio Konder COMPARATO, “o direito concorrencial tem uma preferência explícita pelo crescimento interno. Essa preferência explica-se. Só no caso de crescimento interno pode-se ter certeza de que os ganhos de eficiência foram repartidos com os consumidores. Pelos mesmos motivos, apenas no caso de crescimento interno, pode-se ter certeza da

³ Conforme decisão do STF em Recurso Extraordinário 422.941-2 Distrito Federal – 2ª. Turma, publicado no D.J. em 24.03.2006 – Relator Min. Carlos Velloso, em que é recorrente a Destilaria Alto Alegre S/A e recorrido a União, “A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica. CF art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da ordem econômica – CF – art. 1º, IV; art. 170.” Segundo o Acórdão, o caso em análise tratou de fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor; empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. Foi examinado o contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico. Portanto, foi imposta ao Poder Público a obrigação de indenizar, CF, art. 37, § 6º. Disponível no *site* do STF em <<http://www.stf.gov.br>>, acessado em 15.03.08.

criação líquida de riqueza, o que não ocorre em consequência da concentração, que importa apenas transferência do poder de uso e disposição dessa riqueza.”⁴

O papel da concorrência é o de assegurar a inovação. A Constituição Federal em seu artigo 219, preceitua que “*o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal.*” Neste sentido, podemos afirmar que sem a concorrência, não há eficiência, bem-estar do consumidor e progresso tecnológico.

Sem concorrência, não há sociedade capitalista. O que está na base da concorrência e não se sobrepõe são as noções de mercado ilimitado e de multiplicidade dos centros de decisão. Porém, o capitalismo é dinâmico. Inicialmente temos um movimento que tende para a baixa constante dos preços, pelo aumento constante da produção, pela multiplicação constante do número de empresas. Após, dá-se a acentuação da concorrência que, muitas vezes, leva à concentração das empresas, reduzindo-se os participantes no mercado. A concentração das empresas, por sua vez, leva os agentes econômicos a não mais reduzirem os preços, limitando a produção, com o consequente aumento dos lucros. O grande desafio é mensurar qual o nível de eficiência da concentração, com a redução de custos, para que os preços possam diminuir, proporcionando ganhos ao consumidor final.

1.4. Livre Concorrência e Livre Iniciativa

Para o direito antitruste, é necessário estabelecer uma diferença entre livre iniciativa e livre concorrência.⁵ A liberdade de iniciativa é um direito do agente econômico em face do Estado, demandando uma abstenção

⁴ *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 524.

⁵ Todavia, é preciso mencionar que alguns autores tais como Fábio Ulhoa Coelho e José Afonso da Silva, afirmam que o princípio da livre iniciativa é sinônimo de livre concorrência.

deste. Já a livre concorrência é um direito do agente econômico em face de outro agente econômico demandando não mais a omissão, mas a efetiva interferência estatal na economia. Neste sentido, é uma norma de ajuste que exige do Estado uma atuação para reprimir o abuso no exercício de certas liberdades. Porém, paradoxalmente, para que haja liberdade de concorrência é necessário restringir a liberdade de iniciativa.

Segundo Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, “livre concorrência nem sempre conduz à livre iniciativa e vice-versa. Daí a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de regular o livre mercado para fomentar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços, do dinamismo tecnológico, do uso adequado de economia de escala, etc., impedindo, assim, que a competitividade, num mercado livre que a desvirtua, se torne instrumento de restrição estratégica à livre iniciativa dos concorrentes. É, pois, neste hiato entre a livre concorrência e a livre iniciativa que entra o Estado como agente regulador, para, na forma da lei, reprimir o abuso do poder econômico.”⁶

Na tradição constitucional contemporânea os princípios situados no mesmo nível hierárquico exigem uma interpretação compatibilizadora; quando esses princípios não têm o mesmo nível impositivo, alguns, pela sua importância e abrangência, terminam por se sobrepor aos outros – o que dá congruência e univocidade aos diferentes dispositivos da Constituição.

1.5. O Estado e a Iniciativa Privada

1.5.1. Fases Liberal, Interventora e Reguladora do Estado

O liberalismo, como doutrina filosófica e política, originou-se com as restrições ao poder feudal e monárquico, ocorridas desde o século XV, e

⁶ Abuso de Poder Econômico por Prática de Licitude Duvidosa Amparada Judicialmente, *RDPE*, n.1, jan./mar, p.215.

consolidou-se na segunda metade do século XVIII, época das chamadas “revoluções liberais”. Como é sabido, naquela época, a sociedade tem como inspiração original a idéia de liberdade. O mercado deveria desenvolver-se sem a interferência do Estado, salvo para prestar a necessária segurança e para atuar naqueles setores nos quais não haveria interesse para a iniciativa privada.⁷

O modelo de Estado Liberal (*laissez-faire*), segundo Leila CUÉLLAR, admitia os princípios de liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência e não-intervenção estatal no domínio econômico, sendo que os indivíduos deveriam ser livres para atuar no campo econômico, sem ingerência do Estado.⁸

Para Adam SMITH, a regulação da economia dar-se-ia por uma mão invisível – manifestação das leis de oferta e procura – modelo de concorrência perfeita que se caracterizava pela existência de grande número de unidades econômicas do lado da oferta e da procura, homogeneidade de produtos e serviços ofertados, liberdade de iniciativa, transparência no mercado e existência de perfeita mobilidade de fatores de produção, cabendo ao Estado zelar pela manutenção da ordem e segurança públicas das condições de concorrência.⁹

O liberalismo desenfreado e a intensidade dos princípios individualistas do sistema liberal de produção de bens e de relações sociais e econômicas, daí decorrentes, mostraram-se insatisfatórios, pois a maioria dos homens deles não participava, não podia exercê-los ou exigir do Estado o seu cumprimento.¹⁰

⁷ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*, p. 47.

⁸ *Estudos de Direito Econômico*, p. 31.

⁹ CUÉLLAR, Leila. *Estudos de Direito Econômico*, p.31.

¹⁰ COSTA, Mário Luiz Oliveira da. *A intervenção do estado e o setor sucroalcooleiro no Brasil*, p. 30.

O mercado não foi capaz de se autorregular e o Estado liberal clássico entrou em declínio, tendo em vista que “práticas intervencionistas passaram a ser adotadas, consideradas não só necessárias mas igualmente legítimas.”¹¹

Assim, o Estado assume a responsabilidade pela condução do processo econômico, estabelecendo a política econômica. O novo papel do Estado passa a ser o de agente de implementação de políticas públicas, desenvolvendo funções de integração mais concretas, assim como de legitimação capitalista.

No período compreendido entre as duas grandes guerras mundiais, de 1918 a 1939, há o surgimento de uma nova concepção de direitos fundamentais. A ênfase dada anteriormente ao individualismo cede lugar aos direitos limitados pela necessidade de se atingir uma nova ordem mais justa e igualitária para as pessoas enquanto grupo humano.

As constituições promulgadas em diversos países, a partir do início do século XX, refletem essa nova concepção de direitos fundamentais. Passam as Constituições a conter, também, dispositivos expressos acerca da organização da economia, sendo precursora a Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar), com profundas repercussões tanto na Europa quanto em outros continentes.

O Estado interventor se caracteriza por ter um ideal, uma meta consistente na busca da melhoria das condições de vida pela sua prestação positiva em diversos setores. Passou-se a admitir a necessidade de intervenção do Poder Público no mercado e na economia, ainda que extremamente restrita em setores específicos e predeterminados, pois a concepção liberal da economia,

¹¹ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*, p.48.

conforme acima mencionado, imaginava que o mercado apresentaria uma capacidade de autocorreção, capacidade esta, inclusive, que seria automática.

1.5.2. Intervenção ou Livre Mercado

A intervenção estatal no domínio econômico pode ocorrer de maneira direta ou indireta. A intervenção estatal indireta refere-se à cobrança de tributos, concessão de subsídios, subvenções, benefícios fiscais e creditícios, e, de maneira geral, à regulamentação normativa de atividades econômicas, a serem primariamente desenvolvidas pelos particulares. Na intervenção direta, o Estado participa ativamente, de maneira concreta, na economia, na condição de produtor de bens ou serviços, ao lado dos particulares ou como se particular fosse. Trata-se, nesta última hipótese, do Estado enquanto agente econômico.¹²

O Estado, a partir do final da I Guerra Mundial, passou a assumir responsabilidades sociais crescentes, como a previdência, a habitação e a assistência social, incluindo saúde, saneamento e educação, ampliando seu leque de atuação como prestador de serviços essenciais. Também se aprimorou o papel do Estado como empreendedor substituto, o que ocorre em setores considerados estratégicos para o desenvolvimento, como no energético, minerário e siderúrgico, ou mesmo, mais recentemente, em países desenvolvidos, nos setores de informática e tecnologia.¹³ Estes conceitos são importantes para entender o monopólio da atividade estatal que passa às mãos dos agentes econômicos, com a fase de privatização, bem como a formação das parcerias público-privadas no desenvolvimento de atividades inerentes ao Estado.

A partir dos anos 80, este novo papel do Estado sofre vigorosos questionamentos, em discursos envolvendo a desregulação e o neoliberalismo. Sustenta-se a necessidade de um Estado mais moderno, que

¹² TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*, p. 57.

¹³ *Ibid*, p. 59.

possibilite uma economia de mercado menos atrelada a mecanismos de rígida intervenção.

O Estado regulador surge após o modelo de um Estado de base liberal, marcado por forte abstencionismo, seguido por outro modelo intervencionista, onde as empresas estatais assumem o papel de agentes econômicos. Assim, o modelo no qual o Estado assume as funções reguladoras ocorre com o objetivo de promover a concorrência entre os agentes privados, abrangendo também os setores antes explorados em regime de monopólio. Note-se que as privatizações realizadas, com a quebra do monopólio estatal em vários setores e a crise fiscal do Estado, com a perda da capacidade de investimento para expansão, universalização e modernização dos serviços, demonstram a incapacidade estatal de gerir aquelas atividades.

Para que o Estado possa desenvolver o seu papel na construção de um mercado, surgem as agências reguladoras, com a necessidade de o Estado influir na organização das relações econômicas, criando a concorrência em setores regulados, disciplinando a conduta dos agentes no mercado e o controle das estruturas daqueles mercados.

A concorrência nos mercados regulados propicia avanços tecnológicos, reduz os custos dos serviços, atinge a universalização, mantém a qualidade dos serviços e propicia a redução dos preços. Ressalte-se que a função das agências, no seu papel de regular de modo eficiente os serviços e as atividades envolvidas, mantendo a promoção e manutenção da concorrência nos setores regulados, não exclui as funções desenvolvidas pelos órgãos de defesa da concorrência.

1.5.3. Intervenção Estatal e Falhas de Mercado

O que justifica a intervenção estatal no domínio econômico, segundo André Ramos TAVARES, são circunstâncias conhecidas como falha de mercado, impeditivas do equilíbrio das forças competitivas e cuja experiência demonstrou não serem adequadamente sanadas por meio de autorregulação, sendo que “a essas falhas o Estado visa corrigir.”¹⁴

Pondera Fábio NUSDEO que as falhas do mercado “correspondem a situações nas quais os seus pressupostos de funcionamento não se fazem presentes, tornando-o inoperacional.”¹⁵ Para ele, o mercado apresenta seis falhas principais, a saber: 1) quanto à mobilidade de fatores (falha de origem física ou cultural); 2) quanto à transparência ou acesso à informação (falha de origem legal); 3) quanto à concentração econômica (falha de estrutura); 4) quanto aos efeitos externos ou externalidades (falha de sinal); 5) quanto ao suprimento de bens coletivos (falha de incentivo), e 6) quando os custos de transação são desconsiderados (falha analítica).

A constatação das falhas do mercado levou a uma reintrodução do Estado no sistema econômico, mediante a edição de diversas normas de caráter legal e regulamentar destinadas, por diversas formas, a eliminá-las ou atenuá-las. Porém, a intervenção do Estado na ordem econômica é uma exceção.

Egon B. MOREIRA diz que “o Estado não pode intervir instruído apenas por uma concepção pró-mercado e pró-concorrência, instruída e desenvolvida com lastro exclusivo na *rationale* de teorias e leis econômicas. Se assim fosse, caberia à ‘mão invisível’ desse sistema autopoiético a solução de seus problemas e dilemas. A sensatez da intervenção pública na economia é

¹⁴ A Intervenção do Estado no Domínio Econômico, *Direito do Agronegócio*, p. 62.

¹⁵ *Curso de economia – Introdução ao direito econômico*, pp. 169-170.

oriunda do atendimento aos interesses postos à guarda do próprio Estado, entre os quais assume o primeiro lugar a dignidade da pessoa humana.”¹⁶

1.5.4. Interface entre Regulação e Concorrência

Para o presente estudo sobre os instrumentos jurídicos consensuais adotados pelo direito antitruste, é importante compreender a interface entre regulação e concorrência. No campo econômico, o conceito de regulação se dá pela redução da intervenção direta do Estado na economia e o crescimento do movimento de concentração econômica.

A diferença entre concorrência e regulação está na forma de intervenção do Estado. Na concorrência nota-se a intervenção passiva, ou seja, o Estado controla as estruturas e sanciona as condutas. A regulação prevê uma intervenção ativa para criar um ambiente concorrencial.

Os principais ilícitos concorrenciais na regulação são: 1) negociação compulsória, caracterizada pela recusa de contratar; 2) predação, ou seja, atos de exclusão, tais como as barreiras tecnológicas e a falta de acesso à rede, e 3) colusão (cartel e acerto de preços).

1.5.5. A Concorrência em Setores Regulados e as Agências Reguladoras

O grande desafio para os mercados sujeitos à regulação é o de estabelecer o equilíbrio econômico, com a garantia de concorrência (amplo acesso ao mercado) e a expansão e difusão dos serviços (universalização). Tendo em vista que os instrumentos jurídicos objetos do presente trabalho são utilizados também em processos administrativos envolvendo empresas que atuam

¹⁶ *Estudos de Direito Econômico*, p. 89.

em mercados regulados, iremos tecer abaixo algumas considerações sobre a concorrência nestes mercados e a importância das agências reguladoras.

Até 1930, a regra era a do desempenho privado de tarefas que hoje são tidas como públicas, como, por exemplo, os setores de transporte e geração de energia que antes eram dominados por empresas estrangeiras. Entretanto, recentes mudanças estruturais do papel do Estado, que passa progressivamente de Estado operador de mercado (serviços públicos desempenhados em regime de monopólio) para Estado regulador normativo, exigiram que a atividade dos prestadores privados de serviço público fosse regulada pelo Estado.

Para a transição de um modelo de intervenção estatal para um modelo de regulação, deveria ter sido observada uma sequência lógica, ou seja, em primeiro lugar o estabelecimento de um marco regulatório, após, a criação e o fortalecimento das agências reguladoras e, por fim, a privatização. Porém, observamos que na passagem de um Estado produtor para um Estado regulador, no Brasil, houve uma inversão de prioridades, ou seja, primeiro ocorreu a privatização, seguida da criação das agências reguladoras e, por fim, o marco regulatório.

Neste sentido, “a inversão em termos de prioridades, na construção de um modelo regulatório brasileiro, faz com que hoje esse modelo tenha uma série de problemas que poderão inibir o principal objetivo da reestruturação do Estado brasileiro: a passagem da produção para a regulação. O modelo de regulação implementado visava ao aumento da concorrência no setor de infraestrutura, para que se viabilizasse uma melhora alocativa e produtiva neste setor.”¹⁷

¹⁷ NASCIMENTO, Renata. A mudança de papel do Estado Brasileiro: uma análise dos anos 50 aos anos 90. *Opções de política econômica para o Brasil*, p. 205.

O que observamos, atualmente, é um movimento de concentração de empresas no setor de telecom e no de energia elétrica. Assim, caberá às agências reguladoras e às autoridades de defesa da concorrência evitar possíveis danos com a possível transformação em monopólio privado. Neste sentido, é função primordial dos instrumentos jurídicos consensuais de proteção à concorrência o estabelecimento de compromissos e obrigações a serem assumidas. Tais compromissos devem assegurar, através de medidas comportamentais, também a transparência nos preços ao consumidor final, cabendo às agências reguladoras o custo de monitoramento.

Fernando Herren AGUILLAR preceitua que “a progressiva privatização dos serviços públicos (qualquer das formas admitidas) e de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, que se verificou a partir do início da década de 1990 (desconcentração regulatória operacional), deu margem ao desenvolvimento, por outro lado, de agências reguladoras das mais diversas atividades. Embora integrantes da estrutura do Poder Executivo, as agências reguladoras têm sido constituídas com vistas a serem relativamente autônomas em relação ao governo e às entidades privadas. As agências reguladoras são detentoras de conhecimento técnico e mercadológico, com o objetivo de organizar o setor afeto a cada agência, bem como controlar as entidades que nele atuam, assegurando o estabelecimento da concorrência entre as prestadoras. Estas são dotadas de poder normativo e são responsáveis pela condução das políticas relacionadas a serviços públicos e outras atividades tidas por relevantes.”¹⁸

Na opinião de Carlos Ari SUNDFELD, sobre a autonomia das agências, “... a outorga de autonomia parece haver objetivado, ao menos inicialmente, oferecer segurança a investidores estrangeiros, atraindo-os para a compra de ativos estatais. O desafio, aqui, como em qualquer outro processo de autonomização, é o de construir um sistema de controles e influências que

¹⁸ *Direito Econômico*, p. 172.

assegurem uma atuação democrática, atenta a interesses gerais e à ordem jurídica.”¹⁹

No que se refere aos instrumentos jurídicos consensuais adotados pela autoridade antitruste e as empresas que atuam em mercados regulados, é imprescindível que as agências reguladoras adotem uma postura de cooperação com as autoridades antitruste para que o objetivo final de proteção à concorrência e o de assegurar o bem-estar do consumidor seja alcançado.

No caso do mercado de serviços públicos, o Estado predetermina a quantidade e qualidade dos agentes e modela as condições do mercado. As peculiaridades do controle estatal da liberdade de concorrência em serviços públicos podem ser resumidas da seguinte forma: 1) quanto ao acesso ao mercado, a concorrência é estabelecida somente entre empresas habilitadas (licitação para a escolha de concessionários e permissionários privados). Neste sentido, é o Estado que vai delimitar o espaço da competição entre os prestadores, definindo o número, faixa geográfica, os termos e o grau de concentração dos prestadores, ou seja, a possibilidade de uma empresa acumular diversas concessões ou prestar serviços em diversas áreas geográficas (como no caso da telefonia e energia elétrica); 2) além do controle estrutural e do controle de condutas, como na iniciativa privada, há a modelagem do marco regulatório (etapa a mais nos serviços públicos), como, por exemplo, no setor aéreo, cujo acesso ao mercado correspondente é controlado pela respectiva agência reguladora, a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC; 3) quanto à infraestrutura, como é o caso dos serviços prestados em rede (telecom, correios, energia elétrica, transporte), estes dependem de uma infraestrutura física e logística complexa, custosa e dificilmente duplicável.

Somente pode haver um regime de competição livre na exploração de serviços públicos estruturados em rede²⁰ na medida em que o

¹⁹ Introdução às agências reguladoras, *Direito Administrativo Econômico*, p. 24.

acesso a essa infraestrutura seja assegurado pelo Estado, através dos mecanismos de controle da gestão da infraestrutura.

Egon B. MOREIRA comenta que “não há serviço público exercido de forma subsidiária pelo Poder Público (mas sim pelas pessoas privadas). Nem tampouco se poderia cogitar de o Estado ‘intervir’ num setor que lhe é próprio. Quanto aos serviços públicos, o Estado tem o dever de sempre atuar (de forma direta ou indireta), pois sua racionalidade exige a prestação pública e continuada.”²¹

Torna-se, portanto, necessário que o CADE exerça o controle de caráter estrutural (preventivo), no intuito de evitar o surgimento de estruturas de mercado excessivamente concentradas que aumentem a probabilidade de exercício de poder de mercado, inclusive, sendo de vital importância a necessária cooperação entre a autoridade antitruste e as agências reguladoras, conforme acima mencionado, com o compartilhamento de informações e responsabilidades entre as autoridades públicas.

1.6. O Bem-Estar do Consumidor como Objetivo Final da Defesa da Concorrência

A política de concorrência brasileira tem enfatizado sua preocupação com o bem-estar do consumidor.

²⁰ Note-se que a ANATEL, pela Lei Geral de Telecomunicações, possui várias atribuições relacionadas à defesa da concorrência, inclusive a de instruir os processos administrativos (em substituição à SDE) para remetê-los ao CADE. Algumas de suas Resoluções também são direcionadas à prevenção de condutas anticompetitivas. A ANEEL, por sua vez, é dotada da atribuição de prevenir situações nocivas à concorrência no setor elétrico, além de colaborar com as autoridades antitruste no encaminhamento dos casos.

²¹ *Estudos de Direito Econômico*, p. 93.

Na conferência anual sobre concorrência realizada em Londres, a então presidente do CADE²² sinalizou:

*“The Brazilian Competition Policy has, recently, converged toward the developed countries approach in three main aspects: the adoption of a consumer welfare perspective; the adoption of an economic reasoning; and a strong concern with cartels: kind of per se infringement, and adoption of criminal enforcement and leniency programs.”*²³

De acordo com a lei brasileira de defesa da concorrência, não é necessário demonstrar que o abuso de posição dominante teve um efeito concreto no mercado relevante, sendo suficiente demonstrar que o agente econômico possui posição dominante que tende a restringir a concorrência ou é capaz de produzir tal efeito sobre o mercado.

Esta afirmação, em conjunto com as proibições de abuso de posição dominante, pode ser usada para proteger os concorrentes, especialmente pequenos empresários, ao invés da concorrência. Por esta razão, é uma importante tarefa da política do sistema brasileiro de defesa da concorrência permanecer alinhada com a perspectiva de proteção ao bem-estar do consumidor. Assim, o foco da análise antitruste é o de uma visão consumerista, voltado ao bem-estar do consumidor.

Nos Estados Unidos, para os economistas da Escola de Chicago, em especial, Robert BORK,²⁴ o único objetivo legítimo da lei antitruste

²² FARINA, Elizabeth M.M.Q. Competition Policy in the Global Context: some issues from a LDC perspective, Paper, July 2005, *Chatham House, London*, disponível em <<http://www.cade.gov.br/institucional/internacional>>. Acessado em 01.12.08.

²³ Tradução livre: “A Política de Concorrência brasileira tem, recentemente, convergido para a abordagem dos países desenvolvidos em três aspectos principais: a adoção de uma perspectiva de bem-estar dos consumidores, a adoção de uma lógica econômica e uma forte preocupação com cartéis: tipo de infração, *per se*; e adoção de execução penal e programas de leniência.”

²⁴ *The Antitrust Paradox*, p. 61.

americana é o de maximizar o bem-estar do consumidor; logo, “concorrência” para efeito de análise antitruste deve ser entendida como:

“any state of affairs in which consumer welfare cannot be increased by moving to an alternative state of affairs.”²⁵

Destacamos que o termo consumidor em economia designa não somente os indivíduos enquanto agentes econômicos que demandam bens e serviços, mas também os indivíduos como produtores que, embora proprietários das empresas, também consomem bens e serviços.

Entretanto, para o direito da concorrência brasileiro, o consumidor a que se refere a lei de defesa da concorrência é o consumidor final. Ressalte-se que, nas disposições do artigo 54 da Lei 8.884/94, §1º e §2º, o CADE poderá autorizar os atos submetidos à sua apreciação, desde que atendam às condições ali dispostas, referindo-se aos benefícios e prejuízos ao consumidor ou usuário final.

Segundo a doutrina americana,²⁶ *“Efficiency should be the only goal of antitrust Law.”²⁷* AREEDA e TURNER afirmam que *“the exclusive objective of antitrust should be consumer economic welfare achieved by encouraging efficiency and progressiveness.”²⁸* Ressaltam, ainda, que²⁹ *“...competitive policy also promotes populist goals that are commonly thought important. It disperses wealth; limits business size; broadens entrepreneurial opportunities; and substitutes the impersonal forces of the marketplace for the*

²⁵ Tradução livre: “qualquer coisa em que o bem-estar dos consumidores não pode ser aumentado pela escolha de alternativas.”

²⁶ HANDLER, BLAKE, PITFSKY & GOLDSCHMID, *Trade Regulation-Cases and Materials*, p. 556.

²⁷ Tradução livre: “Eficiência deveria ser o único objetivo da lei antitruste.”

²⁸ Tradução livre: “O objetivo exclusivo do antitruste deveria ser o bem-estar econômico do consumidor, adquirido pelo encorajamento da eficiência e progressividade.”

²⁹ AREEDA & TURNER, *Antitrust Law: An analysis of Antitrust Principles and Their Application*, p.7

*economic power of private individuals or groups to exploit or coerce those with whom they deal.*³⁰

No Brasil, posicionam-se alguns doutrinadores no sentido de que “a concorrência tem o objetivo de dar liberdade de escolha ao consumidor,³¹ o que se consubstancia na afirmação de que “o objetivo do direito antitruste é a obtenção da eficiência na organização da sociedade.”³²

André Ramos TAVARES refere-se a três tipos de eficiência. A eficiência alocativa (as forças do mercado são as que mais acertadamente dirigem os recursos sociais para serem aplicados na produção daqueles bens e serviços de que os consumidores mais necessitam – e pelos quais estão dispostos a pagar mais); eficiência distributiva (só uma economia livre se assenta no direito do indivíduo de ter acesso ao mercado de produção) e eficiência produtiva (o regime de livre concorrência induz naturalmente ao aumento da produção; a monopolização induz à sua redução e ao aumento de preços).³³

Segundo o autor, o Estado reconhece a importância do mercado, admite que ele tem falhas e, consciente, atua como seu guardião e da competição entre os agentes nele atuantes. A Lei 8.884/94 torna, no caso, legítima a intervenção do Estado na livre disposição de agentes econômicos no mercado.

Um direito da concorrência positivamente aplicado é aquele no sentido de intervir efetivamente sobre as estruturas empresariais, sendo capaz

³⁰ Tradução livre: “A política da concorrência também promove objetivos populistas que são comumente considerados importantes. Ela dispersa bem-estar, limita o tamanho dos negócios, alarga as oportunidades empreendedoras e substitui as forças impessoais do mercado pelo poder econômico de indivíduos privados ou grupos que exploram ou constroem aqueles com quem eles comercializam.”

³¹ PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*, p. 396.

³² TAVARES, André Ramos. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico, Curso de Direito Administrativo Econômico*, p. 193.

³³ *Ibid*, p. 194.

de impedir a existência e/ou aproveitamento do poder econômico no mercado e criando um ambiente econômico propício à concorrência e ao desenvolvimento.

1.7. O Princípio da Eficiência no Direito Administrativo

Cumpra, inicialmente, destacar que os instrumentos jurídicos consensuais entre os agentes econômicos e a autoridade antitruste, notadamente os termos de compromisso de desempenho e de cessação, são utilizados no âmbito de um processo administrativo. Destacaremos o papel do princípio da eficiência na decisão administrativa, pelo órgão antitruste, de celebrar referidos instrumentos.

Sob o prisma do direito administrativo, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO diz que “o princípio da eficiência foi inserido pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, dentre os princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no artigo 37, caput. Também a Lei 9.784/99 (Lei do processo administrativo) fez referência a ele no artigo 2º, caput.” Para a autora, “o princípio apresenta dois aspectos: 1) em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados, e 2) em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.”³⁴

Prossegue afirmando que “trata-se de idéia presente entre os objetivos da Reforma do Estado que permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços – tanto os exclusivos quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida em que se transformem em organizações públicas não estatais – operem muito eficientemente.”³⁵

³⁴ *Direito Administrativo*, pp.78-79.

³⁵ *Ibid*, p.80.

Neste contexto, cumpre ressaltar a preocupação sobre a efetividade das agências de concorrência no mundo, bem como no Brasil, com relação aos aspectos de priorização, planejamento estratégico, alocação de recursos humanos e orçamentários, mecanismos de avaliação, comunicação e responsabilização.

A eficácia que a Constituição exige da Administração não deve ser confundida com a eficiência das organizações privadas, nem é tampouco um valor absoluto diante dos demais. O princípio da legalidade deve ficar resguardado porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico. Consequentemente, nunca se poderá justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiada em termos de pura eficiência.

Assim, a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração,³⁶ não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.

Na definição de José Afonso da SILVA, “eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico. Eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência introduzido pelo artigo 37 da Constituição Federal orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios

³⁶ Neste sentido, destacamos a iniciativa do Governo do Estado de São Paulo, o Decreto nº 53.963, de 21 de janeiro de 2009, que institui, no âmbito da Administração Pública Estadual, a Política de Gestão do Conhecimento e Inovação, que tem como um de seus objetivos a melhoria da eficiência, eficácia, efetividade e qualidade da formulação e implantação de políticas públicas e serviços ao cidadão e à sociedade.

escassos de que se dispõe e a menor custo. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação entre meios e resultados.”³⁷

A dificuldade, segundo José Afonso da SILVA, está em transpor para a atividade administrativa uma noção típica da atividade econômica, que leva em conta a relação *input/output* (insumo/produto) o que não é possível aferir na prestação do serviço público, onde nem sempre há um produto identificável. Por outro lado, na economia, a eficiência tem por objeto a alocação de recursos de modo a aumentar o bem-estar de pelo menos um consumidor sem diminuir, simultaneamente, o de outros. Assim, a eficiência administrativa se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários. Conclui o autor, dizendo que o princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, consoante previsão do inciso LXXVIII do artigo 5º (EC 45/2004) e em condições econômicas de igualdade dos consumidores.

Para João Eduardo Lopes QUEIROZ e Márcia Walquiria Batista dos SANTOS, sob o ponto de vista do direito administrativo, “o princípio da eficiência decorre de toda a ordem administrativa constitucional, entretanto, não se pode sobrepor a quaisquer outros. É plenamente compatível com o princípio da moralidade, se não o próprio.”³⁸

As razões do CADE para propor acordos no âmbito do processo administrativo permitem, também, invocar a eficiência administrativa. Neste sentido, ressalta Celso SPITZCOVISK que “o princípio da eficiência, inserido no caput do art. 37 da CF, impõe ao poder público a busca pelo aperfeiçoamento na prestação dos seus serviços, como forma de chegar à preservação dos interesses que representa. Existem também previsões em outros

³⁷ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 671.

³⁸ *Direito Administrativo Tomo I*, p. 20.

diplomas legais, tais como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90 – art. 22) e a Lei 8.987/95 em seu art. 6º (que regulamentam as concessões e permissões de serviços públicos).”³⁹

Desta forma, ao propor e celebrar os instrumentos jurídicos consensuais de proteção à concorrência, o CADE deve observar tanto o princípio da eficiência administrativa quanto o da eficiência econômica para justificar o teor dos compromissos assumidos pelas partes.

1.8. O Princípio da Eficiência no Estado Regulador

Segundo Juliano Souza de Albuquerque MARANHÃO, “diferentemente do modelo finalístico do Estado Intervencionista, em que as metas encontravam-se bem definidas e eram predominantemente implementadas pelo próprio poder público, no Estado Regulador, o princípio da eficiência estabelece uma orientação vaga, que se combina a um modelo de intervenção mínima, apenas naquilo necessário para corrigir as imperfeições do mercado.”⁴⁰

Prossegue, ainda, dizendo que “aparecem, então, esquemas dogmáticos na tentativa de definir contornos para o exercício do poder normativo e fiscalizador, consubstanciados no chamado princípio da proporcionalidade. A doutrina constitucional por vezes diverge quanto ao conteúdo do princípio da proporcionalidade, havendo uma inclinação em entender que a proporcionalidade inclui em si três regras distintas: necessidade, adequação e proporcionalidade estrita. A adequação traria o ditame de que a intervenção seja um meio adequado para se alcançar determinado objetivo de política pública previsto em lei, o que remete à eficiência. A necessidade faria referência à impossibilidade de se alcançar aquele objetivo por outro meio, mas também estabelece um limite para a

³⁹ Princípios do Direito Administrativo Econômico, *Curso de Direito Administrativo Econômico*, p. 33.

⁴⁰ Serviço Portuário e Concorrência: Equilíbrio competitivo entre o regime público e o privado, p. 7. Artigo não publicado.

profundidade da intervenção, proibindo o excesso, de forma que se adstrinja aos limites necessários para alcançar aquele fim. Já a proporcionalidade cuida para que o alcance daquele objetivo de política pública não implique o sacrifício demasiado de outro objetivo igualmente valioso, daí a necessidade de ponderação e tentativa de otimização dos objetivos constitucionais e legais.”

Para MARANHÃO, “eficiência tem a ver então com a busca proporcional e ponderada desses objetivos de políticas públicas fixados em lei para determinado setor da economia. Dentre esses objetivos de políticas públicas para o serviço público, atualmente, tem lugar destacado, como catalisador da eficiência, em todos os setores pós-desestatização, o princípio da concorrência.”

1.9. Eficácia, Efetividade e Eficiência nas Soluções Concorrenciais Acordadas

Termo largamente utilizado no mundo todo, inclusive pela doutrina brasileira, a aplicabilidade efetiva, ou seja, o *enforcement*⁴¹ da lei antitruste causa preocupação. Neste ponto serão analisados se os acordos firmados com as autoridades de defesa da concorrência seriam a melhor opção para dar efetividade à lei antitruste brasileira. Na análise das operações submetidas ao sistema brasileiro da concorrência, a eficiência econômica é recorrente, a qual os agentes econômicos buscam constantemente demonstrar.

Nota-se que, na discussão dos acordos negociados com os órgãos de defesa da concorrência, eficiência, efetividade, eficácia são termos comumente discutidos e utilizados nos compromissos.

⁴¹ O termo “Enforcement”, segundo o Black’s Law Dictionary, p. 365, significa “The act of putting something such as a law into effect; the execution of a law” e “Enforce” significa “to make effective” (effective = efetivo – que produz um efeito real; positivo).

1.10. Distinção entre Eficácia e Efetividade

Para Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, “a eficácia, no sentido técnico, tem a ver com a aplicabilidade das normas como uma aptidão mais ou menos extensa para produzir efeitos. Como essa aptidão admite graus, podemos dizer que a norma é mais ou menos eficaz. Para aferir o grau de eficácia, no sentido técnico, é preciso verificar quais as funções da eficácia no plano da realização normativa. Essas funções podem ser chamadas de funções eficaciais.”⁴²

Resume dizendo que eficácia é uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica).

Para Justino da Silva GUIMARÃES, “efetividade constitui-se na qualidade do que é efetivo e efetivo, o que tem efeito real, permanente. Eficácia, por seu turno, é a qualidade do que é eficaz e eficaz, aquilo que produz efeito; que produz muito, que dá resultado.”⁴³

Quais são as funções eficaciais da norma antitruste? Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR afirma que “a norma é eficaz, *lato sensu*, quando está apta à consecução dos objetivos jurídicos propostos, porquanto, a produção concreta de seus efeitos nos casos concretos.” Quanto à efetividade das normas jurídicas, afirma que “efetiva é a norma cuja adequação do relato e do

⁴² *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 200.

⁴³ *A importância da Proporcionalidade como Princípio Regente de Políticas Públicas*, pp. 80-81.

cometimento garante a possibilidade de se produzir uma heterologia equilibrada entre editor e endereçado.”⁴⁴

A expressão eficácia comporta duas divisões, quais sejam, a eficácia técnica e a eficácia social. Eficácia técnica, também chamada de eficácia jurídica, refere-se à capacidade de produzir concretamente os efeitos almejados, porque presentes todas as condições técnicas para tanto. Eficácia social significa a obtenção satisfatória dos objetivos previstos pelo legislador no plano da realidade.

A eficácia social consiste na efetiva conduta da sociedade pautada pela norma que deverá ser efetivamente obedecida e aplicada, razão porque a eficácia social é entendida como sendo efetividade. Enquanto a eficácia jurídica se encontra no plano dos fatos, a efetividade se encontra no plano da realidade, da concretude da norma. Efetividade diz respeito ao êxito obtido na utilização da norma, ou seja, a norma existe, é válida, tem vigência, é juridicamente eficaz, mas necessita que seus efeitos se façam sentir na prática da vida em sociedade.

Virgílio Afonso da SILVA, ao fazer referência aos conceitos de eficácia, efeitos e aplicabilidade dos direitos fundamentais, diz que “a aplicabilidade é um dos significados possíveis do vocábulo eficácia. Entretanto, não se pode confundir a aptidão para produzir efeitos (a própria eficácia) com os próprios efeitos. Assim, é perfeitamente possível que uma norma eficaz (porque apta a produzir efeitos) não produza efeito nenhum em certos tipos de relação. Nesse sentido, não produzir efeitos em determinadas relações em nada altera a eficácia da norma. Além disso, nem toda norma apta a produzir efeitos em determinadas relações é de fato aplicável – aplicar a quê (a que tipo de relação, a que casos). Por isso, decidir sobre aplicabilidade é decidir sobre uma conexão entre fatos e normas. Aplicabilidade é um conceito que envolve uma dimensão fática que não está presente no conceito de eficácia. Aplicabilidade é igual a

⁴⁴ Teoria da Norma Jurídica: Um Modelo Pragmático. *A Norma Jurídica*, p. 29.

efeitos. Assim, quando se negam efeitos, não se nega eficácia. As normas continuam eficazes, portanto, aptas a produzir efeitos.”⁴⁵

Afigura-se, desta forma, que os instrumentos jurídicos consensuais dão efetividade à lei de defesa da concorrência, tanto no controle de estruturas como no controle de condutas, na avaliação dos casos concretos.

1.11. Políticas Públicas e a Defesa da Concorrência

Conciliando eficácia jurídica e políticas públicas, José Eduardo FARIA preceitua que “as normas jurídicas são meios para a consecução de determinados objetivos políticos, sociais e econômicos; elas não servem apenas e tão-somente para a resolução dos conflitos, mas servem também para promover, implementar e executar políticas públicas das mais variadas naturezas – políticas essas que devem sua força vinculante e imperativa à sua forma jurídica.”⁴⁶

Prossegue o autor afirmando que, “de acordo com a Constituição de 1988, o legislador ordinário já não é mais soberano em matéria de política econômica e social, devendo pautar suas decisões legislativas pelos princípios e diretrizes constantes do novo ordenamento constitucional – princípios e diretrizes essas que não são apenas de caráter negativo, mas também de natureza positiva, na medida em que estão voltadas à consecução de determinadas metas e ao desenvolvimento de políticas públicas.”

Para FARIA, “longe de ser uma intervenção excepcional e temporária do Estado no setor privado, esses princípios e diretrizes convertem o desempenho do Estado no campo socioeconômico num dever constitucional cuja

⁴⁵ A Constitucionalização do Direito. *Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 56.

⁴⁶ Direito e Economia na Democratização Brasileira, pp. 84-101.

'legitimidade' depende do respeito aos principais objetivos fixados pela Constituição. Expressos sob a forma de normas programáticas, que explicitam fins sem a indicação dos meios previstos para alcançá-los, esses princípios e diretrizes exercem duas importantes funções no sistema constitucional: uma é de caráter integrador, na medida em que balizam a interpretação e a harmonização das normas, leis e códigos que compõem a legislação ordinária; a outra é de natureza genérica, na medida em que tanto o legislador quanto os respectivos aplicadores precisam explicitar os princípios constitucionais em que se baseiam. No plano específico da justiça social, formalmente mencionada pelo caput do artigo 160, as principais normas programáticas da Constituição de 1988 valorizam o trabalho humano ao afirmar que o objetivo maior da ordem econômica é assegurar a todos existência digna (artigo 170 caput), acentuam a preeminência do trabalho sobre o capital (artigo 160, II), reafirmam a função social da propriedade (artigo 160, III), prometem aos trabalhadores um salário mínimo capaz de satisfazer às suas necessidades e às de sua família (artigo 165, I) e lhes asseguram a participação nos lucros das empresas (artigo 165, V). No plano econômico, elas garantem a livre iniciativa (artigo 1º, IV), a liberdade de acesso ao mercado (artigo 170, parágrafo único), vedam ação de trustes e cartéis que importem na eliminação dos concorrentes (artigo 173 § 4º) e impedem a interferência estatal abusiva que implique, senão como objetivo, pelo menos como resultado, a impossibilidade prática de continuidade da atuação de certas empresas no mercado".

CAPÍTULO II - A ANÁLISE ANTITRUSTE E OS INSTRUMENTOS

2.1. Origem

Nos Estados Unidos e na Comunidade Europeia, os acordos negociados no âmbito do direito da concorrência são conhecidos como *Antitrust Settlements*. Na comunidade europeia, as autoridades antitruste, na análise dos casos submetidos a exame, adotam como formas negociadas de proteção à concorrência os chamados *Remedies*, que são as *Termination Orders* e os *Consent Decrees*. Estas soluções se assemelham à desconstituição dos atos de concentração e aos termos de compromisso.⁴⁷

Nos Estados Unidos, o termo de compromisso de cessação de prática em casos de cartel é denominado *Plea Bargain*⁴⁸, que se configura num acordo processual no âmbito do sistema criminal judicial.

Na defesa dos instrumentos inspirados no *Consent Decree*⁴⁹ americano pela Comissão Europeia ou pelos órgãos de defesa da concorrência americanos, a *Federal Trade Commission* e o *Department of Justice*, podemos citar a economia processual na solução das condutas infrativas detectadas, através dos compromissos assumidos pelas partes, alertando, também, a sociedade para o combate a infrações similares, com a imposição de multas.

Os *Consent Decrees* operam tanto como um contrato entre duas ou mais partes, para terminar uma disputa entre elas, quanto um julgamento final proferido pelo Tribunal onde a disputa está sendo julgada. Eles unem a flexibilidade de um contrato privado com a decisão final de um julgamento.

⁴⁷ Os compromissos, na Itália, são denominados de *Impegni*.

⁴⁸ Neste sentido, vide OECD Secretariat, "Plea bargaining/settlement of cartel cases", in OECD Series Roundtables on Competition Policy n. 69, 2007, p. 7, disponível em <<http://www.oecd.org/competition>>. Acessado em 25.03.08.

⁴⁹ O primeiro *antitrust Consent Decree* americano foi no caso Otis Elevator e data de 1906. Hoje, 60% dos litígios antitruste nos Estados Unidos são resolvidos através dos *Consent Decrees*.

A natureza jurídica do *Consent Decree* é híbrida, porquanto o instrumento é parte contrato (acordo) e parte decisão judicial (julgamento final). Embora o *Consent Decree* antitruste limite a liberdade de contratar entre os concorrentes, o instrumento é governado pelas regras da interpretação dos contratos. Tendo em vista a sua incorporação num julgamento, o *Consent Decree* tem um nível de permanência maior do que um simples ajuste.

Os efeitos diretos dos *Consent Decrees* são revelados mais diretamente na estrutura das indústrias envolvidas e nas linhas de produtos dos consumidores de seus mercados. Entretanto, os efeitos de tais instrumentos são mais amplos. A ameaça de litígios antitruste com o Estado pode ter um maior impacto nas decisões das grandes empresas, as quais, por suas posições de domínio, decidem evitar o desgaste de um litígio antitruste.

Na opinião de Richard A. EPSTEIN, a defesa mais forte de uma economia aberta não se deve à efetiva aplicação da lei, mas ao livre ingresso e saída de empresas em seus mercados relevantes. Considerando que os *Consent Decrees* restringem estas práticas, eles necessariamente afetam, contrariamente, as oportunidades para os investimentos em negócios e inovação.⁵⁰ A doutrina americana preocupa-se, atualmente, com os padrões de revisão apropriados para modificar ou terminar um *Decree*.

Sobre a aplicação dos artigos 81 e 82 do Tratado da Comunidade Europeia, a Comissão Antitruste ressalta que, embora o Acordo deixe de analisar se houve infração aos artigos 81 e 82⁵¹, as obrigações acordadas não estariam resguardadas de questionamentos judiciais:

⁵⁰ *Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice. Why less is more*, p. 05.

⁵¹ WILS, Wouter P.J. *The modernisation of the enforcement of articles 81 and 82 EC: a legal and economic analysis of the commission's proposal for a new council regulation replacing regulation 17*, p. 361.

“The settlement can save the costs which both the Commission, the undertakings concerned and the Community Courts would bear if a decision finding an infringement were adopted by the Commission and subsequently appealed before the Community Courts. As the consent decision would equally leave open the question whether an infringement of Articles 81 or 82 subsists notwithstanding the commitments, it would not protect the undertakings concerned against attack by national competition authorities or in national courts.”⁵²

As regras de concorrência da Comunidade Europeia estão previstas no Tratado da Comunidade Europeia, nos artigos 81 e 82 da Sessão 1, Capítulo 1, Título VI, Parte 3, sendo que o artigo 81 se refere a condutas, atos e contratos dos países membros, e o artigo 82 traz um rol exemplificativo quanto ao abuso de posição dominante.⁵³

Verificamos que na Comunidade Europeia e nos EUA os compromissos de desempenho priorizam aspectos relacionados com a estrutura do mercado e que no Brasil, o compromisso de desempenho, objetiva, prioritariamente, os aspectos compensatórios da repartição dos ganhos privados entre a empresa e o consumidor final.

⁵² Tradução livre: “Os acordos podem economizar custos, que a Comissão, os Compromissários e os Tribunais teriam que suportar se uma decisão que confirma uma infração fosse adotada pela Comissão e, posteriormente, interposto recurso perante os Tribunais da Comunidade. Como os compromissos deixam aberta a questão de saber se houve uma infração aos artigos 81 ou 82 e esta subsiste, estes não protegem as empresas em causa contra o ataque pelas autoridades nacionais de concorrência ou dos tribunais nacionais.”

⁵³ “Article 82 - Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in: (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions; (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers; (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.”

2.2. A Importância da Relação entre Direito e Economia nas Soluções Concorrenciais

O foco na relação entre o sistema jurídico e o sistema econômico passa pela mediação entre contrato e propriedade. Na análise concorrencial, há uma relação obrigacional, porquanto o CADE interfere na propriedade, estabelecendo, por exemplo, a venda de ativos, interferindo na relação contratual entre as partes. A questão que se coloca é sobre a imparcialidade do órgão judicante nos atos de concentração econômica e nas respectivas condutas das empresas, estimuladas pelo próprio Estado, como é o caso da privatização. Nele verifica-se o interesse público *versus* o interesse privado, sendo que o primeiro legitima situações novas tendo em vista o interesse social.

Inicialmente, cumpre ressaltar o surgimento do direito econômico, após a 1ª Guerra Mundial, diante da evolução das atividades econômicas e a necessária regulação. Este direito engloba também o direito das atividades econômicas, que se traduz no “conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica.”⁵⁴

O direito econômico é composto por normas parcialmente públicas e parcialmente privadas. Em consequência, o direito da concorrência requer do intérprete que este identifique uma necessária simbiose entre direito e economia para o adequado entendimento no controle de estruturas e na repressão das condutas, porquanto o direito antitruste possui conceitos indeterminados, abertos, sendo faticamente intenso.

⁵⁴ O *Indispensável Direito Econômico*, pp. 14-15.

Como conciliar o sistema econômico e o sistema jurídico, quais os limites e como implementá-los nas soluções concorrenciais acordadas são indagações permanentes na análise antitruste.⁵⁵

A norma antitruste, além da sua eficácia puramente jurídica, precisa mostrar-se eficaz ou eficiente em termos dos resultados concretos que, segundo se espera, gere para a sociedade.

Para Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, “os sistemas normativos são autopoiéticos, isto é, sistemas cuja estabilidade se alimenta de si próprios, tanto em face de perturbações externas quanto internas.”⁵⁶

A importância deste entendimento está no fato de que o direito busca soluções sopesando a importância da economia, quando se trata da defesa da concorrência.

Embora no capitalismo domine a estrutura econômica, a sociedade está sujeita a interferências procedentes de todas as demais instâncias (jurídica, política e ideológica). Todavia, pondera Eros GRAU que “é equivocado pensar que o direito corresponde a um mero reflexo da economia.”⁵⁷ Algumas teorias, tais como, a da análise econômica do direito, buscam determinar as regras jurídicas a partir de leis econômicas.

Calixto SALOMÃO FILHO afirma que “a diferença entre a teoria jurídica e as teorias econômicas do conhecimento está em que, para a primeira, diferentemente das últimas, as regras gerais, quando formuladas, não são generalizações de fatos observáveis nas relações sociais e econômicas, mas

⁵⁵ As citações a Luhmann refletem a necessidade, na análise antitruste, de um melhor entendimento da relação entre o sistema e o entorno. A importância deste raciocínio está relacionada diretamente à elaboração das cláusulas dos instrumentos jurídicos consensuais para proteção à concorrência.

⁵⁶ *Introdução ao estudo do direito*, p. 193.

⁵⁷ *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 45.

sim concretização de valores sociais desejados que devem levar em consideração tais fatos.”⁵⁸

Estes conceitos são importantes para a discussão sobre o controle exercido pelo CADE em atos de concentração decorrentes do processo de globalização da sociedade. Nos casos de fusão de empresas, a intervenção na estrutura deve ser suficiente para que o mercado não seja afetado.

Segundo Celso Fernandes CAMPILONGO, “a globalização cria complexidade e aumenta a interdependência do sistema jurídico em relação ao ambiente externo.” Exemplifica o autor, mencionando que “surgem novos temas, comportamentos inéditos, atividades econômicas atípicas, agregações políticas pouco usuais e outros eventos que carecem de regulação jurídica.”⁵⁹

Para ele, “o sistema jurídico, apesar de toda essa turbulência no ambiente, está sempre aberto aos influxos e requisições que a economia e a política, por exemplo, lhe apresentam. Pode ajustar programas, modificar procedimentos e alargar sua sensibilidade cognitiva. Só não pode – sob pena de se desfigurar como sistema – abandonar sua estratégia específica de operação, fechada no código direito/não-direito.”

Segundo a teoria de LUHMANN, o sistema jurídico não é definido a partir da relação entre suas partes, em sentido normativo (diferença todo/parte), nem pela distinção entre um direito estatal e um direito não-estatal (binômio Estado/sociedade). Conforme CAMPILONGO, “o ponto de partida é diverso: indicar o sistema jurídico significa diferenciá-lo do seu ambiente.”

Orlando VILLAS BÔAS FILHO, na obra em que analisa o direito na teoria dos sistemas de Niklas LUHMANN, menciona que “como

⁵⁸ Globalização e Teoria Jurídica do Conhecimento Econômico. *Direito Global*, p. 36.

⁵⁹ *O direito na sociedade complexa*, p. 146.

decorrência de cada sistema operar e se autodescrever segundo um código próprio (lícito/ilícito para o direito; verdadeiro/falso para a ciência; governo/oposição para a política, etc.), não será possível que um desses subsistemas venha a ter preponderância sobre os demais, pois isso significaria a sobreposição de seu código (e de sua autodescrição respectiva) ao dos outros subsistemas, o que, por sua vez, faria com que eles se corrompessem. As problemáticas da racionalidade e da normatividade estão no âmbito da teoria dos sistemas, diretamente relacionadas à autorreferencialidade dos sistemas.”⁶⁰

Afirma o autor que “o paradoxo da autorreferência consiste no fato de que o sistema, ao se observar enquanto distinto de seu entorno, é forçado a, simultaneamente, observar que o entorno não é outra coisa senão um produto de suas próprias operações. O sistema só é capaz de construir sua identidade distinguindo-se de seu entorno, o que implica observar que o sistema somente se afirma como sendo o que é a partir da negação daquilo que ele não é (o entorno). Com isso, fica evidente que a reflexão do sistema (uma das três modalidades de autorreferência, que se baseia na diferença sistema/entorno) é paradoxal.” Para LUHMANN, os diversos tipos de sistemas podem se acoplar estruturalmente e se interpenetrarem.

Na relação entre os sistemas, prossegue o autor discorrendo sobre a concepção do direito como um sistema autopoietico, para o qual “a justiça nada mais é do que uma fórmula de contingência, que serve de critério de consistência para o sistema jurídico.” Para ele, a questão que se coloca é a de “como inter-relacionar subsistemas autorreferenciais sem que isso implique ingerência de um subsistema sobre outro e, nesse sentido, sobreposição de referência externa sobre autorreferência. No caso do sistema jurídico, que tem evidentes pretensões regulatórias, essa problemática se torna premente, obrigando a que se procurem soluções que permitam inter-relacionar tais sistemas, mas que, por sua vez, não contradigam a autorreferencialidade que lhes é própria.”

⁶⁰ *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, pp. 116-254.

Sobre o fechamento do sistema, diz o autor que este “é reproduzido a partir da diferenciação estrutural entre código e programas, e é esta diferenciação por si só que dá às normas um caráter peculiar. Assim, diferenciado da sociedade a partir de seu código binário, cujos valores são direito/não-direito, e valendo-se de programas condicionais do tipo “se/então”, o sistema jurídico está apto a desempenhar sua função de estabilização contrafática de expectativas normativas.”

É a consecução dessa função que torna o direito discernível do sistema social global (sociedade) e dos demais subsistemas funcionais, tais como a ciência, a política, a economia, etc., que, tal como o direito, têm um código específico com seus respectivos programas. Trata-se de funções concorrentes que não podem ser sobrepostas umas às outras, nem mesmo hierarquizadas, pois isso se chocaria com a autorreferencialidade que é própria dos subsistemas que as desenvolvem.

Os sistemas se inter-relacionam. Entretanto, o direito precisa regular os conflitos de expectativa indicando quais têm respaldo social e quais não. A estrutura da expectativa normativa parece depender da capacidade do direito em se impor regulatoriamente perante seu entorno, seja na consecução de sua função social, seja na prestação aos demais subsistemas. A legitimação do direito aparecerá como a expressão do processo racional de formação da opinião e da vontade e, neste sentido, é o principal problema encontrado por um direito essencialmente mutável, como é o caso do direito positivo e, em especial, o do direito econômico.

Da mesma forma que os sistemas político ou econômico não podem controlar o sistema jurídico, também este não pode controlar os demais subsistemas. A partir da teoria dos sistemas, em virtude do aspecto autorreferencial do subsistema jurídico, fica excluída a possibilidade de sua instrumentalização pela política ou de sua submissão à economia. A autopoiesis

sistêmica é incompatível com a sobreposição do código de um determinado sistema sobre outro, pois isso impede que o sistema efetive seu fechamento operacional e, conseqüentemente, seja capaz de construir sua identidade.

As intervenções do subsistema jurídico em outros subsistemas devem ser entendidas em termos de observação, o que significa, por exemplo, que, ao pretender intervir sobre a economia, o direito construiria internamente uma imagem da economia e formularia as normas respectivas a tal imagem, ao passo que a economia, por sua vez, construiria uma imagem do direito e processaria seus atos de pagamento com referência a tal imagem. Nem o direito teria acesso direto ao que é economia, nem esta teria acesso ao que é o direito.

Resume VILLAS BÔAS FILHO que “o sistema é uma forma paradoxal composta por dois lados: sistema e entorno. Para analisar as relações entre sistema e entorno, LUHMANN se vale do conceito de acoplamento estrutural, mediante o qual será possível verificar como o direito, entendido como subsistema autopoietico e autorreferencial, é capaz de intervir nos outros subsistemas funcionais.”

Analisando as dicotomias permitido/proibido, legal/ilegal, público/privado ou constitucional/inconstitucional do sistema jurídico, percebemos que estas seriam singelas demais para lidar com as questões multifacetadas surgidas em contextos socioeconômicos em constante mutação na nossa sociedade contemporânea, levando a soluções invariavelmente rígidas, inapropriadas, geradoras de tensão e multiplicadoras de conflitos.

Neste contexto, podemos afirmar que a busca por soluções concorrenciais acordadas encontram fundamento nos dois sistemas (jurídico e econômico), cujas disposições negociadas entre as partes devem refletir os anseios da sociedade.

Entretanto, a questão que se coloca é sobre a forma de dar efetividade à proteção da concorrência, no estabelecimento das negociações entre os agentes econômicos e a autoridade de defesa da concorrência nas cláusulas constantes dos compromissos.

2.3. A Forma Consensual na Adoção dos Instrumentos

De um modo geral, excepcionando as medidas incidentais (Cautelar e Preventiva), que são instrumentos adotados de forma impositiva e unilateral da autoridade antitruste, e que serão aqui estudados com o intuito de comparar os instrumentos impostos com os negociados, os demais instrumentos jurídicos, como o próprio nome define em alguns deles (Acordo de Previsibilidade de Reversibilidade da Operação e Acordo de Leniência), inquestionavelmente, são acordos. O que significa que, necessariamente, deve haver um consenso entre as partes na sua celebração.⁶¹

Questão mais complexa diz respeito ao Termo de Compromisso de Desempenho. Embora os compromissos sejam adotados pelo CADE no exercício de sua conveniência e oportunidade, a celebração de suas cláusulas é feita de forma consensual, sendo negociada entre as partes, tanto no Termo de Compromisso de Desempenho quanto no Termo de Compromisso de Cessação.

Acreditamos que o Termo de Compromisso de Desempenho necessita de um ajuste, entre o agente econômico e o CADE, pois do contrário, qual a eficácia de uma decisão de forma impositiva com obrigações de desinvestimento, por exemplo, se, ao final, a parte não conseguisse

⁶¹ A título exemplificativo, ao celebrar o APRO, este deve considerar a estrutura dos negócios, que é sempre dinâmica. Embora este contenha previsões de que as estruturas administrativas, produtivas e comerciais das empresas sejam mantidas íntegras, ressaltando a competição independente até julgamento final pelo CADE, ações financeiras precisam ser tomadas e estas podem ficar livres das exigências do acordo.

operacionalizá-la? Assim, as obrigações de um TCD são realizadas de forma consensual.

No Acordo de Leniência, por exemplo, na condução do processo pela SDE, há uma participação das partes (cooperação e colaboração) na produção de prova, o que eleva a eficiência do acordo.

O CADE tem competência para negociar com as partes nos limites de sua discricionariedade técnica, conjugando critérios econômicos e jurídicos, preservando o interesse da coletividade, motivando o agente privado e o agente público.

Nos compromissos negocia-se a “segurança” de que o ganho com a sinergia das empresas será transferido ao consumidor, através de algumas projeções de mercado e de produção. Estas devem indicar que haverá diminuição dos preços ou benefício ao consumidor com a inovação. Cumpre ressaltar, todavia, a dificuldade de mensurar a projeção de benefícios ao consumidor e a demonstração do interesse público do país, que consiste, por exemplo, na necessidade de que as empresas brasileiras concentrem eficiências para a conquista do mercado externo.

Quanto ao Termo de Compromisso de Cessação, igualmente, sem um consenso das partes, não ocorre a transação no âmbito administrativo.

2.4. Os Litígios Concorrenciais e o Processo Administrativo

Aplica-se ao CADE, autarquia federal, o mandamento constitucional e democrático expressamente imposto ao juiz no exercício da tutela jurisdicional, qual seja, o de motivar, compulsoriamente, e sob pena de nulidade,

os atos administrativos vinculados ou de discricionariedade vinculada aos princípios, coibindo, desta maneira, desvio de poder. Conforme o artigo 3º da Lei 8.884/94, o CADE é órgão julgante com jurisdição em todo o território nacional. Compete ao CADE, instância decisória, o dever de preservar a garantia de direitos fundamentais dos investigados (respeito ao direito de defesa e ao princípio do devido processo legal).

Ainda que no CADE possa imperar o “formalismo moderado”, como órgão administrativo julgante, este tem o dever de observar os requisitos formais das decisões administrativas de motivação e julgamento em sessão pública. A exigência de motivação dos atos administrativos é pressuposto autônomo de validade do ato administrativo. Não se admitem formas genéricas, o que muitas vezes está presente nas decisões do CADE, notadamente nas decisões que refutam a celebração do compromisso de cessação de prática.

2.5. Objetivo dos Instrumentos Jurídicos Consensuais

A natureza de cada instrumento jurídico adotado pela autoridade antitruste é distinta, a começar pelos Termos de Compromisso previstos em lei. O Termo de Compromisso de Desempenho (art. 58) reproduz-se na própria permissão administrativa, pós-evento, numa análise prospectiva da operação submetida à aprovação do órgão antitruste, com um olhar para o futuro. O Termo de Compromisso de Cessação, por sua vez, é proposto em situações de ilegalidade, sujeitas a sanções, e objetiva punir condutas passadas para evitar a dissuasão das práticas ilícitas, numa correção para o futuro.

O presente capítulo irá investigar como o controle de estruturas e condutas é exercido pelo CADE, verificando quais são os aspectos relevantes na análise concorrencial.

Tais aspectos são necessários para a compreensão de cada instrumento jurídico na Lei 8.884/94, previsto no artigo 53 (Compromisso de Cessação) e no artigo 58 (Compromisso de Desempenho), bem como as medidas incidentais, descritas no artigo 52 (Medida Preventiva e a Ordem de Cessação).

2.6. Controle de Estruturas e de Condutas

A legislação brasileira de defesa da concorrência abrange o controle de estruturas e o de condutas. Para exercer o controle de estruturas, o CADE aprecia, valendo-se das opiniões da Secretaria de Direito Econômico - SDE e da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, se determinado ato ou contrato pode causar efeitos danosos à concorrência. O § 1º do artigo 54⁶² da Lei 8.884/94 estabelece o princípio da razoabilidade, ou a regra da razão, como princípio fundamental de controle dos atos e contratos celebrados pelos agentes econômicos. Acordos de acionistas, contratos de locação de estabelecimento, transferência de tecnologia, licença de uso de marca e outros negócios empresariais podem ser instrumentos de lesão ao livre mercado.

Quanto ao controle de condutas, este consiste na apuração de condutas anticoncorrenciais (consoante determina o artigo 20 e incisos da Lei 8.884/94) de empresas que detêm poder sobre determinado mercado. O artigo 20 da Lei 8.884/94 refere-se a atos sob qualquer forma manifestados englobando os

⁶² Lei n. 8.884/94 - Art. 54. "Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. § 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam às seguintes condições: I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. § 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

acordos e as concentrações entre empresas, o domínio de mercado e o abuso de posição dominante.

O artigo 21 da Lei 8.884/94 traz um rol exemplificativo das condutas infrativas à livre concorrência, tais como as vendas casadas, os acordos de exclusividade, a prática de cartéis, entre outras.

As práticas restritivas podem ser horizontais, isto é, quando duas ou mais empresas atuam num mesmo mercado como vendedoras de produtos similares (substitutos) ou atuam num mesmo mercado como compradoras. Cite-se como exemplo, os cartéis, outros acordos entre empresas, ilícitos de associações profissionais e preços predatórios. Já as práticas restritivas verticais são aquelas em que uma empresa opera como vendedora no mercado de insumos da outra, mesmo não havendo uma relação comercial entre elas.

Para que seja considerado contrário à ordem econômica, basta que o ato determine a incidência do artigo 20, ou seja, tenha por objeto ou produza um dentre os seguintes efeitos: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. Nesses casos, a SDE promove Averiguação Preliminar ou instaura Processo Administrativo para apurar os fatos, sendo que o CADE aprecia com base nas opiniões da SDE e SEAE se houve configuração de infração à ordem econômica. No controle de condutas, a manifestação da SEAE é facultativa.

O CADE não pode classificar o ato como ilegal, determinando sua desconstituição, se dele surgirem em consequência os resultados previstos nos quatro incisos do § 1º do artigo 54 da Lei 8.884/94, quais sejam: 1) o aumento da produtividade; 2) a melhora da qualidade dos bens ou serviços; 3) a eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico, com a

distribuição equitativa desses benefícios entre os participantes do ato e os consumidores, e 4) a não-eliminação de parte substancial do mercado relevante dos bens e serviços objeto do ato, com observância estrita dos limites necessários a se atingir os objetivos visados. Da mesma forma, o CADE deverá considerá-lo regular se três das quatro condições estabelecidas no referido § 1º do artigo 54 forem atendidas, desde que haja motivo de preponderante interesse da economia nacional e do bem comum, como esclarecido no § 2º do mesmo artigo.

Operações societárias tais como as fusões, aquisições, incorporações, cisões e *joint ventures* são típicos atos de concentração, fazem parte do processo natural do desenvolvimento de uma economia de mercado e em si não configuram práticas abusivas. Tais atos buscam geralmente aumentar a eficiência de uma empresa por meio, por exemplo, da diminuição de custos. Entretanto, tais operações podem resultar em restrições à concorrência e devem ser apreciadas pelo CADE, que aprovará a concentração se a mesma proporcionar o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens e serviços ou ainda o desenvolvimento tecnológico e econômico das empresas, conforme dito acima.

O CADE irá analisar atos de concentração envolvendo empresas que possuem relações horizontais, isto é, quando duas ou mais empresas atuam num mesmo mercado como vendedoras de produtos similares (leia-se substitutos) ou atuam num mesmo mercado como compradoras. A análise também recai sobre empresas que possuem relações verticais, ou seja, quando uma empresa opera como vendedora no mercado de insumos da outra, mesmo não havendo uma relação comercial entre elas.

A eficácia dos atos e contratos (§ 7º do artigo 54) sujeitos à apreciação do CADE na forma do artigo 54 caput, ou do seu § 3º, fica condicionada à aprovação dos mesmos. Uma vez aprovados, a eficácia retroagirá

à data da sua realização. Não sendo apreciados no prazo estabelecido, serão automaticamente considerados aprovados.

Quanto à não aprovação (§ 9º do artigo 54), o plenário do CADE determinará as providências cabíveis. As providências poderão se constituir no desfazimento parcial ou total do ato ou do contrato. As empresas que submetem seus atos à análise antitruste respondem por perdas e danos impostos a terceiros. Cabe à Comissão de Valores Mobiliários – CVM e Juntas Comerciais comunicar à SDE as alterações de controle acionário e os registros de fusão das companhias abertas.

2.7. Necessidade de Submissão ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) de Atos e Contratos

Segundo o § 3º do artigo 54⁶³ da Lei 8.884/94, deverão ser submetidos a análise os atos que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário e que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400 milhões.⁶⁴

Importante salientar que a cláusula de não concorrência contida na grande maioria dos contratos que envolvem as mais diversas

⁶³ Lei nº 8.884/94. Art. 54. (...) § 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000.)

⁶⁴ CADE - Súmula nº 1, publicada no D.O.U. de 18/10/2005 – “Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, §3º, da Lei n.º 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração.” Disponível em <<http://www.cade.gov.br/legislação>>, acessado em 18.03.09.

operações societárias é válida perante as autoridades antitruste quando estabelece limites materiais, geográficos e temporais⁶⁵, sendo que “a proibição irrestrita da competição entre os contratantes não vale porque significa desrespeito básico de organização da economia de livre mercado.”⁶⁶ Assim, a jurisprudência do CADE firma-se no limite temporal da cláusula de não-concorrência de 5 (cinco) anos.

O prazo para apresentação (§ 4º do artigo 54) de comunicação à SDE é de 15 dias úteis a contar da realização do ato. Muito se questiona sobre o que significa a expressão “realização do ato”. O CADE entende ser o primeiro documento vinculativo entre as partes (artigo 98 do Regimento Interno). Cumpre ressaltar que o importante para a defesa da concorrência é que seja considerado o momento em que este ato gera efeitos no mercado relevante onde atuam os agentes econômicos.⁶⁷ As condições para a autorização estão presentes no § 1º do artigo 54 anteriormente mencionado.

Os prazos para a SEAE/SDE/CADE estão contidos no § 6º do artigo 54. A SEAE terá 30 dias para emitir parecer técnico, a SDE, após receber o parecer da SEAE terá 30 dias para se manifestar a respeito e o CADE terá 60 dias para deliberação. Os prazos para manifestação da SEAE, da SDE e decisão pelo CADE ficarão suspensos enquanto não forem apresentadas as informações e os documentos solicitados. Note-se que a questão do prazo de análise é de extrema importância, principalmente, após a decisão do caso Nestlé/Garoto pelo Judiciário, em que o juiz de primeira instância entendeu que no caso houve decurso de prazo e, portanto, aprovou a operação, sem restrições,

⁶⁵ Ademais, o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1147, dispõe: “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subsequentes à transferência.”

⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, p. 244.

⁶⁷ CADE - Súmula nº 3, publicada no D.O.U. de 21/09/2007 - “Nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública, o termo inicial do prazo do art. 54 § 4º, da Lei 8.884/94 é a data da celebração do contrato de concessão.” Disponível em <<http://www.cade.gov.br/legislação>>, acessado em 18.03.09.

colocando por terra todo o trabalho de análise econômica e impacto na concorrência, desenvolvido pelas autoridades de defesa da concorrência.⁶⁸

2.8. Análise Econômica nos Atos de Concentração

A análise econômica nos atos de concentração abrange os dados econômicos sobre o mercado de atuação das empresas, com projeções econômicas e de mercado. A análise econômica se consubstancia na apuração concreta de dados estatísticos, números relativos à proteção ao mercado pretendida nos acordos, o restabelecimento da concorrência, a entrada de novas empresas, o benefício aos consumidores, a melhora na otimização de recursos das empresas e a conseqüente diminuição de preços ao consumidor final. A seguir, apresentamos conceitos econômicos relevantes para a análise antitruste.

2.9. Conceitos Relevantes para a Análise Antitruste

2.9.1. Abuso do Poder Econômico

Os conceitos de poder econômico e de abuso são importantes para a compreensão do exercício do controle de condutas e estruturas pelo CADE.

Segundo Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, “do ponto de vista jurídico, é possível construir a noção de que o poder econômico é um direito,

⁶⁸ Em breve síntese, no caso Nestlé/Garoto, a sentença proferida pela Justiça Federal anulou a decisão do CADE e não impôs qualquer restrição à concretização do negócio. Referida sentença desconsiderou todos os estudos técnicos sobre os riscos de formação de monopólio e abuso de poder econômico apontados pela SDE e SEAE, no caso de concretização da compra da Garoto. Ao justificar sua decisão, o juiz alegou que o CADE não teria respeitado o prazo de 60 dias previsto pela legislação para julgar o caso e, portanto, a operação deveria ter sido aprovada por decurso de prazo.

o direito de fazer algo dentro de certos limites que, ultrapassados, caracterizariam o abuso.”⁶⁹

Quando da negociação dos compromissos, o conceito jurídico de poder econômico, a que se refere o texto constitucional, é importante para que o órgão de defesa da concorrência possa aferir a expressividade do agente no setor em que atua, verificando o seu potencial de lesar a sociedade.

2.9.2. Posição de Domínio

O conceito de posição dominante é importante para a análise das estruturas e das condutas e se reflete, sobretudo, na assunção pelo agente econômico de determinadas obrigações de fazer ou não fazer que estão consignadas nos compromissos.

Para a configuração da posição de domínio, é necessária a prévia definição dos limites do mercado relevante, através dos critérios: geográfico, material e temporal. A posição de domínio se dá quando uma empresa possui superioridade econômica num determinado mercado relevante, ou seja, atua independentemente e influencia o comportamento das demais empresas e/ou dos consumidores.

2.9.3. Mercado Relevante

Para a análise concorrencial é fator essencial a determinação do mercado relevante. O conceito é útil no esclarecimento dos problemas decorrentes dos termos negociados. Um mercado relevante compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Entretanto, a

⁶⁹ *Poder Econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*, p. 17.

definição de mercado relevante não pode ser limitada ao “conjunto de interações econômicas existentes entre ofertantes e consumidores no sentido emprestado a este termo pelo Código de Defesa do Consumidor.”⁷⁰ Assim, um mercado relevante pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento. Na produção de um determinado bem ou na prestação de um dado serviço até o consumo final admitem-se os mais variados mercados relevantes, os quais podem ser, para efeitos de aplicação da legislação de defesa da concorrência, destacados da cadeia econômica total e tratados autonomamente.

2.9.4. Mercado Relevante Geográfico

Outro dado econômico de suma importância é a definição do mercado relevante geográfico, que compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores e características dos produtos/serviços. A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos/serviços ofertados por empresas situadas fora dessa área. Além disso, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as empresas consideradas pelos ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições comerciais numa área determinada.

2.9.5. Informações sobre Clientes e Fornecedores

A análise do ato de concentração abrange igualmente informações sobre clientes e fornecedores independentes (empresas independentes que não participam de nenhum dos grupos econômicos ao qual pertençam as empresas envolvidas no ato de concentração), bem como

⁷⁰ José Del Chiaro F. ROSA e Luiz Fernando SCHUARTZ, Mercado Relevante e Defesa da Concorrência, *Separata da Revista de Direito Econômico do Ministério da Justiça*, out./dez., p. 5.

informações sobre importação independente (aquela realizada por qualquer empresa que não pertence a nenhum dos grupos das empresas envolvidas no ato de concentração).

2.9.6. Eficiência Econômica

Do ponto de vista econômico, eficiências são reduções de custos obtidas em função de prática ou de ato de concentração. Sua mensuração correta é importante para avaliar se os benefícios de uma operação ou prática vertical compensam os eventuais prejuízos ao mercado.

Para a aprovação do ato de concentração é necessária a demonstração das eficiências por parte das empresas participantes. Entende-se por eficiências aquelas reduções de custos de qualquer natureza, estimáveis quantitativamente e intrínsecas ao tipo de operação realizada e que não poderiam ser obtidas apenas por meio de esforço interno. As eficiências devem ser grandes o suficiente para evitar que o ajuste preço-qualidade dos produtos de um determinado mercado relevante aumente e que o benefício do consumidor diminua. Ademais é importante mensurar o aumento do bem-estar econômico como um todo.

Conforme asseveram FRANCESCHINI e PEREIRA, “na análise econômica, sob o prisma jurídico, há de se conciliar as eficiências econômicas com o bem-estar da coletividade, priorizando-se as eficiências inovativa e produtiva.”⁷¹

⁷¹ As eficiências econômicas sob o prisma jurídico, *Revista de Direito Econômico*, n. 23, p. 33.

2.9.6.1. O Princípio da Eficiência Econômica e a Maximização de Riquezas

A análise econômica do direito dá à decisão jurídica foros de certeza e objetividade, através do princípio da eficiência econômica, que serve para orientar o julgador de forma segura e calculável. A empresa e o indivíduo, por si sós, produzem melhor equilíbrio e desenvolvimento ao serem conduzidos pela lógica interna do mercado.

Na economia de livre mercado e na atuação dos agentes econômicos é natural que a empresa, ao concorrer, tenha em mente a maximização de lucros e, em consequência, tenha como objetivo o domínio de mercado para aumentar seus ganhos.

O bem-estar coletivo deve ser papel do Estado, promovendo o bem comum, mas sem comprometer a liberdade da empresa; porém, o interesse coletivo deve prevalecer sobre a atuação individual, sempre dentro de parâmetros de proporcionalidade que devem ser observados pelo Estado.

Segundo Marcos Vinicius Chein FERES, “para se dissertar sobre eficiência econômica e a análise econômica do direito cumpre considerar o papel precursor de Ronald COASE.”⁷²

Pelo Teorema de COASE, quando nulos ou insignificantes os custos de transação, os sujeitos envolvidos são perfeitamente capazes de corrigir as falhas de mercado, realocando eficientemente os recursos. Partindo do pressuposto de que as pessoas tomam suas decisões de forma a realocar eficientemente os recursos escassos, COASE procurou redefinir e reduzir o papel do Estado na economia. Ao atuarem no mercado, os agentes tendem a reduzir seus custos de transação com vistas a aumentarem seus ganhos. Assim, a teoria

⁷² Do Princípio da Eficiência Econômica, *Revista do IBRAC*, v. 8, n. 8, p.290.

de COASE é essencial para compreender o princípio da eficiência econômica em torno do qual gravita a análise econômica do direito.

Desta forma, a maximização de riquezas é a que se opera com implementação de novas tecnologias, com realocação de recursos, mão-de-obra e com produtividade.

Há dois instrumentos que ajudam a demonstrar a eficiência econômica, a saber, o conceito superior de Pareto, em que alguém se torna mais rico sem o correspondente empobrecimento do outro, e o conceito de Kaldor-Hicks ou potencial superioridade de Pareto, em que o prejuízo, não excessivo, ocasionado pela transação eficiente pode ou não vir a ser compensado pelos ganhadores. O critério de Kaldor-Hicks é o que define o princípio da eficiência econômica, enquanto vetor da análise econômica do Direito na teoria de Richard POSNER. Por esse critério, a eficiência consiste na maximização da riqueza, de tal sorte que as pessoas tendem, de uma forma ou de outra, a aumentar a sua felicidade. São, pois, racionais maximizadoras de suas satisfações.⁷³

Na análise econômica das operações submetidas aos órgãos de defesa da concorrência, estes não devem intervir se, por exemplo, no caso de uma fusão, esta não provocar no mercado níveis de concentração que ultrapassem certos níveis indicados pela percentagem de quotas de mercado ou pelo índice Herfindahl-Hirshman Index - HHI. O HHI é utilizado para verificar o nível de concentração de um determinado mercado. Calculado com base nas quotas de mercado de cada uma das empresas presentes no mercado, o HHI confere um peso proporcionalmente mais importante às quotas de mercado das grandes empresas. Apesar de o nível absoluto do HHI poder fornecer uma indicação inicial da pressão concorrencial no mercado após a concentração, é sobretudo a variação do HHI, que resultará diretamente da operação, que constitui um indicador útil sobre a alteração do grau de concentração.

⁷³ *Problemas de Filosofia do Direito*, p. 20.

Defende POSNER a idéia de eficiência, enquanto único valor social importante que o sistema consuetudinário na elaboração da lei pode promover, visto que a justa distribuição de riqueza e outros fatores de justiça acrescentariam subjetividade e incerteza ao processo judicial. É fim da teoria atingir objetividade e segurança no momento da decisão judicial tendo em vista o regime da *common law*, mas que se aplica também ao *statutory law*.

A importância deste princípio para a análise antitruste é que o princípio da eficiência econômica consiste na formulação de políticas públicas e privadas dos agentes econômicos, com vistas a implementar uma melhor alocação de recursos e o bem-estar coletivo. A maximização de riquezas a que se refere o jurista norte-americano deve ser entendida, no contexto brasileiro, como desenvolvimento de novas tecnologias, exploração racional de recursos naturais, adequado tratamento da mão-de-obra humana e aumento de produtividade.

Desta forma, ao interpretar o direito econômico da concorrência no sistema jurídico brasileiro, deve ser considerada a maximização da riqueza ou eficiência econômica (balanço econômico), definido pela proporcionalidade entre os custos e as vantagens da prática concorrencial.

Ao julgar um litígio concorrencial, o CADE deve utilizar o devido balanço econômico, refletido no princípio da eficiência, ao estudar o comportamento de empresas no mercado concorrencial. A eficiência a ser implementada enquanto princípio jurídico é a que conduz políticas públicas e privadas à busca do bem-estar coletivo. Estes conceitos são importantes, por exemplo, quando o CADE, no uso de sua discricionariedade técnica, aprova uma operação com a condição de celebrar um Termo de Compromisso de Desempenho que deve contar com metas quantitativas e qualitativas.

Com relação aos monopólios naturais, estes provocam reações de defesa por parte dos pequenos produtores e dos consumidores, diante dos seus riscos e dos seus abusos. Vale notar que os monopólios que correspondem à concessão de serviços públicos são vigiados e regulados. Em consequência, exige-se do Estado o desenvolvimento de leis de defesa da concorrência e leis de defesa do consumidor.

2.9.7. Barreiras à Entrada

Outra questão de análise é a quantificação das chamadas barreiras à entrada, que consistem em qualquer fator, em um mercado, que coloque um potencial competidor eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. O termo “barreiras” geralmente refere-se a condições ou comportamentos que restringem a mobilidade do capital para dentro e para fora do mercado, em resposta às realizações de lucros acima e abaixo do normal. A maioria dos casos de concorrência está relacionada com o poder de mercado, e as barreiras à entrada são necessárias ao exercício deste poder. As empresas possuem um poder de mercado individual ou coletivo quando os compradores não têm uma escolha adequada de fornecedores alternativos independentes. Se as barreiras à entrada são altas, o poder de mercado é possível; se elas são baixas, pode-se esperar que os novos entrantes restaurem o equilíbrio competitivo.⁷⁴

Entre os fatores que constituem importantes barreiras à entrada, estão: (a) custos fixos elevados; (b) custos irrecuperáveis; (c) barreiras legais ou regulatórias; (d) recursos de propriedade das empresas instaladas; (e) economias de escala ou de escopo; (f) grau de integração da cadeia produtiva; (g) fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas, e (h) ameaça de reação dos competidores instalados.

⁷⁴ OCDE, The World Bank, *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*, p. 219.

2.9.8. Custos Irrecuperáveis

Além disso, são analisados os custos irrecuperáveis, também chamados de *sunk costs* (custos que não podem ser recuperados quando a empresa decide sair do mercado). A extensão dos custos irrecuperáveis depende principalmente: 1) do grau de especificidade do uso do capital; 2) da existência de mercados para máquinas e equipamentos usados; 3) da existência de mercados para o aluguel de bens de capital, e 4) do volume de investimentos necessários para garantir a distribuição do produto (gastos com promoção, publicidade e formação da rede de distribuidores).

2.9.9. O Poder de Controle

Enquanto o direito societário se preocupa com a determinação dos interesses do controlador e dos destinos do patrimônio social, o direito concorrencial, ao se defrontar com o mesmo objeto, tem como preocupação a manutenção das estruturas de mercado (concorrência) consideradas desejáveis do ponto de vista econômico.⁷⁵

O controle sob o ponto de vista concorrencial é o poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais e/ou o funcionamento da empresa.

Sob a visão societária, o conceito abrange a titularidade e exercício dos direitos de sócio que asseguram, de modo contínuo, a supremacia nas deliberações da sociedade, decorrente de acordo de votos ou da detenção de ações especiais. Assim, a noção de poder de controle nasce no âmbito do direito societário com o objetivo de identificar, no contexto das regras próprias à

⁷⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*, p.253.

organização da sociedade anônima, o acionista que comanda os negócios sociais e responsabilizá-lo por lesões aos interesses dos minoritários decorrentes de abuso do exercício de seus direitos de sócios.

Na disciplina da concorrência, o conceito de controle deve abranger também as hipóteses de ingerência na administração da sociedade por agentes não titulares de direitos de sócios (controle externo). O objetivo é o de assegurar o funcionamento das estruturas de livre mercado. A discussão da concorrência não pode considerar o controle das sociedades anônimas pelo prisma restrito da legislação societária. Sob a visão da análise concorrencial, por exemplo, no caso de grandes investidores institucionais com expressiva participação societária não votante em duas sociedades anônimas concorrentes, seus interesses voltados à obtenção do maior rendimento possível em ambos os investimentos podem forçar uma atuação concertada entre as empresas concorrentes.

No direito societário, o conceito de controle está refletido no artigo 116 da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), que dispõe sobre a titularidade de direitos de sócios que conferem ao seu titular, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia, o que pode ocorrer tanto pelo controle majoritário (maioria do capital votante) como por um controle minoritário (fundado em um número de ações inferior à metade do capital votante) podendo ser controlado por um único acionista ou pelo conjunto.

Para o direito da concorrência, o que interessa é a influência dominante que se configura na capacidade de um dado agente econômico de influir no planejamento empresarial de outro agente, de modo que importa não o domínio sobre todos os órgãos sociais, mas sim o domínio sobre aquelas áreas

diretamente ligadas à produção e atuação da empresa no mercado, tais como investimentos, pesquisa e desenvolvimento, produção e vendas.⁷⁶

Conforme leciona Fábio Konder COMPARATO, “no controle sob o prisma societário é necessário que haja o domínio sobre todas as decisões sociais que é consubstanciado no poder de determinar as deliberações da assembleia geral, ao passo que a influência dominante está caracterizada apenas pelo controle das áreas ligadas à tomada de decisão estratégica.”⁷⁷

2.9.10. A Visão de Grupo

Na visão do direito da concorrência, grupo de sociedades consiste num conjunto de empresas sujeitas a um controle comum. A formação do grupo objetiva a coordenação ou subordinação da administração das sociedades filiadas.

Para o direito societário, o conceito de grupo de sociedades está estabelecido no artigo 265 da Lei 6.404/76. Apesar de não conceder personalidade jurídica aos grupos de sociedade, a lei das sociedades anônimas reconhece no grupo uma nova estrutura empresarial dotada de interesse próprio, superior e distinto dos interesses das sociedades que se unem para formá-lo. No direito societário, o que caracteriza o grupo de sociedades é a independência jurídica das sociedades integrantes do grupo associada à unidade de direção econômica. Os grupos societários podem, no regime da Lei 6.404/76, formar-se tanto contratualmente quanto mediante a participação acionária. Além disso, há os grupos de coordenação que se assemelham aos consórcios (dependendo da noção da coordenação adotada) e formam-se tanto com base em participações societárias quanto por meio de contrato.

⁷⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*, p. 257.

⁷⁷ *O poder de controle nas sociedades anônimas*, p. 65.

O Professor Fábio Ulhoa COELHO preceitua que “as sociedades podem ligar-se por relações de controle ou coligação, como subsidiária integral, participação em grupos ou por consórcio. Cada filiada conserva sua personalidade jurídica e patrimônio próprios. Não existe solidariedade⁷⁸ salvo por sanções decorrentes de infração da ordem econômica, consoante a Lei 8.884/94 em seu artigo 17.”⁷⁹

Com relação à reestruturação societária, tema bastante controvertido do ponto de vista concorrencial, ao analisar operações que envolvem a consolidação de controle que uma empresa exerce sobre a outra, o CADE entende que o importante é verificar se a operação implica mudança na relação de poder interna da empresa capaz de alterar a maneira pela qual os negócios vêm sendo conduzidos. Por outro lado, a não subsunção das operações de reestruturação envolvendo a consolidação do controle acionário ao artigo 54 é defendida pelos estudiosos do direito da concorrência, com base no argumento de que esse tipo de operação não acarreta mudança alguma na dinâmica do controle da companhia e, conseqüentemente, não pode acarretar mudança na dinâmica da concorrência no mercado relevante. Entretanto, há uma concordância entre os dois posicionamentos de que a alteração na dinâmica interna de controle “pode” afetar a concorrência e, assim, este tipo de operação se enquadraria no artigo 54 da Lei 8.884/94.⁸⁰

⁷⁸ Cumpre salientar que a solidariedade também decorre da Lei 6.404/76 (Lei das S/A), no caso das consorciadas, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e da Lei 8.666/93 (Lei de Licitação).

⁷⁹ *Direito Comercial*, p. 490.

⁸⁰ Neste sentido, o CADE proferiu o seguinte entendimento: Súmula nº 2, publicada no DOU de 27/08/2007 – “A aquisição de participação minoritária sobre capital votante pelo sócio que já detenha participação majoritária não configura ato de notificação obrigatória (art. 54 da Lei n. 8.884/94) se concorrerem as seguintes circunstâncias: (i) o vendedor não detinha poderes decorrentes de lei, estatuto ou contrato de (i.a) indicar administrador, (i.b) determinar política comercial ou (i.c) vetar qualquer matéria social e (ii) do(s) ato(s) jurídico(s) não constem cláusulas (ii.a) de não-concorrência com prazo superior a cinco anos e/ou abrangência territorial superior à de efetiva atuação da sociedade objeto e (ii.b) de que decorra qualquer tipo de poder de controle entre as partes após a operação.” Disponível em <<http://www.cade.gov.br/legislação>>, acessado em 18.03.09.

A mesma análise se repete nos casos de operações que dizem respeito a aquisições de participações minoritárias e as posições divergentes nos casos de operações que envolvem investimentos no formato “*private equity*” (investimento privado em patrimônio). Alguns doutrinadores concordam com a necessidade de apresentação desse tipo de ato à pertinência do interesse antitruste, diante de operações que possam levar uma empresa, um fundo de investimentos ou uma instituição financeira a influenciar a tomada de decisões sobre matérias estratégicas referentes à gestão dos negócios de outra empresa e, desta forma, interferir na dinâmica do controle. Entretanto, há muitos questionamentos quanto à efetiva ocorrência desta vertente.

Quando há submissão deste tipo de operação a racionalidade está no fato de que um fundo pode influir nas estratégias comerciais de uma companhia de modo a prejudicar competidores e consumidores, tendo em vista a maximização de seus lucros. No caso do fundo já participar do capital de outra empresa operando no mesmo mercado, poderá ele aumentar seu poder de mercado quando, por exemplo, adquirir ações, o que reduziria a oferta de produtos de uma determinada empresa. Desta forma, é necessário analisar a extensão dos direitos conferidos e exercidos pelos administradores de fundos de *private equity*.

São três as premissas consideradas ao se determinar as hipóteses de reestruturação societária que devem ser apresentadas ao CADE: (i) instrumentos fornecidos pelo direito societário são insuficientes para a consecução do objetivo de determinar a hipótese de submissão, sendo imprescindível adotar uma perspectiva que permita considerar a realidade econômica; (ii) estão entre as operações de reestruturação societária as operações envolvendo exclusivamente empresas submetidas ao mesmo poder de controle, e (iii) apenas têm relevância concorrencial as reestruturações societárias que impliquem alteração na dinâmica interna de poder das empresas envolvidas.

Conforme já analisado anteriormente, o poder de decidir ou influenciar a tomada de decisões estratégicas em outra empresa é o fator capaz de caracterizar a existência de um vínculo estrutural, ou seja, um vínculo societário, mediante participação acionária ou contrato.

2.9.11. Mercados Monopolistas

Nos mercados em que há monopólio natural (aqueles decorrentes de insumos únicos/exclusivos ou tecnologia exclusiva), a regulação não visa a eliminar falhas de mercado, mas, estabelecer escolhas e acesso ao conhecimento econômico.

Nestes mercados, nota-se uma dificuldade de controle do comportamento dos monopolistas naturais, no sentido de obrigá-los a contratar a preços competitivos. Além disso, nestes mercados há o controle de acesso e permanência. Por exemplo, em situações em que há um bem (geralmente uma rede) de tal importância que é impossível competir sem que exista acesso a esse bem. Assim, é preciso fiscalizar a atuação dos agentes para prevenir comportamentos estratégicos, o que implica numa atuação direta do órgão regulamentar.

Quanto aos oligopólios, a tendência é a de que se transformem em cartéis. Cartel é uma maneira de usar o poder de mercado para bloquear a competição e extrair lucros diferenciados, usando a força de barganha do capital.

Para o economista Luciano COUTINHO, “os oligopólios podem ser muito bons, se houver inovação e se ela gerar novos produtos de melhor qualidade e/ou via processos mais eficientes de custos decrescentes. A inovação é fundamental porque é ela quem produz progresso, é ela quem

transforma as estruturas, inclusive dos próprios oligopólios. O oligopólio pode ser mais competitivo do que o modelo da concorrência perfeita.”⁸¹

A fusão de duas empresas pode criar uma “gigante” com tendências à cartelização, mesmo se considerarmos que a maioria dos produtos oferecidos pelas duas empresas em separado tem ou pode vir a ter a concorrência interna e externa.

2.10. Competência do CADE

As principais razões que levam o Estado ao controle dos aludidos atos empresariais são as seguintes: a) as concentrações tornam a estrutura do mercado menos competitiva, o que, por si só, tende a desencorajar a entrada de novos concorrentes; ademais, as empresas, depois de se associarem, se tiverem adquirido suficiente poder econômico, podem aumentar os preços no mercado; b) as concentrações de empresas e a consequente concentração de poder econômico aumentam as oportunidades para um comportamento menos competitivo à medida que a concentração tende a diminuir o número de concorrentes no mercado; c) as concentrações produzem eficiências desejáveis e indesejáveis, por isso é necessário saber distinguir umas das outras, bem como quais são aquelas eficiências que surgem a curto, médio e longo prazo.

No que se refere ao controle de estruturas, o artigo 54 estabelece que os atos nele mencionados devem ser submetidos à apreciação do CADE, não os vedando, nem criando exceções nos seus parágrafos que se limitam a prever parâmetros para essa apreciação.

Do lado da concorrência, em momentos de crise econômica, surgem grandes conglomerados, por exemplo, com as fusões de bancos nacionais, o ingresso de multinacionais no mercado brasileiro com a aquisição de

⁸¹ *Poder Econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*, p. 75.

participações minoritárias e a união de grandes grupos nacionais em diversos mercados. Verifica-se que, de um modo geral, a justificativa abordada pelos agentes econômicos para a realização das operações é no sentido de que “a associação tem por objetivo reforçar as vantagens competitivas baseadas na adoção das melhores práticas de gestão e na potencialização de culturas e competências empresariais que, aliadas a uma maior capacidade de inovação tecnológica e de desenvolvimento de produtos, resultará na criação de uma empresa global, com ganhos de escala em mercados cada vez mais disputados e preparada para continuar sua bem-sucedida trajetória de crescimento sustentável.”⁸²

Qual o papel do CADE e quais as medidas que o órgão deve tomar para assegurar a livre concorrência quando operações são realizadas com o estímulo do próprio governo?

A competência da autarquia nesse ponto, definida no artigo 7º, XII, da Lei 8.884/94, é de apreciar as condutas, sob qualquer forma manifestadas, sujeitas à aprovação nos termos do artigo 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso. Assim, mesmo que os atos realizados tenham como justificativa o fortalecimento da indústria nacional e o fomento às atividades de um determinado mercado, o CADE deverá exercer seu controle, negociando com as partes como deverão ser implementadas as condições determinadas pelo órgão de proteção à concorrência para que a operação seja aprovada. Tais condições estarão refletidas nos compromissos a serem assumidos pelas partes perante o órgão antitruste, quando da celebração do Termo de Compromisso de Desempenho.

O direito da concorrência, derivado dos princípios constitucionais da ordem econômica, é aplicável a todos os setores da economia. Segundo o artigo 15 da Lei 8.884/94, tal diploma normativo se aplica às pessoas

⁸² Fato relevante publicado no jornal O Estado de S. Paulo, em 23.06.09, p. B17 – Economia, sobre a associação entre a Duratex S.A. e Satipel Industrial S.A., ambas com atuação no mercado de painéis de madeira industrializada.

físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades de pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. A abrangência do artigo 15 não se resume a entes privados que visem ao lucro, mas a qualquer ente que tenha conduta contrária à concorrência.

A mera submissão a normas que regulamentam o setor específico não faz com que determinados entes sejam imunes à aplicação da normativa concorrencial. As pessoas jurídicas de direito privado, foco tradicional das normas antitruste, devem ter a consciência que lhes são aplicáveis independentemente tanto as normas concorrenciais quanto as setoriais. Neste sentido, com o estímulo do governo a determinados setores da economia, a questão que se coloca é se a norma setorial poderia se sobrepor à norma concorrencial, com o objetivo de defender uma determinada política pública. Entendemos que o princípio constitucional da livre concorrência é o objetivo maior.

Cabe dimensionar a importância da defesa da concorrência no contexto das políticas públicas. Uma política antitruste ativa é parte essencial de uma bem-sucedida economia de mercado, constituindo um instrumento de defesa do consumidor e promoção da eficiência econômica. No ambiente econômico concorrencial, as empresas defrontam-se com os incentivos adequados para aumentar a produtividade e introduzir novos e melhores produtos. Assim, a defesa da concorrência não pode cumprir um papel secundário na política governamental.

2.11. As Decisões do CADE e a Revisão pelo Judiciário

A decisão do CADE tem natureza administrativa, cabendo ressaltar que o CADE é órgão julgante, com sede e foro no Distrito Federal e

jurisdição em todo o território nacional, conforme dispõe o artigo 3º da lei de defesa da concorrência. Vale notar que as decisões do CADE, pela peculiaridade de versarem sobre matéria especificamente complexa, que requer um órgão especializado, apresentam natureza bastante similar a uma decisão judicial, e o legislador quis atribuir a essa decisão uma natureza especificamente judicial, posto que de origem administrativa.

As decisões do CADE que decorrem de um processo administrativo são passíveis de revisão pelo Judiciário. A intervenção paralela das entidades administrativas não inibe a intervenção do Judiciário. Nenhuma ação ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, porquanto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo, sendo desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional.

Segundo dispõe o artigo 50 da Lei 8.884/94, da decisão do CADE não cabe recurso no âmbito da esfera administrativa. As decisões plenárias do CADE, quer impondo multa, quer estabelecendo obrigação de fazer ou não fazer, constituem título executivo extrajudicial (art. 60). Além disso, qualquer ação que vise à desconstituição da decisão plenária do CADE não suspenderá a sua execução, ainda que referente às multas diárias, sem que haja garantia do juízo (art. 65).⁸³

Neste sentido, cumpre esclarecer a pouca efetividade das decisões do CADE, uma vez que grande parte dos recursos referentes às penalidades aplicadas está depositada judicialmente. Consta, ainda, que poucas ações ajuizadas contra as decisões do CADE chegaram ao fim, contendo

⁸³ Art. 65 da Lei 8.884/94. "O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias."

sentença de mérito transitada em julgado e reversão dos valores das condenações em benefício da sociedade.⁸⁴

2.12. Limites da Análise Judicial das Decisões do CADE

Os limites da análise judicial devem voltar-se à competência, à forma e à legalidade procedimental, não podendo interferir, *a priori*, no conteúdo da decisão, apesar de que os atos e decisões administrativas devam, ao se concretizar, demonstrar razoabilidade e proporcionalidade, o que implica uma avaliação, ainda que restrita, do mérito. Em alguns casos analisados pelos Tribunais Regionais Federais, os acórdãos proferidos⁸⁵ reconhecem que a análise judicial não pode definir se houve ou não abuso do poder econômico no caso específico, o que seria ultrapassar as competências institucionais do CADE. Se as soluções judiciais privilegiarem o formalismo jurídico em detrimento da análise econômica, necessária no antitruste, a efetividade da política de defesa da concorrência ficará comprometida.

As decisões do CADE são emanações da Administração Pública, sendo portanto, atos administrativos. Desta forma, o princípio da legalidade obriga a agir conforme o ordenamento jurídico vigente, ou seja, o sistema legal é o fundamento jurídico de toda e qualquer ação administrativa.

Os limites da análise judicial dos atos do CADE são definidos nos mesmos moldes do controle dos atos administrativos em geral. Todas as questões que envolvam a apreciação da legalidade podem ser submetidas ao Poder Judiciário, ou seja, as que se referem à observância dos

⁸⁴ BADIN, Arthur. Transação Judicial na Lei 8.884/94. *Revista Jurídica Consulex*, n. 263, p. 6.

⁸⁵ Como exemplo, o Acórdão proferido na Apelação Cível 376602-PB (2004.82.00.012493-2) – Apte.: Unimed - João Pessoa – Cooperativa de Trabalho Médico e Apdo. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – TRF 5a. Região – Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos à execução opostos contra o CADE. A questão versa sobre a quantia correspondente à multa aplicada em Processo Administrativo do CADE contra a Unimed - João Pessoa. Disponível em <<http://www.trf5.gov.br>>, acessado em 10.10.07.

limites que a própria lei impõe. Devem voltar-se, portanto, à competência, à forma e à legalidade procedimental. Com relação aos instrumentos jurídicos, notadamente o APRO, o TCD, o TCC e o Acordo de Leniência, entendemos que o questionamento judicial acerca destes deve ficar restrito à observância das condições legais, como pressupostos processuais para a sua adoção.

Assim, a análise judicial não pode modificar o juízo de valor a respeito de determinada situação. Entendemos que, se as decisões judiciais discutirem, por exemplo, se, de fato, há prejuízo à concorrência no caso concreto, invadiriam o mérito da decisão do CADE, isto é, definir se houve ou não abuso do poder econômico no caso específico é ultrapassar as competências institucionais. A determinação sobre se houve ou não infração à ordem econômica encontra-se na esfera de competência do CADE. Assim, o ente nacional competente para adjudicação concorrencial analisa a questão fazendo uso da sua *expertise* na matéria e decide no caso concreto.

A eficácia de um sistema antitruste depende firmemente da consciência dos magistrados sobre as atribuições do CADE, sendo que, muitas vezes, os litígios são encarados como etapa protelatória das decisões administrativas, acarretando graves prejuízos sociais e de efetividade das decisões. O amadurecimento da interpretação dos critérios e hipóteses previstos na legislação de defesa da concorrência depende especialmente do intercâmbio exegético entre autoridade administrativa e judiciária. Por exemplo, um dos aspectos mais importantes da aplicação da lei concorrencial é a efetividade das sanções, representada pela aplicação da multa até sua execução, onde por vezes, o Judiciário é acionado. A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁸⁶ sugere levar em consideração a possibilidade de criar varas especializadas e turmas recursais para resolver os problemas atinentes à ordem econômica. Estas teriam como objetivo melhor solucionar os casos que envolvam questões econômicas, como as que envolvem agências reguladoras ou o direito da concorrência.

⁸⁶ OCDE - Lei e Política de Concorrência no Brasil – Uma Revisão pelos Pares, *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*, p. 308.

A transparência é uma característica importante no processo de tomada de decisão pela agência de concorrência e não é possível orientar adequadamente o setor privado se as políticas de aplicação da lei forem imprevisíveis.

2.13. A Eficiência e o Judiciário Brasileiro

Sistemas judiciais que funcionam mal atrapalham o crescimento ao estimularem um uso ineficiente de recursos e de tecnologia, distanciando os países das melhores práticas de produção. Assim, os altos riscos e custos de transação ocasionados pelo mau funcionamento da justiça afastam o sistema de preços do país dos padrões internacionais, distorcendo a alocação de recursos. Além disso, quando os contratos e os direitos de propriedade não são apropriadamente garantidos, as empresas, muitas vezes, optam por não desenvolver certas atividades, deixam de se especializar e explorar economias de escala, combinam insumos ineficientemente, etc. A eficiência também pode ser afetada, se o fraco desempenho do judiciário segmentar o mercado a ponto de reduzir significativamente a competição.

Em pesquisa realizada quanto ao desempenho do Judiciário brasileiro, a agilidade, imparcialidade e custos foram os principais problemas apontados pelos empresários brasileiros.⁸⁷ Assim, para obtermos uma melhora significativa do Judiciário brasileiro, o problema da morosidade deve ser adequadamente equacionado. Além disso, a justiça para ser rápida e eficiente necessita aprimorar a sua gestão.

Jairo SADDI e Armando Castelar PINHEIRO afirmam que “o Poder Judiciário acabou se tornando uma alternativa ainda mais distante para a solução dos conflitos. De um modo geral, as empresas encaram o Poder

⁸⁷ PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário e Economia no Brasil*, p. 44.

Judiciário como alternativa pouco eficiente, dotada de uma relação custo-benefício desequilibrada, para ser acionada apenas em último caso. É morosa, extremamente ritualizada, imprevisível e cara.”⁸⁸

Neste contexto, os compromissos negociados no âmbito administrativo e, no presente estudo, quais sejam, aqueles realizados com vistas à proteção da concorrência, tornam-se soluções mais atrativas e eficientes do que o trâmite de um processo judicial ou eventualmente uma transação judicial, por exemplo. Segundo o relatório de gestão e correição apresentado pela Procuradoria do CADE, de 1994 a 2005, mais de 80% das condenações em Processos Administrativos não foram cumpridas.⁸⁹

Cumprido ressaltar que o legislador autorizou a realização de transações judiciais, conforme a Lei 9.469/97, a toda a administração pública direta e indireta.⁹⁰ Tendo em vista o princípio da indisponibilidade do interesse público, quando envolve direitos e interesses difusos e coletivos, no caso de uma transação judicial, a Lei 8.884/94 determinou que o acordo seja proposto pela Procuradoria Geral do CADE (art. 10 da Lei 8.884/94), analisado pelo representante do Ministério Público Federal junto ao CADE (art. 12 da Lei 8.884/94) e aprovado pelo Plenário do CADE, o que confere ao órgão antitruste a necessária independência e a legitimação para assegurar o interesse público ao caso concreto, quanto à conveniência e oportunidade na celebração de acordo processual.⁹¹ Além disso, o artigo 88 da Lei 8.884/94 incluiu a defesa da ordem

⁸⁸ *Direito, Economia e Mercados*, p. 09.

⁸⁹ BADIN, Arthur. Transação Judicial na Lei 8.884/94, *Revista Jurídica Consulex*, nº263. p.05.

⁹⁰ Vide art. 1º e § 1º da Lei 9.469/97.

⁹¹ Ressalte-se que a primeira transação judicial realizada pelo CADE foi no caso Microsoft/TBA. Em agosto de 2004, o CADE julgou que a Microsoft restringiu a distribuição de software e serviços de computação associados a vendas para o governo federal, concluindo que a conduta da Microsoft e da TBA constituía (i) limitação à concorrência nos termos do Artigo 20, inciso I, (ii) abuso de posição dominante nos termos do Artigo 20, inciso IV, e (iii) acordo para se obter vantagem imprópria em concorrência pública nos termos do Artigo 21, inciso VIII. A Microsoft foi multada em 10% de seu faturamento proveniente do licenciamento de seus produtos ao governo federal brasileiro, enquanto a TBA foi multada em 7% de seu faturamento oriundo do governo em relação a produtos e serviços informáticos associados da Microsoft. Microsoft e a TBA contestaram a condenação no Judiciário. As empresas propuseram ao CADE um acordo pelo qual pagaram a multa no valor de R\$ 5 milhões para encerrar as contestações no Judiciário. O Plenário, após parecer da Procuradoria do CADE e o do Ministério Público Federal, autorizou a Procuradoria a fazer o acordo no Judiciário. Em dezembro de 2006 as empresas realizaram o

econômica no rol dos direitos difusos protegidos pela Lei 7.347/85, no inciso V do art. 1º; bem como no inciso II do art. 5º da citada Lei.

Como anteriormente mencionado, os compromissos previstos na lei de defesa da concorrência são utilizados e adotados pelo CADE no controle de estrutura e condutas. A sua necessidade é imperiosa, diante da alta probabilidade de exercício de poder de mercado com possíveis efeitos negativos aos consumidores, como, por exemplo, significativas elevações de preços pela alta participação de mercado (*market share*) de determinadas empresas em seus respectivos mercados relevantes de atuação. As cláusulas dos instrumentos previstos na Lei 8.884/94 (Termo de Compromisso de Cessação e de Desempenho) devem ser interpretadas de forma a incorporar os conceitos e instrumentos da análise econômica pertinentes.

Entretanto, os compromissos firmados com o CADE ao longo do tempo suscitam preocupações.

Constatam-se problemas de controle e fiscalização quanto ao cumprimento das metas avençadas diante da pequena estrutura administrativa do CADE, o que acarreta a morosidade na análise dos processos; a constante evasão e rotatividade hoje constatada em seu corpo técnico; a escassez de recursos materiais adequados e ausência de maturidade institucional do órgão.

Ademais, no acoplamento da justificativa econômica e da jurídica, no contexto das cláusulas, observamos que os limites legais ou de competência são ultrapassados em nome do restabelecimento da concorrência no mercado. Apesar das metas estabelecidas estarem em consonância com os artigos 53 e 58 da Lei 8.884/94, as obrigações assumidas pelas partes, com

relação a projeções do mercado ou de atividades nos prazos de três a cinco anos, estabelecidas nos compromissos, tornam-se de difícil execução pelas partes.

Na verificação da eficiência/efetividade das cláusulas adotadas nos compromissos, constatamos ainda que, por um lado, parecem extrapolar os limites legais, mas, por outro lado, são necessárias na busca da eficiência inerente aos compromissos como soluções efetivas para a resolução de conflitos, fazendo com que a lei de defesa da concorrência seja mais eficaz.

2.14. Os Princípios e as Soluções Concorrenciais Acordadas

Na elaboração das cláusulas dos instrumentos jurídicos para soluções concorrenciais acordadas, como é o caso do APRO, TCD, TCC e também do Acordo de Leniência, é imprescindível a observância dos seguintes princípios:

2.14.1. Adequação

No exercício de sua discricionariedade, o CADE deve observar necessariamente a adequação das medidas adotadas, tanto nos termos de compromisso de cessação quanto no de desempenho, aos casos concretos.

Com relação aos direitos fundamentais, conceitua Virgílio Afonso da SILVA que “adequação é a aptidão de fomentar a realização de uma finalidade.” Prossegue dizendo que, “diferentemente das relações entre os particulares, as medidas estatais restritivas de direitos fundamentais somente são legítimas quando pretendem, pela via da limitação a um direito fundamental, fomentar outro direito fundamental ou um interesse coletivo.”⁹²

⁹² A Constitucionalização do Direito. *Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, p. 77.

Assim, com relação aos acordos negociados com as autoridades de defesa da concorrência, as indagações - se a medida é necessária, adequada e se deve estar vinculada a uma finalidade constitucionalmente legítima - são fundamentais para conciliar todos os interesses econômicos.

2.14.2. Ponderação

Cumprir notar que, para a justificativa na realização dos termos de compromisso, é imprescindível o juízo de ponderação atribuído às autoridades de defesa da concorrência.

Para Justino da Silva GUIMARÃES, ponderar significa “atribuir pesos para a extração de uma média a uma grandeza ou a uma função.” Para ele, “do sentido natural, extrai-se o sentido pelo qual o método da ponderação é utilizado no direito, consistindo em buscar uma solução harmônica entre os princípios colidentes no caso concreto, sem que isso signifique a anulação de um deles, pois um cederá excepcionalmente ao outro, levando-se em conta o peso ou a importância de cada um. Para tanto, a ponderação (sentido e escolha dos comportamentos que realizarão os fins) contará com a intervenção do intérprete-aplicador, o qual deverá demonstrar o fundamento racional que legitima a sua ação através da argumentação.”⁹³

2.14.3. Razoabilidade e Proporcionalidade

Para Egon B. MOREIRA, “os princípios constitucionais da função social da propriedade, razoabilidade e proporcionalidade conduzem a uma situação de equilíbrio e bom senso interventivo – no sentido de proporcionar uma

⁹³ *A Importância da Proporcionalidade como Princípio Regente de Políticas Públicas*, pp. 46-47.

intervenção firme, mas apenas quando necessária ao interesse público definido em lei (seja ele circunscrito à concorrência, seja ele definido por razões de ordem social).” Ademais, afirma que “deve haver uma busca entre o equilíbrio da legitimidade do lucro, a dignidade da pessoa humana e o bem-estar social, pois esta é a essência do princípio da proporcionalidade.”⁹⁴

Neste sentido, a autoridade antitruste deve levar em conta este princípio ao estabelecer as metas quantitativas e qualitativas, constante dos termos de compromisso de desempenho firmados com as empresas, bem como quanto às medidas adotadas nos termos de compromisso de cessação. A grande dificuldade está em dizer o que a empresa deve fazer, ou seja, como operacionalizar o TCD e o TCC para que, ao final, o consumidor seja beneficiado com a proteção à concorrência.

Segundo Justino da Silva GUIMARÃES, “o que o princípio da razoabilidade permite é que os juízes examinem as normas jurídicas e os atos administrativos, verificando se são razoáveis e se atentam ao justo anseio da comunidade. Se irrazoáveis, irracionais, sem sentido, caberá ao juiz, diante do caso concreto, afastar a aplicação da norma sob a invocação do preceito constitucional do devido processo legal.” Prossegue, ainda, dizendo que “a razoabilidade (razão) tem uma abrangência maior do que a proporcionalidade (proporção), razão pela qual se filia à corrente que defende a sinonímia jurídica, sob o fundamento de que os aludidos princípios possuem a função precípua de limitar o poder estatal e estão umbilicalmente ligados aos direitos fundamentais, já que possuem também a função de protegê-los e defendê-los.”⁹⁵

2.14.4. Legalidade

Quanto à legalidade, no que se refere à legitimação condicional *versus* legitimação finalística (redução substancial da concorrência),

⁹⁴ *Estudos de Direito Econômico*, p. 83.

⁹⁵ *A Importância da Proporcionalidade como Princípio Regente de Políticas Públicas*, p. 104.

afirma o Professor Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR que “as administrações públicas são, na verdade, sistemas de tratamento de informação sob regime administrativo, o qual combina estruturalmente as validações condicional e finalística.” (...) “Primordialmente, estes sistemas recebem informações do seu mundo circundante, dão-lhes um tratamento e as devolvem, na forma de decisões, para o mundo circundante. A validação condicional regula a entrada das informações que serão tomadas como causa das decisões. Já a validação finalística regula a saída, as decisões, que provocarão efeitos no mundo circundante. Ou seja, aquilo que decide o que é interesse público e que será tratado pelo sistema da administração é a norma validada condicionalmente. E o que decide da legitimidade pública dos efeitos é a norma validada finalisticamente.”

Assim, segundo FERRAZ JUNIOR, “a validação condicional imuniza o regime administrativo contra as consequências criticáveis das decisões, ou seja, o importante é que se tomem decisões, conforme as prescrições legais e, isto basta, em princípio. Já a validação finalística imuniza o regime administrativo quanto à adequação dos efeitos aos meios.” Prossegue dizendo que, “com isto, a Administração Pública se torna relativamente livre em relação ao seu mundo circundante. Sua autonomia, contudo, não depende, como se vê, da mera fixação de meios, mas da correta fixação dos fins. Ou seja, sua autonomia não repousa nem nos chamados fins do Estado, nem no automatismo dos meios, mas na possibilidade de uma autoprogramação de suas decisões por intermédio de uma adequada combinação das técnicas finalista e condicional.”

Afirma o jurista que “o princípio da legalidade tem também um efeito de validação finalística para o legislador, pois este, ao fixar na lei um conjunto de princípios, se vê prisioneiro de um sistema que ele próprio instaura. A discricionariedade se baliza pelo mesmo esquema, pois por maior que seja o seu campo, ela estará modelada pela lei. Na verdade, a conhecida distinção entre ato vinculado e ato discricionário mostra, afinal, com clareza o uso das duas técnicas de validação. O ato vinculado nada mais é, neste sentido, que uma decisão validada de modo condicional, enquanto o discricionário se refere à decisão

validada de modo finalista. A técnica de validação finalista, faz, portanto, do ato discricionário uma norma cuja validade jamais se liberta do juízo de valor do seu emissor.”⁹⁶

A tutela da ordem econômica visa à proteção da concorrência como um valor, que traz reflexos em vários campos, sendo mais relevante o terreno do consumidor. Não só a realização do ato prejudicial à concorrência, mas também a tentativa de produzi-lo configuram condutas passíveis de aplicação de multa. O mero fato de existir, por exemplo, um TAC (Termo de Ajustamento de Conduta), celebrado entre o agente econômico e o Ministério Público, buscando salvaguardar os interesses dos consumidores na escolha da aquisição de bens e prestação de serviços, bem como garantir a qualidade dos serviços prestados, não tira a legitimidade do CADE, para analisar as condutas consideradas infrações à lei de defesa da concorrência.

⁹⁶ A Relação Meio/Fim na Teoria Geral do Direito Administrativo, disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicações-científicas>>. Acessado em 25.09.08.

CAPÍTULO III - O CONTROLE DE ESTRUTURAS E OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS

3.1. MEDIDA CAUTELAR

Quando exerce o controle de estruturas, a SEAE, SDE e o CADE têm utilizado a medida cautelar (ato unilateral) numa análise preliminar das operações apresentadas, impedindo a integração total das empresas até a decisão final do CADE.⁹⁷ O objetivo da medida cautelar é o de impedir o risco de efeitos danosos no mercado.

A necessidade de adoção de medida cautelar em atos de concentração decorre principalmente da possibilidade de alterações irreversíveis ou de difícil reversibilidade, decorrentes da efetivação da operação, inclusive com efeitos em relação a terceiros. Tais alterações acabam por dificultar ou impossibilitar as restrições e medidas resultantes da intervenção dos órgãos de defesa da concorrência ao final da análise do processo, onerando a efetividade de uma decisão pela reprovação da operação ou que imponha condições para a aprovação em prejuízo à sociedade como um todo.

3.1.1. Fundamento Legal

A Medida Cautelar não está prevista expressamente na Lei 8.884/94, sendo que referido instrumento está disciplinado nos artigos 132 a 138, dentre os procedimentos incidentais previstos no Regimento Interno do CADE (Resolução 45/07).

⁹⁷ Este instrumento também é adotado na Itália, como instrumento de tutela antitruste, denominado *Misure Cautelari* (quando houver o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*).

Entretanto, a Lei 8.884/94 autoriza, em seu artigo 83, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e da Lei 7.347/85 que, no seu artigo 5º, II, assegura ao CADE o poder geral de cautela. Desta forma, o fundamento legal da Medida Cautelar está previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil Brasileiro, quando houver fundado receio de que antes do julgamento da lide uma parte cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

A medida cautelar conserva sua eficácia até o julgamento do mérito do Ato de Concentração pelo Plenário do CADE.

3.1.2. Competência da Autoridade Antitruste

Os órgãos de defesa da concorrência (SEAE, SDE e CADE), têm amplo poder de cautela (art. 14, XI; artigo 9º, IV e artigo 52 da Lei 8.884/94) para prevenir, em qualquer fase do processo, as práticas que possam vir a causar ou que já estejam causando efeitos à ordem econômica. Ademais, o poder acautelatório do órgão de defesa da concorrência está previsto no artigo 45 da Lei 9.784/99 que admite a adoção de medidas acauteladoras pela Administração Pública, em caso de risco iminente. Portanto, o Conselheiro-Relator do CADE tem competência para aplicar medida cautelar no curso do ato de concentração, apresentado nos termos do artigo 54 da Lei 8.884/94, sempre que preenchidos os requisitos para a sua concessão, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Conforme o artigo 133 do Regimento do CADE, a Medida Cautelar protocolizada junto ao CADE poderá ser formulada pela SEAE, SDE, Agências Reguladoras, Procuradoria do CADE ou por terceiro interessado, nos termos do artigo 36 do Regimento, bem como pode ser determinada, de ofício, através de decisão fundamentada, pelo Relator do Ato de Concentração.

Segundo o artigo 136 do Regimento Interno do CADE, o Relator, ao apreciar a cautelar, verificados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* em face da tutela de defesa da concorrência, poderá determinar que as requerentes mantenham o status concorrencial anterior à assinatura do contrato e se abstenham, até o julgamento do Ato de Concentração, de praticar quaisquer novos atos decorrentes de contrato submetido à análise.⁹⁸ Cabe salientar que, a qualquer momento, e até o julgamento do Ato de Concentração, a medida poderá ser revogada ou ter seu conteúdo modificado (art. 138).

3.1.3. Requisitos da Medida Cautelar

3.1.3.1. *Fumus Boni Iuris*

No caso dos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884/94, o *fumus boni iuris* consiste no fundamento relevante que indique a necessidade de intervenção dos órgãos antitruste, em razão de uma operação de concentração ter elevada probabilidade de suscitar prejuízos ao mercado e à coletividade. Neste sentido, a determinação do mercado relevante de atuação das empresas é primordial para apurar o potencial lesivo à concorrência, decorrente de um possível exercício de poder de mercado. O potencial efeito anticompetitivo da operação deve ser demonstrado pela autoridade antitruste como fundamento para a adoção da medida cautelar.

⁹⁸ Regimento do CADE – “Art. 136. O Relator, ao apreciar liminarmente a Medida Cautelar, verificados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* em face da tutela de defesa da concorrência, poderá, sempre que cabível, determinar que as requerentes mantenham o status concorrencial anterior à assinatura do(s) contrato(s) e se abstenham, até o julgamento do Ato de Concentração, de praticar quaisquer novos atos decorrentes do contrato já realizado no que tange a: I - qualquer alteração de natureza societária; II - alterações nas suas instalações físicas e transferência ou renúncia aos direitos e obrigações relativos aos seus ativos, aí também incluídos marcas, patentes e carteira de clientes e fornecedores; III - descontinuar a utilização de marcas e produtos; IV - alterações nas estruturas, logística e práticas de distribuição e comercialização; V - mudanças administrativas nas empresas que impliquem em dispensa de mão-de-obra e transferência de pessoal entre seus estabelecimentos de produção, distribuição, comercialização e pesquisa, quando caracterizadas como objetivando a integração das empresas das requerentes; VI - interrupção de projetos de investimento pré-estabelecidos em todos os setores de atividade da empresa adquirida e de implementação de seus planos e metas de vendas; VII – e outras providências que entender necessárias.”

Na análise preliminar de fusões pela SEAE e SDE, estas, muitas vezes, entendem que a operação acarretará concentração horizontal, com participação de mercado resultante expressiva e que implicará significativa alteração do cenário concorrencial, sendo de difícil reversão. Ademais, consideram o fato de a operação elevar, de forma significativa, a probabilidade de exercício de poder coordenado.

Observa-se, pela análise de medidas cautelares adotadas no âmbito do direito da concorrência, que seu objeto, muitas vezes, é a proibição da integração das estruturas das empresas enquanto os órgãos de defesa da concorrência analisam o negócio, de modo a evitar a fusão como um fato consumado.

Em algumas medidas adotadas pela autoridade antitruste em processos pesquisados, a decisão, de forma impositiva, impede o planejamento empresarial, com o fechamento de fábricas ou o de outras empresas pertencentes ao respectivo grupo econômico ao qual pertençam as proponentes da operação submetida ao crivo da autoridade antitruste. Impede, outrossim, a demissão de funcionários ou a transferência de pessoal entre estabelecimentos das duas companhias proponentes. Ademais, a medida, muitas vezes, determina que as estruturas administrativas devem ser mantidas separadas, bem como a distribuição, comercialização e políticas comerciais dos produtos fabricados pelos agentes econômicos. Verifica-se que, também, não poderá haver troca de informações sobre comercialização de produtos. O objetivo é a preocupação com os efeitos do negócio e indícios de problemas à concorrência que uma fusão pode provocar, por exemplo, como a possibilidade de elevação de preços de produtos aos consumidores finais. Na cautelar, está prevista, ainda, punição para o descumprimento de qualquer um dos itens da medida, com multas diárias de valor elevado.

3.1.3.2. *Periculum in Mora*

Por *Periculum in mora*, aplicável no âmbito do direito antitruste, entende-se o receio de dano irreparável ou de difícil reparação ao mercado, merecendo a suspensão *in limine* do fato que o provoca para preservar a função e a utilidade final do resultado do feito. No caso, tratando-se de direito difuso, o dano a ser verificado é o dano ao mercado e à coletividade. No direito antitruste, o *periculum in mora* está refletido no receio de alteração da estrutura do mercado, no decorrer da análise do ato pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, principalmente em operações que envolvam um grande número de mercados de difícil delimitação, situação que leva a um maior tempo de análise pelos órgãos antitruste.

3.1.4. Intervenção de Terceiros

Terceiros Intervenientes podem pleitear a cautelar em nome do interesse difuso que é a proteção à concorrência. Neste caso, o seu titular é um grupo indeterminável de pessoas, ou seja, a coletividade.

A intervenção de terceiros está refletida no artigo 133 do Regimento do CADE (Res. 45/07), que trata da propositura de medida cautelar por terceiro interessado, nos termos do que prevê o artigo 36 do Regimento do CADE. A manifestação do terceiro interessado também está prevista no artigo 72 § 3º do Regimento que determina ao terceiro interessado, eventualmente autorizado a se pronunciar, nos termos do artigo 36, que este poderá fazê-lo antes das partes originárias e pelo mesmo tempo.

Segundo o artigo 36 do Regimento do CADE, 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.

3.2. ACORDO DE PRESERVAÇÃO DE REVERSIBILIDADE DA OPERAÇÃO – APRO

No Brasil, como a grande maioria dos atos de concentração apresentados para análise dos órgãos antitruste é feita *a posteriori*, ou seja, após a sua realização, faz-se necessário preservar a reversibilidade da operação, caso esta não venha a ser aprovada ou no caso de aprovação com restrições importantes.

Um dos meios para assegurar a reversibilidade é a imposição de medidas cautelares com base no poder cautelar que o CADE detém, conforme acima mencionado. Gesner OLIVEIRA e Grandino RODAS ressaltam que “em alguns casos não há a necessidade de adoção de tal medida, em virtude das circunstâncias e da disposição das partes envolvidas no ato de concentração em se obrigar, voluntariamente, com todos os benefícios daí decorrentes.”⁹⁹

Neste contexto, o CADE utiliza o Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação – APRO, instrumento jurídico consensual, não previsto expressamente na Lei de Defesa da Concorrência, sendo negociado entre os agentes econômicos e a autoridade antitruste, como um dos meios para assegurar a reversibilidade da operação.

Em pesquisa realizada no CADE, notamos que o APRO foi o instrumento mais utilizado em 2007, com o propósito de dar maior segurança ao mercado e às empresas envolvidas no negócio jurídico realizado, de que não

⁹⁹ *Direito e Economia da Concorrência*, p. 210.

haverá prejuízo, caso o CADE entenda por desconstituir a operação, como ocorreu no caso Nestlé/Garoto.¹⁰⁰

Gesner OLIVEIRA e Grandino RODAS atestam que foi no caso NH Holdings do Brasil Ltda. e Biopart Ltda., em março de 2002, que o instituto do Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação passou a ser adotado.¹⁰¹ No Guia Prático do CADE,¹⁰² consta que o APRO adotado no Caso Nestlé/Garoto foi o primeiro na história do CADE. Entretanto, de fato, foi no caso AMBEV, em 2000, que a Medida Cautelar imposta pelo CADE à empresa foi transformada num APRO, quando da negociação de obrigações com a empresa.

O CADE disciplinou a adoção do APRO no artigo 139 do seu Regimento Interno. Segundo o parágrafo único do citado artigo, conforme os artigos 55 e 83 da Lei 8.884/94, bem como os artigos 5º e 6º da Lei 7.347/85, o acordo estabelecerá as medidas aptas a preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo alteração irreversível ou de difícil reparação, até o julgamento do mérito do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do procedimento.

Assim, quando da realização da operação, como medida incidental, o CADE poderá estabelecer, em comum acordo com as partes, por exemplo, como será o grau de integração entre as empresas enquanto o CADE analisa e julga a operação. As empresas devem demonstrar ao órgão antitruste que têm fortes concorrentes nacionais, marcas independentes com suas linhas de produtos e que irão transferir o ganho de sinergias para os consumidores. Neste

¹⁰⁰ No Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, em que havia uma concentração horizontal entre as requerentes Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S/A, para resguardar as condições do mercado relevante, de forma a evitar a ocorrência de danos irreversíveis até a decisão final do Plenário do CADE, foi adotada uma Medida Cautelar, posteriormente convertida na celebração de um Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO), nos termos da Resolução CADE nº 28, de 24 de julho de 2002, disponível em <<http://www.cade.gov.br/publicações>>. Acessado em 20.08.08.

¹⁰¹ *Direito e Economia da Concorrência*, p. 210.

¹⁰² O Guia Prático do CADE está disponível em <<http://www.cade.gov.br/publicações>>. Acessado em 20.03.09.

sentido, nota-se que as cláusulas do APRO são acordadas entre as partes, sendo que a negociação é a essência do instrumento.

De acordo com o artigo 140 do Regimento do CADE, o APRO poderá ser celebrado por iniciativa do Relator ou por requerimento das partes envolvidas no Ato de Concentração. Entretanto, referido instrumento, apesar de negociado entre as partes, não gera às requerentes, direito subjetivo a sua celebração, resguardando-se ao CADE, o juízo sobre a conveniência e oportunidade de celebrá-lo. Dispõe o § 2º do artigo 140 sobre as hipóteses em que o Relator entender conveniente a celebração do APRO e que as requerentes serão intimadas para apresentação de minuta, as quais serão apreciadas pelo Relator, a quem caberá a redação final. Ainda, segundo o § 3º do mesmo artigo, o Relator poderá encaminhar a minuta à Procuradoria do CADE, para parecer, no prazo que estipular e, posteriormente, esta será levada à homologação do Plenário.

Como referido instrumento é incidental, tal como a Medida Cautelar, o § 4º do artigo 140 determina que caso o acordo não seja homologado, o Relator deverá submeter, na sessão seguinte, sua decisão acerca da Medida Cautelar para *referendum* do Plenário, sem prejuízo da elaboração de nova minuta.

3.2.1. Fundamentação Legal

A fundamentação jurídica do instrumento adotado pelo CADE está no artigo 83 da Lei 8.884/94, que autoriza a aplicação subsidiária ao respectivo processo administrativo de disposições do Código de Processo Civil - CPC e no § 6º, inciso II do artigo 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que dispõe sobre a ação civil pública, permitindo que órgãos públicos celebrem compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, e que este terá eficácia de título executivo extrajudicial.

3.2.2. Natureza jurídica

O APRO tem natureza jurídica de contrato administrativo. A minuta do acordo pode ser proposta tanto pelo agente econômico quanto pelo órgão administrativo. Suas cláusulas são negociadas entre as partes, pois trata-se de um acordo cujo objetivo é o de preservar a reversibilidade da operação. O APRO também encontra certa semelhança com o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, instrumento firmado com o Ministério Público, diante da sua forma consensual de composição. Entretanto, cumpre ressaltar algumas diferenças.

O TAC tem natureza judicial de transação em sede de ação civil pública, buscando a resolução de um conflito, e depende de anuência do Ministério Público. No TAC, o agente reconhece que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo e este assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais. Porém, em sede de Inquérito Civil, por exemplo, aquele que causa o dano, aceita em ajustar a sua conduta às exigências legais, sem que o órgão público, que toma seu compromisso, transacione com o mesmo a respeito de qualquer questão ligada ao conteúdo do direito material.

A finalidade do APRO, pelo lado da autoridade antitruste, é o de assegurar que a operação, até o julgamento final daquele órgão, não irá causar danos irreversíveis ao mercado e que os benefícios decorrentes da operação serão também estendidos ao consumidor. Desta forma, o agente assume os compromissos acordados com a autoridade antitruste para tanto, pois, como acima afirmado, o instrumento tem como objetivo, assegurar a reversibilidade da operação.

Admitida a prática ofensiva aos interesses difusos e coletivos, como é o caso de proteção à concorrência, por meio do acordo, o agente econômico se compromete a ajustar sua conduta às exigências legais, no prazo determinado, sob pena de incidir cominação de multas por descumprimento das obrigações acordadas.

Diferentemente do TAC, o APRO não tem natureza transacional, pela peculiaridade de que não põe termo ao processo administrativo, ao contrário, é incidental e celebrado no início da análise econômica da operação. Poderíamos questionar se o APRO, ao ser proposto de início pelas partes ou pela autoridade antitruste, teria natureza transacional. Ao destacarmos seu papel de acordo para cumprir determinado objetivo, com o acerto de obrigações de fazer ou não fazer ao agente e a fiscalização pelo CADE do cumprimento das obrigações assumidas, observamos que o APRO não se destina a terminar um litígio.

Com relação às obrigações constantes do APRO, o artigo 141 do Regimento do CADE determina que os requerentes informem ao Relator, em relatório pormenorizado, as mudanças que já ocorreram na empresa adquirida desde a notificação do ato e as programadas a ocorrer. O parágrafo único do artigo 141 reflete a preocupação do CADE em verificar se as cláusulas acordadas estão sendo cumpridas. Assim, caberá ao CADE, sempre que as circunstâncias recomendem, determinar que os relatórios referidos no caput sejam elaborados por empresa de consultoria ou auditoria independentes contratadas para este fim, às expensas dos interessados.

De um modo geral, o APRO prevê as penalidades contidas no artigo 143 do Regimento do CADE combinado com o artigo 25 da Lei 8.884/94, além das sanções civis e criminais cabíveis e da execução judicial do acordo (título executivo extrajudicial). Cumpre ressaltar que as multas têm natureza cominatória e não compensatória, de modo que estas não substituem as obrigações avençadas. Executa-se a multa, remanescendo intacta a obrigação,

que também poderá ser fruto de execução em caso de não cumprimento. O APRO vigora a partir da data de assinatura até julgamento da operação e deve ser submetido à aprovação do plenário do CADE.

No controle preventivo de estruturas, o Acordo de Previsão de Reversibilidade da Operação é amplamente utilizado pelo CADE desde 2002. Verifica-se que o APRO é a resolução adotada dentro do contexto e do alcance da medida cautelar. O APRO tornou-se um instrumento célere e tem sido utilizado de pronto pelo CADE, antes mesmo da adoção de qualquer medida cautelar.

Assim, o interesse em assegurar a reversibilidade da operação é o que motiva o agente privado e o agente público, uma vez que a manifestação pode ocorrer de cada lado.

De um modo geral, as medidas adotadas no APRO contemplam a intervenção do órgão antitruste num mercado com alto grau de concentração. Cumpre salientar a importância da forma consensual na adoção do referido instrumento. Da análise dos compromissos firmados, verifica-se, por exemplo, a importância de discutir com a autoridade antitruste providências imediatas, que devem ser assumidas pelos agentes envolvidos na operação, tais como medidas de implementação de reestruturação financeira das empresas, que podem ser deixadas de fora do acordo.

Apesar da legítima intervenção de portadores de interesses difusos, indivíduos ou associações nos processos administrativos, respaldado pelo dispositivo do artigo 31 § 2º da Lei 9.784/99, o APRO é um Acordo entre as partes envolvidas no Ato de Concentração apresentado para análise das autoridades antitruste e, neste sentido, ao terceiro interessado não cabe intervir nos compromissos negociados entre as partes.

A celebração do APRO pode ser provocada tanto pelo pedido de uma medida cautelar quanto antecedendo compromissos assumidos para que a operação submetida à análise concorrencial seja aprovada, muitas vezes com a celebração posterior de um Termo de Compromisso de Desempenho, por exemplo, como ocorreu no processo Dana/Mahle.¹⁰³

O APRO não implica qualquer compromisso do CADE quanto à análise do mérito dos atos de concentração ou qualquer antecipação no que se refere ao resultado do seu julgamento pelo Plenário. O APRO visa apenas a garantir condições de reversibilidade da operação notificada e não deve ser interpretado como uma admissão pelas requerentes de que uma medida cautelar é necessária no momento em que há a aquiescência das partes.

Da análise do conteúdo das cláusulas dos APROs firmados ao longo do tempo, nota-se que, muitas vezes, estas extrapolam os limites da legalidade e demonstram uma ingerência do poder público nas atividades da iniciativa privada, como justificativa para preservar a concorrência.¹⁰⁴

¹⁰³ No caso DANA/MAHLE consta uma Medida Cautelar requerida pela KS Pistões Ltda. A medida foi indeferida tendo em vista a formalização do APRO em 21.03.2007, proposto pela Mahle. Trata-se do mercado de produção e comercialização de anéis e bronzinas. O APRO prevê medidas a serem adotadas em caso de desconstituição total ou parcial da operação, para que possam ser transferidos todos os ativos necessários para a produção de anéis e bronzinas hoje produzidos pela DANA no Brasil. Constam do APRO medidas relativas à preservação da reversibilidade dos ativos adquiridos; medidas relativas aos funcionários da DANA assumidos pela MAHLE por força de contrato; medidas verticais para garantir que não haja discriminação com relação aos fabricantes de pistões instalados no país na composição de Power Cell Units para as montadoras; obrigatoriedade de informar ao CADE em relatório pormenorizado as ações que já ocorreram desde a notificação do Ato de Concentração e as que estão programadas para serem implementadas no futuro. Ademais, as requerentes comprometem-se a encaminhar, trimestralmente, relatórios sobre o cumprimento das obrigações assumidas no APRO até o julgamento final do Ato de Concentração que serão submetidos à análise do CAD/CADE. Pelo descumprimento há a previsão de multa.

¹⁰⁴ Na pesquisa realizada, foram disponibilizados pelo CADE 12 (doze) APROs em processos datados de 2003 a 2007. Quanto ao aspecto temporal, 8 (oito) deles foram firmados em processos iniciados em 2007. Até o final de 2008, os principais casos de celebração de APRO foram: Air Liquide/White Martins; Compagnie Saint-Globain/Owens (processo julgado); Dana/Mahle (processo julgado); Braskem/Ipiranga/Ultrapar/Petrobras; LeãoJr/Recofarma (processo julgado); GTI/Varig (processo julgado); GM/HughesGlobo/DirectTV/NewsCorp (processo julgado) e AMBEV/Cintra (processo julgado).

Observamos que o caso BRASKEM, PETROBRAS e ULTRA possui uma medida cautelar requerida pela Secretaria de Acompanhamento Econômico e pela Secretaria de Direito Econômico, a fim de buscar preservar as condições de reversibilidade da operação apresentada. O Conselheiro-Relator proferiu despacho adotando a medida cautelar, cujo fundamento legal é o art. 798 do Código de Processo Civil. Em 25 de abril de 2007, o APRO celebrado envolveu o mercado de 1ª. e 2ª. gerações da indústria petroquímica e o mercado de distribuição de combustíveis. A medida cautelar adotada, em virtude da urgência e do perigo da demora de uma decisão no caso, postergou o fechamento da operação. A medida cautelar faz referência também ao APRO celebrado pela Braskem que envolve a operação de compra do Grupo Ipiranga pela Petrobras, Ultrapar e Braskem. O APRO celebrado com a Braskem foi firmado em 13.06.2007, visando a garantir o pleno cumprimento do cronograma de implementação da operação de compra do Grupo Ipiranga pela Petrobras, Ultrapar e Braskem. Petrobras e Ipiranga se comprometem a assegurar a reversibilidade da operação mantendo o status concorrencial anterior às transações, incluindo obrigações perante a Ipiranga, tais como não modificar a estrutura societária e estrutura administrativa e as instalações físicas; não transferir ativos; não descontinuar as marcas e produtos; não proceder a alterações na logística, estrutura e nas práticas de distribuições e comercialização e não dispensar mão-de-obra e transferência. Ademais, houve o comprometimento de não interromper sem justa causa, submetidos a critério do CADE, projetos de investimento preestabelecidos em todos os setores de atividade da Ipiranga.

Outro exemplo de medidas adotadas no APRO é o caso LEÃO/RECOFARMA, que envolve o mercado de bebidas prontas para consumo. As principais cláusulas dizem respeito à manutenção da estrutura produtiva e comercial da Linha Líquida (20 produtos prontos para beber da Leão), com o pleno funcionamento da fábrica e condições operacionais, estrutura administrativa própria, funcionários, área de produção, marketing e vendas e a manutenção dos investimentos em separado dos demais negócios do Grupo Coca-Cola, diante da alta concentração no mercado.

Em mercados regulados, com elevado grau de concentração entre empresas, como o de transporte aéreo e o de telecomunicações, também são firmados APROS.

No Mercado de Transporte Aéreo, quando a Gol adquiriu a unidade produtiva da Varig por meio de leilão judicial, foi firmado um APRO, no qual a Gol comprometeu-se a manter a identidade jurídica da empresa VARIG e todos os registros para o seu funcionamento, mantendo-se a independência administrativa, as contas e finanças separadas e as marcas GOL e VARIG, isoladamente, permitindo a diferenciação entre elas por parte dos consumidores. Além disso, obrigou-se a manter a integridade dos ativos adquiridos, não diminuir injustificadamente e de forma relevante o quadro total de funcionários VARIG, bem como manter o sistema de vendas de passagens independente e políticas comerciais separadas.

No Mercado de TV por assinatura, como no caso GM, NEWS e HUGHES, houve uma medida cautelar em 14.04.2004, diante da recusa das requerentes em assinar o APRO. Entretanto, como o APRO e a medida cautelar atingem os mesmos efeitos, segundo entendeu o Conselheiro-Relator do caso, foi submetido ao Plenário do CADE um APRO. A medida cautelar foi requerida por Terceiro Interessado, a Associação NeoTV, nos autos do Ato de Concentração, onde a NeoTV alegou que, em sendo a News detentora de participação na Sky Brasil e a Hughes acionista da Direct TV (Galaxy Brasil), a operação gera efeitos anticoncorrenciais no mercado de TV por assinatura (alta concentração), sustentando uma interpretação mais restrita do mercado de TV por assinatura onde este seria segmentado pela diferenciação de tecnologia. Aponta, ainda, a existência dos contratos de programação com cláusula de exclusividade entre as operadoras de TV paga e as programadoras. Dentre as principais cláusulas do APRO, está a de abster-se do fornecimento de programação da News Corp, mediante contratos de programação para a Galaxy e/ou para a Sky Brasil, em termos ou condições discriminatórias em relação às

demais plataformas de TV por assinatura existentes no Brasil. Ademais, na renovação de contratos não poderão ser incluídas cláusulas de exclusividade que não estiverem anteriormente estipuladas. Consta, ainda, a manutenção das plataformas da Sky e Galaxy Brasil, operando como negócios independentes, inclusive no que diz respeito à aquisição de contratos de programação, de forma que nenhum ativo ou negócio da Galaxy será incorporado às operações da Sky Brasil até o momento em que as requerentes venham a fazer as correspondentes submissões de tal combinação de negócios às autoridades competentes no Brasil.

No caso SAINT-GOBAIN/OWENS CORNING datado de 08.08.2007,¹⁰⁵ verifica-se que, além de outros aspectos, as cláusulas do APRO incluem a administração por equipes independentes, sendo que reuniões administrativas entre os representantes dos acionistas estão sujeitas a pautas a serem submetidas previamente ao CADE e, nas disposições gerais, está incluída a vistoria a plantas e inspeção pelo CADE. Neste caso, ressaltamos a ingerência da autoridade antitruste na administração da empresa e destacamos o compromisso assumido pelo CADE de inspeção, ou seja, há, por certo, uma dificuldade em exercer tal função, porquanto o órgão carece de servidores.

Neste sentido, também chamamos a atenção para o caso da AIR LIQUIDE/WHITE MARTINS, cujo APRO foi celebrado em 27.06.2007.¹⁰⁶ Dentre as obrigações assumidas, está a submissão das pautas de reunião ao CADE, sendo que as informações remetidas pela gestora do consórcio à White Martins devem ser concomitantemente apresentadas ao Conselheiro-Relator,

¹⁰⁵ Neste caso, inicialmente, uma *joint venture* foi constituída para atuar no mercado de reforços de fibra de vidro, sendo a operação convertida em uma aquisição. Dentre as principais cláusulas adotadas está a de manter as operações das plantas de Capivari e Rio Claro independentes. A venda de ativos foi proibida, salvo com a prévia autorização do CADE, a contabilidade e o valor deverão ser independentes para cada uma das plantas, sendo que, no fechamento da operação os ativos serão transferidos, mas as operações e o valor comercial serão mantidos independentes. A operação foi julgada pelo CADE em 23.07.08, sendo que o Plenário reprovou a operação no Brasil e decidiu pela venda da planta de Capivari.

¹⁰⁶ Trata-se da constituição de um consórcio com objetivo de produzir gases do ar (oxigênio, nitrogênio e argônio), ar seco comprimido e ar para auto-forno ao processo industrial da ThyssenKrupp CSA Companhia Siderúrgica. O APRO foi firmado para garantir a separação total entre a propriedade e gestão do consórcio, sendo que aquela será dividida entre ambas as requerentes e esta última será realizada exclusivamente pela Air Liquide.

sendo que os representantes do CADE terão acesso livre a todas as reuniões. Para fins de monitoramento, ficou autorizado regime especial de acesso, permitido em horário comercial e sem aviso prévio, o acesso do CADE às instalações, observados os procedimentos de segurança, e aos documentos do consórcio, que terão tratamento confidencial.

Pela análise dos termos dos APROs firmados, observa-se que as empresas assumem as obrigações que muitas vezes são alegadas como justificativas para a eficiência econômica da operação apresentada ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O CADE interfere na gestão dos negócios, até o resultado final da análise do Ato de Concentração que, em alguns casos, é demorada.

Como justificativa para as medidas adotadas, observa-se, algumas vezes, que para preservar a concorrência é preciso limitar a livre iniciativa. Seriam tais medidas essenciais para preservar a reversibilidade da operação? Cabe aqui ressaltar a importância da forma consensual na adoção das cláusulas, o que afasta o questionamento referente a qualquer desproporcionalidade, quanto ao conteúdo das mesmas, preservando a segurança jurídica com relação ao cumprimento dos objetivos do instrumento.

3.2.3. Distinção entre a Medida Cautelar e o APRO

A cautelar é ato unilateral, sendo que no APRO há a anuência das empresas envolvidas. A cautelar é decisão impositiva. O APRO é acordo negociado entre as partes. A cautelar visa a impedir o imediato risco/dano ao mercado, enquanto o APRO visa a permitir a reversibilidade da operação. Embora as medidas adotadas na cautelar também, ao final, reflitam a preocupação da autoridade antitruste com a garantia da reversibilidade da operação e da eficácia de eventuais restrições impostas, cumpre ressaltar que a concessão da medida, em última análise, é a de prevenir efeitos anticompetitivos

derivados da operação, preservando a capacidade do CADE de apreciá-la de forma eficaz.¹⁰⁷

A medida cautelar adotada pelo CADE é proposta pelo Conselheiro-Relator, por solicitação da SEAE, SDE, Agências Reguladoras, Procuradoria do CADE, Terceiros Interessados ou, de ofício pelo Conselheiro-Relator do CADE (artigo 133 do Regimento do CADE), mantendo o status concorrencial antes da operação e impedindo novos atos, de forma impositiva, ao contrário do APRO, que é um acordo negociado e proposto por iniciativa do Conselheiro-Relator ou por requerimento das partes (artigo 140 do Regimento do CADE), prevendo a reversibilidade da operação. Assim, denota-se que os dois instrumentos são distintos e possuem natureza e objetivos diferentes.

3.3. TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO – TCD

De acordo com o artigo 1º da Lei 8.884/94, o regime estabelecido pela análise concorrencial é preventivo nas concentrações econômicas e repressivo nas infrações à ordem econômica. Os atos de concentração não são em princípio considerados ilícitos e, contrariamente à prática da União Europeia, a lei brasileira não determina a obrigatoriedade de notificação prévia dos atos de concentração deixando esta opção para as partes.

No julgamento dos atos de concentração econômica, quatro são os resultados possíveis: (i) não conhecimento (quando a operação apresentada não se subsumir à hipótese do artigo 54 da Lei 8.884/94); (ii) aprovação sem restrições (no caso de ausência de potencial prejuízo ao bem-

¹⁰⁷ No voto do Conselheiro-Relator César Costa Alves de Mattos na Medida Cautelar 087000.001711/2009-62, adotada no caso Sanofi-Aventis, consta que a cautelar foi proposta pela SEAE e SDE, sendo que as partes manifestaram interesse em celebrar um APRO, mas não chegaram a um acordo. O Relator em seu voto ressaltou que “É válido esclarecer que, embora não se tenha chegado a um bom termo com relação à assinatura de um APRO, o contraditório a que esteve sujeita a sua concessão, ainda que realizado sob a celeridade necessária, foi-me instrumental para definir limites mais adequados ao caso concreto – evitando impor custos desnecessários ao empreendedor.”

estar do consumidor e às condições de concorrência no mercado); (iii) aprovação condicionada (com restrições), ou (iv) não aprovação (caso em que a desconstituição total for a única forma de preservar a ordem econômica).

No caso de aprovação condicionada ou com restrições, três podem ser as determinações do CADE: (i) desconstituição parcial da operação (distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades etc.); (ii) cominação de qualquer ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, ou (iii) celebração de Termo de Compromisso de Desempenho previsto no artigo 58 da Lei 8.884/94 que dispõe:

“Artigo 58. O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do artigo 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo.

§ 1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

§ 2º Deverão constar dos compromissos de desempenho metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos, cujo cumprimento será acompanhado pela SDE.

§ 3º O descumprimento injustificado do Compromisso de Desempenho implicará a revogação da aprovação do CADE, na forma do artigo 55, e a abertura de processo administrativo para adoção das medidas cabíveis.”

O TCD consiste no acordo entre a administração e os partícipes de uma operação restritiva da concorrência (seja um acordo entre agentes econômicos, seja uma concentração) para viabilizar sua aprovação, implementando as medidas adotadas pelo CADE em decisão, conforme o artigo 54 da Lei 8.884/94. O compromisso é atinente apenas ao ato submetido a exame e seu escopo é, por força de lei, o de assegurar a concreção das eficiências delineadas no § 1º do artigo 54 da lei antitruste.

Ressalte-se o recente posicionamento do Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan, quanto à celebração do TCD, no Caso OWENS CORNING/SAINT GOBAIN,¹⁰⁸ em que o CADE decidiu pela reprovação da operação no Brasil. Cumpre observar que, neste caso, as partes haviam adotado anteriormente um APRO.

“É importante ressaltar que para o caso em questão um TCD teria necessariamente de controlar preços e qualidade, a fim de impedir o exercício unilateral de poder de mercado do ente resultante da operação. Tal atribuição, porém, não corresponde ao papel do CADE, que deve garantir o funcionamento do livre mercado e da livre iniciativa, desde que estes não gerem prejuízos à eficiência econômica e ao bem-estar social. Assim, a intervenção do órgão em estruturas de mercado a fim de controlar preços é um remédio ineficaz e inapropriado, além de se constituir num retrocesso institucional. Saliento, ainda, que a nossa lei não permite que seja adotada a solução em casos como o presente. A celebração de compromisso de desempenho, prevista no art. 58 da Lei n. 8.884/94, é uma alternativa conferida ao CADE quando for verificado que determinada operação, embora potencialmente prejudicial à concorrência, atende às condições elencadas no § 1º do art. 54, de modo a assegurar, pelo estabelecimento de meta e sob certas penas, a obrigação de que tais condições serão efetivamente cumpridas.”

O CADE pode impor as condições para aprovação da operação, desde que atenda aos termos da decisão e aos princípios (legalidade, razoabilidade, eficiência, adequação, ponderação) para o administrado. Cumpre

¹⁰⁸ Voto no A/C - Caso Owens Corning/Saint Gobain, disponível em <<http://www.cade.gov.br/processual>>. Acessado em 15.07.09. Neste caso, o CADE apurou altas participações conjuntas; entrada improvável; ausência de rivalidade; importações não suficientes; capacidade de importar limitada; eficiências insuficientes para compensar o dano, o que culminou com a decisão de reprovação da operação no Brasil e desinvestimento da planta de Capivari.

esclarecer que só não é negociável o que está no estrito termo da lei, ou seja, que o ato de concentração só será aprovado cumprindo-se determinadas condições, sendo o TCD, a condição para realizar uma das alternativas da decisão.

O TCD, nos termos do artigo 58, conforme exposto acima, possui linguagem fluida e indeterminada, assim, afigura-se a necessidade de intensa cooperação entre as partes, sendo que, em setores regulados também deve haver a colaboração da agência reguladora, dotada de *expertise* em determinado mercado, a critério do CADE, para auxiliar na elaboração dos compromissos a que se refere a lei de defesa da concorrência.

Ressalvamos que não é admitida a intervenção de terceiros quando da celebração do TCD pelas partes. O TCD é celebrado no âmbito do processo administrativo, legítimas apenas as partes para firmá-lo, de acordo com os requisitos que a lei impõe.

Desta forma, o acordo de vontades em que se substancia o TCD tem a natureza jurídica mista, ou seja, a da própria decisão e também a de contrato administrativo, cujo vínculo é produzido por manifestação conjunta e concorde de vontade do agente econômico e da autoridade antitruste.

Ressalte-se a definição de Marçal JUSTEN FILHO, com a qual concordamos, que define contrato administrativo como o “acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa.”¹⁰⁹

O TCD cria obrigações, no sentido de que concretiza os compromissos determinados pela decisão administrativa, tendo respaldo na lei de defesa da concorrência, porquanto não há óbices a que a decisão administrativa

¹⁰⁹ *Curso de Direito Administrativo*, p. 277.

de celebrar o TCD seja precedida de uma negociação, sem que, contudo deixe de ser unilateral, como é a adoção do TCD pelo Plenário do CADE.

Poder-se-ia argumentar que o TCD não é caracterizado como “um acordo de vontades para a formação do vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas”, nos termos da definição legal de contrato administrativo prevista no artigo 2º, parágrafo único da Lei 8.666/93, porquanto não haveria obrigações recíprocas. Afinal, o TCD se consubstancia em solução estrutural da própria decisão administrativa do CADE, cabendo ao Plenário definir os compromissos, como condição para a aprovação do Ato de Concentração, assegurando o cumprimento das condições estabelecidas no §º 1 do artigo 54. Entretanto, ressaltamos que a decisão administrativa proferida pelo CADE, aprovando a operação com restrições, ao estabelecer obrigações de fazer ou não fazer (metas quantitativas e qualitativas), depende de consenso entre as partes. Assim, se não houver um acordo de vontades consensual, não é celebrado o TCD e a operação é desconstituída.

3.3.1. Características

O Compromisso de Desempenho é um instrumento que permite implementar de forma real mecanismos para a proteção e o restabelecimento da concorrência. A sanção ou a desconstituição de concentrações prejudiciais à livre concorrência muitas vezes estão distantes dos anseios da sociedade e da política econômica do país.

A administração deve ponderar os prejuízos à concorrência, advindos da prática analisada e as eficiências por ela produzidas. Se os benefícios superarem os prejuízos, o ato há de ser aprovado. Os atos devem submeter-se a uma avaliação custo-benefício no contexto do interesse público, cabendo ao CADE autorizá-los ou não. Para garantir que as eficiências venham a ser realmente atingidas celebra-se o Compromisso de Desempenho, por força do

qual o administrado assume a obrigação de amoldar a prática às condições impostas para a sua aprovação. Há vantagens para ambas as partes, uma vez que o administrado obtém a aprovação do ato, embora com limitações, e a administração o aprova, segura de que as eficiências alegadas serão alcançadas.

Ao contrário do Brasil, na Comunidade Europeia, as condições de aprovação do ato de concentração não são fixadas unilateralmente pela autoridade antitruste. Nos casos em que entender que a operação deve ser aprovada com restrições, é proferido um *Statement of Objections*, demonstrando, de forma circunstanciada, seu potencial lesivo à concorrência e as razões pelas quais não pode ser aprovada integralmente. Diante dessa decisão é facultado às partes propor compromissos com vistas a sanar ou compensar os efeitos deletérios à concorrência nela apontados, passando a uma fase de negociação a respeito de seus termos.

Para José Inácio G. FRANCESCHINI, “o Compromisso de Desempenho somente há de ser imposto quando o ato ou contrato possa limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Também não há exigí-lo quando a obrigação que se pretenda impor se confunda com o próprio objetivo da operação.”¹¹⁰

O Compromisso de Desempenho não pode ser usado na ausência dos elementos que ensejariam a permissão pretendida, pois sua natureza não se confunde com outros instrumentos de incremento às políticas econômica e industrial.

Para Pedro DUTRA, “o Compromisso de Desempenho serve para especializar as eficiências previstas no artigo 54 – essa vinculação é

¹¹⁰ *Lei da Concorrência Conforme Interpretada pelo CADE*, p. 274-275.

inafastável – ele não serve para criar eficiências, para revelá-las e não serve também para substituir a negação do órgão de defesa da concorrência.”¹¹¹

Os Termos de Compromisso de Desempenho são utilizados desde o advento da Lei 8.884 em 1994 e contêm metas (qualitativas e quantitativas) tanto de natureza comportamental quanto estrutural.¹¹² Sua regulamentação está prevista no artigo 131 do Regimento Interno do CADE. O TCD independe de pauta para julgamento, sendo apresentado em mesa, dando maior agilidade à aprovação das cláusulas acordadas entre as partes.

Os Compromissos de Desempenho estão diretamente relacionados com a criação de mecanismos explícitos que são passíveis de posterior cobrança formal, quanto ao devido cumprimento das eficiências tidas como compensatórias do prejuízo potencial à concorrência pós-operação. A principal vantagem desse dispositivo é formalizar a monitoração e a cobrança dos resultados efetivos dos alegados ganhos de eficiência, sob pena do seu descumprimento injustificado levar à revogação da autorização dada pelo CADE. As metas devem ser definidas a partir do conceito de eficiências a serem atingidas pelas empresas envolvidas e seus reflexos no mercado de atuação.

Verificaremos se a eficiência seria um critério de aprovação e se, nas operações aprovadas com base em alegada eficiência, deve ser firmado o Termo de Compromisso de Desempenho (TCD).

¹¹¹ A Concentração do Poder Econômico – Aspectos Jurídicos do Artigo 54 – Lei 8.884/94, *Revista do IBRAC*, p. 20.

¹¹² O Guia da SEAE recomenda que, “nos casos em que seja sugerida a aprovação do ato com restrições, as recomendações da SEAE e da SDE buscarão ‘preferencialmente’, criando condições para a consolidação de um ambiente competitivo, adotar medidas estruturais nos mercados envolvidos.” Cabe ressaltar que medidas estruturais são aquelas que visam a restabelecer a dinâmica concorrencial nos mercados relevantes definidos, eliminando a necessidade de controles futuros. São exemplos deste tipo de medida, a alienação de ativos de empresas, tais como a venda de marcas ou de fábricas e a quebra de patentes. Disponível em <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acessado em 20.08.08.

3.3.2. A Negociação das Metas do Compromisso de Desempenho

Sustenta o ex-Procurador-Geral do CADE, Arthur Badin, que: “O TCD não é uma forma de solução alternativa e negociada do processo administrativo, já que sua celebração não substitui nem suspende o julgamento de mérito. Muito pelo contrário, nele se consubstancia a própria decisão do CADE sobre as condições *sine qua non* para aprovação do ato de concentração. Por essa razão, a lei foi explícita ao dizer que o plenário do CADE definirá os termos do Compromisso de Desempenho (artigo 58 da Lei 8.884/94). Sendo ato unilateral impositivo e discricionário do plenário do CADE, não há um direito subjetivo das partes, quer seja em celebrar TCD, alternativamente à reprovação do ato de concentração, quer seja em ‘negociar’ seus termos.”¹¹³

No Parecer sobre o Termo de Compromisso de Desempenho celebrado entre a S.A. White Martins, a Unigases Comercial Ltda. e o CADE no Ato de Concentração 78/96, Eros GRAU menciona que “o sistema antitruste coloca à disposição das autoridades instrumentos voltados a elevar o grau de eficácia material da legislação, ao invés de apenas aplicar sanções ou determinar as desconstituições de concentrações prejudiciais à livre concorrência. A sanção ou a desconstituição tendo em vista o próprio caráter das normas antitruste e dificuldade de sua efetivação não atingiram o grau de eficácia necessária, ou seja, não propiciaram a concreção dos objetivos gerais perseguidos pelo sistema antitruste.”¹¹⁴ Neste sentido, não caberia dizer que a celebração do compromisso seria um reconhecimento da existência de qualquer ilicitude ou irregularidade.

Em pesquisa realizada no CADE, conforme processos relacionados neste trabalho, os TCDs decorrem de atos de concentração datados entre 1994 e 2008.

¹¹³ Negociação do Termo de Compromisso de Desempenho, *CADE INFORMA*, n.03, fev/2007, disponível em <<http://www.cade.gov.br/noticias>>. Acessado em 05.04.07.

¹¹⁴ Parecer dos Professores Eros Roberto Grau e Paula Forgioni, *Revista do IBRAC*, v. 09, n. 03, 2002, p. 390.

Tendo em vista que o TCD é imposto como condição da aprovação, e que consiste na própria decisão do CADE, a celebração do Termo de Compromisso de Desempenho é um ato discricionário do CADE, no caso de operação aprovada com restrições, desde que presentes as condições estabelecidas no § 1º do artigo 54, conforme dispõe o artigo 58 da Lei 8.884/94. Entendemos, porém, que suas cláusulas não podem ser impostas aos agentes econômicos, devendo ser negociadas consensualmente.

Caso não fosse acordo entre as partes, como poderia o CADE determinar o conteúdo, sem compactuar com o agente econômico, os compromissos a que se refere o caput do artigo 58, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do artigo 54?

Entretanto, só não é negociável o que está no estrito termo da lei. O que é impositivo é a decisão, sendo o TCD a condição para realizar uma das alternativas da decisão que é a aprovação condicional. Se não houver consenso, o que pode ser imposto é somente o que consta na decisão, respeitados os princípios de direito administrativo.

De um modo geral, os TCDs exigem o envio de extensa documentação ao CADE de contratos firmados e dos que no futuro serão celebrados. A pergunta que se coloca é como o CADE irá analisar contratos específicos de determinados mercados, principalmente, mercados regulados e sujeitos à regulação das diversas Agências, tais como ANATEL, ANAC, ANEEL e ANTAQ. O órgão não é dotado de estrutura e pessoal suficiente para o acompanhamento dos TCDs firmados. Talvez, com a aprovação do projeto de lei que reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, além de uma intensa cooperação em termos técnicos entre as Agências Reguladoras e o CADE, o acompanhamento dos TCDs celebrados como condição para aprovar Atos de Concentração seja aprimorado.

A fiscalização do devido cumprimento está prevista no artigo 47 da Lei 8.884/94 e artigo 78 da Lei 9.069/95, sendo que, em muitos TCDs, as partes devem notificar qualquer alteração na mudança da estrutura societária.

Em todos os TCDs analisados estão previstos o envio de relatórios, em muitos, semestralmente, outros apenas anualmente, além de informações sobre o cumprimento das obrigações assumidas e qualquer alteração, como, por exemplo, nas condições de fornecimento de infraestrutura. O envio da lista e/ou dos contratos com os preços praticados também é outra exigência contida nos termos. Ademais, estão sempre previstas as penalidades da lei 8.884/94, bem como, as multas na Resolução 45/07, estipuladas pelo descumprimento dos Termos.

Quanto à publicidade do Termo acordado, há, em muitos casos, a obrigatoriedade de publicação, além do DOU, em jornal de grande circulação pelas empresas, bem como a publicidade do conteúdo nos sites.

3.3.3. Aspectos Relevantes dos Termos de Compromisso Analisados

Para a melhor compreensão das metas quantitativas e qualitativas adotadas nos compromissos firmados com o CADE, exemplificamos abaixo, o conteúdo diverso adotado em alguns casos selecionados para exemplificar. Nota-se a predominância da adoção de metas comportamentais, com relação aos compromissos firmados envolvendo empresas que atuam em mercados regulados.

No mercado de telefonia, notadamente no caso CTBC CELULAR e CTBC TELECOM, as compromissárias firmaram o TCD em 13.09.2005, após a aprovação com restrições do Ato de Concentração submetido à análise. Em síntese, o objeto do TCD firmado foi o de manter tratamento isonômico quanto ao compartilhamento de receitas no fornecimento de

infraestrutura de telecomunicações a todos os concorrentes da NET SITE no mercado relevante dos municípios de Uberaba e Uberlândia, de forma a assegurar o cumprimento da decisão plenária do CADE. O TCD contém obrigações de envio de documentação ao CADE, tais como minuta de contrato sobre as condições de fornecimento de infraestrutura de telecomunicações para a prestação de serviços de acesso à Internet, adotado com relação a todos os provedores, sócios e não-sócios da NET SITE, cópia de todos os contratos que vierem a ser celebrados com provedores a partir da assinatura do TCD e envio de relatórios semestrais, bem como planos promocionais a serem lançados, sendo que as compromissárias ainda se obrigam a informar ao CADE o teor de planos promocionais vigentes.

Neste caso, a duração do TCD tem prazo indeterminado, sendo que deverão ser enviados relatório semestrais, por três anos, e, ao final, avaliação pelo CADE à sua discricionariedade sobre o fim do termo ou de sua prorrogação por igual período, se houve ou não alterações significativas nas características do mercado e/ou se passou a existir regulação sobre o mercado pela ANATEL, de maneira a modificar de forma determinante as condições avaliadas à época do Ato de Concentração. Nota-se certa insegurança jurídica diante de um compromisso firmado que não prevê término para as condições avançadas para a aprovação do ato. Além disso, consta da cláusula do Termo que o término da vigência do TCD não implicará o reconhecimento pelo CADE da legitimidade das práticas restritivas tratadas no mercado de compartilhamento, objeto do termo. Ao contrário, quaisquer destas condutas que forem denunciadas durante e após o fim do TCD serão avaliadas à luz dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94 em processo próprio.

Outro exemplo de metas adotadas está no caso AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA, em que o mercado é o de concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de carga. Foram acordadas metas qualitativas e quantitativas e especificação de certas restrições comportamentais. As metas de desempenho apresentadas poderão valer-se das informações prestadas à ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres na regulação exercida sobre os

contratos de concessão, o que demonstra uma cooperação entre o CADE e a Agência Reguladora de forma a complementar a parte técnica referente ao mercado. Dentre as restrições comportamentais está a de adotar tratamentos isonômicos a todos os usuários da ferrovia, o que deve ser comprovado quanto aos indicadores de desempenho. Além disso, há obrigação de publicar no *site* da empresa preços praticados para as operações acessórias à prestação do serviço ferroviário, a composição dos descontos praticados, bem como medidas estatísticas. Tais informações tornam mais efetiva a fiscalização do cumprimento das metas acordadas. Devem ser enviados relatórios anuais ao CADE, SDE e ANTT. O período de duração é de 13.11.2007 a 15.05.2013. Neste Termo foram adotadas cláusulas restritivas para avaliação das metas de desempenho, quando da avaliação dos relatórios anuais.

O caso NET, contém obrigações de comunicação da compromissária, conforme redação acordada com o CADE, cujo Termo foi firmado para manter as condições de concorrência nos mercados de prestação de serviços de TV por assinatura e de acesso à internet banda larga e distribuição de programação por assinatura, com duração de três anos, a partir de 12.12.2007.

No caso TERRA/TELESP, firmado em 07.04.2005, com prazo de três anos, consta a restrição apenas ao município de Bauru no mercado de infraestrutura de Telecom, com a obrigação de manter tratamento isonômico com relação à sua política comercial destinada a provedores de acesso à internet e aos concorrentes do Terra no mercado relevante. Na fiscalização quanto ao cumprimento das metas estipuladas está previsto o envio de relatórios semestrais, de contratos, planos de metas, etc. Após o prazo de três anos, o CADE avaliará o término ou a prorrogação, verificando se houve ou não alteração significativa nas características do mercado e/ ou passou a existir regulação sobre o mercado, de maneira a modificar de forma determinante as condições avaliadas à época da decisão. Observa-se que a discricionariedade do CADE, algumas vezes, em nome da eficiência, vai além dos limites legais.

No caso SUZANO/VOTORANTIM, foram assumidas obrigações, para assegurar o cumprimento das determinações do Plenário do CADE como condição de aprovação do Ato de Concentração, relativas ao consórcio CONPACEL. Neste caso, ficou acordado o direito de acesso a todas as informações pelo CADE e aos órgãos do SBDC, bem como a inspeção às unidades de produção e documentos. Além disso, haverá o exame da gestão comum pelas compromissárias e o dever de informação ao gerente geral do consórcio e não poderá haver exigência de exclusividade. Outra obrigação assumida foi a da venda da marca RIPAX em 180 dias pela Suzano. As metas de produção foram abrangentes e devem ser apresentadas em relatório detalhado ao CADE. A duração do Termo celebrado foi de cinco anos, a partir de 28.11.2007.

No caso GEMALTO, o objetivo foi o de preservar a concorrência no mercado nacional de cartões SIM, sendo que ficou acordado conceder licença não exclusiva sob condições justas, razoáveis e não discriminatórias de suas patentes registradas no Brasil relevantes ao mercado de cartões SIM. Neste caso, o prazo de duração previsto é um dos mais longos, de dez anos, a partir de 25.10.2006.

O caso CAMPO LIMPO abrange o mercado de reciclagem e transformação de plásticos, sendo que foram impostas restrições comportamentais, tais como a adoção de Programa de *Compliance* (Programa de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica) e informações quanto a alterações na composição societária e ao Acordo de Acionistas. Este caso envolve a adoção de regras de prevenção de infrações à ordem econômica, bem como a obrigação de treinamento efetivo. Muito se assemelha ao objeto de um Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, mas foi celebrado como condição de aprovação de um ato de concentração. Neste sentido, poderíamos dizer que o Programa de *Compliance* é considerado pelas autoridades de defesa da concorrência um instrumento de difusão da defesa da concorrência. A duração prevista do Compromisso é de trinta e seis meses, a partir de 23.07.2008.

No caso DANA/MAHLE, o TCD foi celebrado para assegurar a garantia do fornecimento de anéis de pistão ao mercado nacional, sem qualquer espécie de discriminação aos concorrentes e clientes no tocante a preços, condições de pagamento, quantidades, qualidade, prazos de fornecimento, dentre outros fatores que influenciem nas condições de venda, de forma a assegurar o fiel cumprimento da decisão plenária. A fiscalização será feita por meio do envio de relatórios e contratos celebrados. A duração prevista é de cinco anos, a partir de 21.05.2008.

Foram igualmente analisados os Termos de Compromisso de Desempenho já expirados, cuja vigência deu-se entre 1996 e 2006.¹¹⁵ Da análise foi possível concluir que, em sua grande maioria, há a obrigatoriedade por parte das compromissárias da contratação de auditoria independente para a avaliação das eficiências e do compartilhamento dos benefícios auferidos entre empresa e consumidor.

Observamos que, até 2006, o CADE ao estipular as metas, interferia mais na dinâmica dos negócios das empresas e que, por outro lado, exigia uma efetiva comprovação dos resultados alcançados, com o envio de extensa documentação das empresas para sua análise. Entretanto, as obrigações assumidas pelos agentes, conforme destacadas em alguns casos abaixo relatados, eram de difícil fiscalização e acompanhamento pelo CADE.

No caso GRACE (1997 a 2002), há metas qualitativas e quantitativas e nota-se que a cláusula estipulando o envio de relatórios semestrais inclui as obrigações de implementar projetos e realizar investimentos, incrementar volumes de exportação, repassar ganhos de produtividade, desenvolver programa de recolocação dos profissionais que vierem a ser dispensados e, como

¹¹⁵ SANTISTA (1996 a 2000); KOLYNOS (1997 a 2001); JOVITA (1996 a 2000); CVRD (2001 a 2006); DUPONT (2001 a 2006); NITRO QUÍMICA (1997 a 2004); ULTRAFÉRTIL/FOSFÉRTIL (1997 a 2001); ROCKWELL (1955 a 2000); AJINOMOTO (1996 a 2000); DEDINI (1996 a 2000); VARIG (2003 a 2006); CARBORUNDUM (1995 a 1999); FICAP (1996 a 2001); HOECHST (1997 a 2002); PANEX (1998 a 2002).

fiscalização do cumprimento, obrigatoriedade de contratação de auditoria pela compromissária para avaliar as eficiências.

No caso ELECTROLUX (1996 a 2001), a preocupação era a de repasse de benefícios aos consumidores com a redução de preço na venda dos produtos. Para tanto, a empresa compromete-se a realizar investimentos, incorporar nova tecnologia e aumentar a produção e vendas.

Por sua vez, no caso WHITE MARTINS (1999 a 2005), há o compromisso assumido de renunciar a qualquer disputa por qualquer fonte nova de subproduto de CO₂ na Região Sudeste e Paraná pelo período de vigência do Termo. Na vigência do TCD, a empresa também sofreu processo administrativo por violação de condutas, tais como açambarcamento de matéria-prima, entre outras, e defendeu-se com base no TCD firmado ao qual pretendia dar natureza de TCC. Nos autos do Processo Administrativo, discutiu-se a diferença entre o Termo de Compromisso de Desempenho e o Termo de Compromisso de Cessação.¹¹⁶

No caso HELIOS (1996 a 2000), observa-se a obrigatoriedade de implementação de programas de investimento em desenvolvimento tecnológico, o aumento da produtividade, o incremento das exportações e a substituição de linhas de produtos obsoletas. Ressaltamos que é preciso analisar o contexto do mercado, porquanto há uma dificuldade em estabelecer as metas diante da instabilidade econômica.

A ausência de término do TCD, condicionado ao cumprimento de obrigação, está refletida no caso COPESUL, firmado em 1998, até o cumprimento integral das obrigações estipuladas, bem como no caso

¹¹⁶ Para detalhes sobre a diferença entre os institutos, vide voto do Conselheiro-Relator Celso Fernandes Campilongo no Processo Administrativo nº 0800022579/97-05 – Representante Messer Grieshem do Brasil Ltda. e Representada S.A. White Martins. *Revista do IBRAC*. vol. 9, nº3, 2002, p. 125.

BRAHMA, em que os compromissos assumidos irão de 1998 até o término dos contratos de envasamento e do programa de auxílio técnico previsto.

O caso de concentração mais conhecido em que foi celebrado um TCD foi o caso AMBEV (2000 a 2005), com a fusão das duas maiores empresas do setor de bebidas no Brasil. Foi no mercado de cervejas que se verificaram os maiores problemas concorrenciais, sendo que a AMBEV (empresa resultante da fusão) ficou com 80% desse mercado. A aprovação foi condicionada à celebração de um TCD, com duração de cinco anos, que abrangeu diversas condições, com medidas para viabilizar a entrada de uma nova empresa no mercado, tais como: (a) venda da marca de cerveja Bavária com a transferência dos contratos de fornecimento e distribuição relacionados; (b) venda de cinco fábricas de produção de cerveja, uma em cada região do país, com a obrigação de promover uma oferta pública para a venda e o compromisso de manter o nível de emprego, a ser supervisionado pelo Ministério do Trabalho; (c) exigência de que as fábricas a serem alienadas estivessem em perfeito estado de conservação e funcionamento; (d) condições atestadas e avaliadas por empresa de auditoria independente contratada pela AMBEV; (e) ao comprador das fábricas, assegurar o direito a compartilhar com a AMBEV a rede de distribuição por todo o país, prevendo-se uma série de condições para o compartilhamento; (f) o potencial comprador deverá ser empresa independente com até 5% de participação no mercado brasileiro de cerveja; (g) obrigação da AMBEV compartilhar sua distribuição, por quatro anos, com cinco pequenas empresas cervejeiras, em cada região, escolhidas mediante leilão para aquela que oferecer o maior pagamento de comissão, e (h) proibição da AMBEV impor exclusividade em pontos de venda. Ademais, o TCD contemplou, entre outras obrigações da AMBEV, no que se refere ao alcance das eficiências alegadas e auditadas, a distribuição equitativa entre produtor e consumidor.

Na análise das cláusulas contidas nos acordos firmados, notadamente dos Termos de Compromisso de Desempenho, apuramos que, em alguns casos, os conteúdos foram além do que determina a lei de defesa da concorrência, o que poderia caracterizar violação ao princípio da legalidade.

Com relação a outros acordos firmados, tais como o Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação, notamos que a medida é adotada em situações de fusões, uniões ou aquisições complexas que tendem a demorar muito tempo para serem julgadas pelo Conselho, o que pode prejudicar os consumidores e a concorrência em determinado setor, justificando-se a sua celebração em nome do princípio da eficiência administrativa e econômica.

Neste sentido, as obrigações de fazer ou não fazer acordadas nos instrumentos de controle de estruturas, bem como no de condutas, a ser refletidas nas cláusulas de compromisso, devem ser orientadas pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Na negociação das cláusulas dos instrumentos jurídicos, deve ser ponderado o abuso de poder e o comprometimento das estruturas do livre mercado, preocupação que deve ser reprimida em nível administrativo, posto que cabe ao direito antitruste proibir o abuso do poder econômico que ameace ou possa ameaçar a livre concorrência.

Entretanto, nem todas as manifestações de exercício do poder econômico são consideradas ilícitos administrativos, mas apenas aquelas que têm ou podem ter o efeito do domínio de mercados, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros. Nos casos de fusão, o grande objetivo dos TCDs é o de preservar, na pós-fusão, as mesmas condições de rivalidade, ou seja, com a diminuição da rivalidade, exige-se a eficiência na compensação, que deve estar assegurada nas obrigações constantes dos TCDs.

Assim, o TCD vem ao longo do tempo ganhando importância como a melhor forma para assegurar o cumprimento das eficiências não só

alegadas pelas empresas, como também julgadas pelo órgão público e, notadamente no compartilhamento com a sociedade.

3.3.4. Acordo em Controle de Concentrações

Está em tramitação o projeto de Lei 3.937/04 (5877/2005) para modificar a legislação brasileira de concorrência. Dentre os principais pontos do projeto está a possibilidade de acordo. Pelo projeto, o TCD se consubstancia no acordo negociado entre as partes e o órgão de defesa da concorrência. O projeto cria o chamado Acordo em Controle de Concentrações para que empresas e autoridades da concorrência cheguem a uma proposta consensual nos casos mais complexos, a qual dependerá de aprovação da autoridade antitruste.¹¹⁷

Hoje, a lei abrange a proposta de desinvestimento, considerada um meio-termo entre a aprovação e a rejeição da operação, sendo imposta pelos conselheiros e não negociada com as partes.

¹¹⁷ Disponível em <<http://www.cade.gov.br/legislação/projetodelei>>. Acessado em 04.08.09. “CAPÍTULO II – DO ACORDO EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES – Art. 92. A Superintendência-Geral poderá, na forma previamente fixada pelo Tribunal, antes de impugnar a operação, negociar acordo com os interessados que submetam atos a exame, na forma do art. 88 desta Lei, de modo a assegurar o cumprimento das condições legais para a respectiva aprovação. § 1º Uma vez negociado o acordo, minuta de seu inteiro teor deverá ser disponibilizada para consulta pública por prazo não inferior a dez dias, devendo as respectivas manifestações merecer apreciação motivada. § 2º Constarão dos acordos de que trata o caput deste artigo as cláusulas necessárias à eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica, devendo ser estabelecidos prazos pré-definidos para o seu cumprimento, que será fiscalizado pela Superintendência-Geral. § 3º O descumprimento do acordo referido neste artigo implicará a revisão da respectiva aprovação pelo CADE e a abertura de processo administrativo para a adoção das demais medidas cabíveis. § 4º O Conselheiro-Relator participará do processo de negociação do acordo. § 5º O acordo negociado pela Superintendência-Geral deverá ser submetido à aprovação do Tribunal, que deliberará no prazo de 30 dias úteis. § 6º Os prazos de que tratam os arts. 54 a 57 desta Lei ficam suspensos até a apreciação do acordo pelo Tribunal.”

CAPÍTULO IV – CONTROLE DE CONDUTAS E OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS

4.1. MEDIDA PREVENTIVA

O escopo da medida preventiva é o de assegurar condições mínimas de livre concorrência no mercado relevante e limitar qualquer prejuízo ao consumidor.

Relativamente aos processos de conduta, utiliza-se a denominação medida preventiva, por força dos artigos 7º, inciso VII; 9º, inciso IV; 14, inciso XI e 52 da Lei 8.884/94, sendo que a medida cautelar é empregada com relação a processos de concentração econômica, conforme abordado anteriormente.

Cada caso específico demandará intervenção diferente. A intervenção precisa ser incisiva o suficiente para fazer cessar os efeitos da prática, sem impor aos representados do processo gravames desnecessários. A concessão da medida preventiva não visa a proteger diretamente um concorrente e sim o bem-estar coletivo, ou seja, o interesse público.

Apesar de a Medida Preventiva não ser um instrumento negociado entre as partes, mas imposto, cumpre ressaltar sua importância, na repressão às condutas infrativas, como instrumento previsto no artigo 52 da lei de defesa da concorrência, *verbis*:

“Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

§ 1º Na medida preventiva, o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 25.

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

4.2. Do Cabimento da Medida Preventiva

4.2.1. *Fumus Boni Iuris*

Por *fumus boni iuris*, aplicável no âmbito antitruste, em sede de condutas de que trata a Lei 8.884/94, entende-se a aparência do bom direito que indica a necessidade de intervenção, *in limine*, das autoridades de defesa da concorrência, em razão da presença de indícios suficientes de que uma determinada conduta esteja causando ou possa vir a causar os efeitos anticompetitivos previstos no referido diploma legal, ou seja, a partir da constatação de que determinadas condutas no mercado revelem possível limitação, falseamento ou qualquer outra forma de prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa (art. 20, I), dominação de mercado relevante de bens ou serviços (art. 20, II), aumento arbitrário dos lucros (art. 20, III) ou exercício abusivo de posição dominante (art. 20, IV) surge o *fumus boni iuris*, consistente no direito da coletividade à intervenção estatal com o fim de protegê-la de tais práticas no mercado.

4.2.2. *Periculum in Mora*

O requisito do *periculum in mora* consiste na iminência de produção de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado em virtude da possível infração identificada, de forma a demandar uma ação estatal imediata.

Segundo o artigo 52 da Lei 8.884/94, na iminência de dano irreparável ou de difícil reparação à concorrência, é recomendada a concessão de medida preventiva com o objetivo de restabelecer as condições concorrenciais do mercado. Em caso de descumprimento da medida preventiva, há a fixação de multa diária de valor elevado até a decisão final do processo.

Da pesquisa realizada, verificamos que, no controle de condutas, apenas os casos Odebrecht (2007) e Terminais (2005) foram precedidos de medida preventiva antes da adoção do TCC.

Constatamos, outrossim, a adoção de medida preventiva em setor regulado, como no de telecomunicações. Exemplificamos com este caso, que contém algumas peculiaridades interessantes notadamente em consequência da privatização do setor de telecomunicações. Embora fosse um caso de controle de estruturas, havia potencial conduta infrativa. Em 17.01.2000, o CADE adotou medida preventiva, no caso MCI Worldcom, Sprint Corporation e France Telecom. Neste caso, em outubro de 1999, a MCI e a Sprint notificaram ao CADE o seu projeto de concentração, que também havia sido notificado perante o FTC norte-americano e a Comissão Europeia. No entanto, no Brasil, quando ocorreu a privatização do setor de telecomunicações, a MCI adquiriu a Embratel, e um consórcio composto pela Sprint, National Grid e France Telecom adquiriu a Intelig (empresa espelho). A Embratel e a Intelig eram, portanto, concorrentes no mercado de chamadas de longa distância nacionais e internacionais. Este ato de concentração levantou graves problemas em relação ao mercado brasileiro das telecomunicações, pois era um típico caso de participações cruzadas, uma vez que a Sprint detinha 25% de participações da Intelig, que era concorrente da Embratel, que por sua vez era controlada pela MCI. A operação foi suspensa no Brasil através de uma Medida Preventiva, tendo sido as empresas proibidas de trocar quaisquer tipos de informações, e a Sprint teve o seu direito de voto suspenso nas decisões da Intelig.

Anote-se que, em setores regulados, são adotadas medidas comportamentais que, cada vez mais, envolvem a cooperação das agências regulatórias com a autoridade antitruste.

4.2. TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO – TCC

Examinaremos, nesta parte, aspectos dos Termos de Compromisso de Cessação firmados com o CADE e os agentes econômicos, desde a edição da Lei 8.884/94, incluindo a análise dos Compromissos em caso de cartel, introduzidos pela nova redação do artigo 53, a partir de 2007 e regulamentado pela Resolução CADE 46/07.

A realização de transações em matéria concorrencial entre autoridades de defesa da concorrência e empresas acusadas de infração é um procedimento cada vez mais comum no Brasil, e um modo efetivo para a repressão de certas condutas.

Como benefícios de um termo de cessação para ambas as partes, o administrado e o órgão antitruste podemos citar a consciência da realização do possível no caso concreto, a assunção consciente da obrigação pelo administrado, a preservação da imagem e da marca da empresa, a redução de custos e a vantagem administrativa de suspensão das sanções decorrentes da lei, bem como a vantagem de que o ajuste evitará a sanção penal.

4.2.1. Natureza Jurídica

O TCC tem natureza jurídica de transação judicial, porquanto ele se dá no âmbito de um litígio concorrencial, iniciado com a Averiguação Preliminar ou Processo Administrativo.

O fundamento da natureza jurídica do TCC está no artigo 840 do Código Civil Brasileiro (CC), o qual dispõe que é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas. O artigo 840 do CC tem conteúdo de direito material, sendo processual apenas o efeito de pôr termo ao processo, de acordo com o inciso III do artigo 269 do Código de Processo Civil (CPC). Ainda, de acordo com referida disposição legal, extingue-se o processo com julgamento de mérito, quando as partes transigirem.

Cabe ressaltar a aplicação do princípio da celeridade, da economia processual e da eficiência da administração pública, obtidos através da transação, combinados com a autoridade conferida ao juiz, no caso, ao Plenário do CADE, que deve homologar o compromisso de cessação.

Assim, tendo natureza de transação, o TCC constitui ato jurídico bilateral, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. São essenciais à transação a reciprocidade do ônus e vantagens, bem como a existência de litígio, dúvida ou controvérsia entre as partes. Neste sentido, em determinadas situações, o acordo imediato é mais eficaz para a proteção do bem do que a continuidade da demanda judicial.

A composição das partes implica concessões mútuas. O Compromisso de Cessação é um instrumento celebrado por força de acordo entre a Administração e o agente econômico, sendo que a Administração abre mão do prosseguimento do processo administrativo e o administrado compromete-se a cessar imediatamente a prática, sem a assunção de culpa no sentido penal, quanto à matéria de fato ou reconhecimento de qualquer ilicitude.

Entretanto, diferentemente do *Consent Decree* americano, o Termo de Cessação não é aprovado pelo Poder Judiciário, porquanto ele se dá

no âmbito do processo administrativo, sendo apenas homologado pelo Plenário do CADE.

Cumprе ressaltar que, dentre os papéis que exerce o Ministério Público Federal na Lei Antitruste, está o de promover a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, conforme o artigo 12, parágrafo único da Lei 8.884/94.¹¹⁸ O parecer da Procuradoria do CADE, que exerce o papel de advocacia e consultoria do órgão, não substitui a necessidade de intervenção do Ministério Público Federal nos processos sujeitos à apreciação do CADE, que neles funciona como defensor da coletividade, que é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 8.884/94 e na qualidade de fiscal da lei, nos moldes da sua atuação no processo civil judicial (CPC, artigo 82, III), por expressa previsão de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei Antitruste (Lei 8.884/94, artigo 83). Portanto, há a necessidade da sua intimação para a prática do ato, a fim de afastar eventual alegação de irregularidade ou nulidade do processo.

4.2.2. Fundamento Legal

O compromisso de cessação está disciplinado no artigo 53 da Lei 8.884/94, com a redação dada pela Lei nº 11.482, de 31.05.2007, que estabelece:

“Art. 53 - Em qualquer das espécies de processo administrativo, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

¹¹⁸ Lei 8.884/94 – “Art. 12. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, officiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE. Parágrafo único. O CADE poderá requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a adoção de medidas judiciais, no exercício da atribuição estabelecida pela alínea b do inciso XIV do art. 6º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.”

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I - a especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

§ 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I, II, III ou VIII do caput do artigo 21 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º de este artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no artigo 23 desta Lei.

§ 3º A celebração do termo de compromisso poderá ser proposta até o início da sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada.

§ 4º O termo de compromisso constitui título exclusivo extrajudicial.

§ 5º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

§ 6º A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 5º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

§ 7º Declarado o descumprimento do compromisso, o CADE aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução.

§ 8º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade.

§ 9º O CADE definirá, em resolução, normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração do termo de compromisso de cessação.

A antiga redação do artigo 53 da Lei 8.884/94 estabelecia que: “Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE ad referendum do CADE, Compromisso de Cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, e a ausência de reconhecimento de ilicitude da conduta analisada pelos agentes econômicos.”

A nova redação, instituída pela Lei nº 11.482/07, nada menciona sobre a hipótese de não confissão quanto à matéria de fato, e a ausência de reconhecimento de ilicitude da conduta analisada pelos agentes econômicos, embora o parágrafo único do artigo 129-B do Regimento do CADE assegure que a proposta de compromisso não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta objeto do processo administrativo ou da averiguação preliminar.

4.2.3. Características do TCC

O TCC está sujeito a homologação pelo Plenário do CADE, conforme o artigo 9º, II e III da Lei 8.884/94.

A redação do artigo 53 dada pela Lei nº 11.482, de 31 de maio de 2007, atribui ao CADE a iniciativa, faculdade ou discricionariedade na propositura do Termo de Compromisso de Cessação. No entanto, a propositura do TCC é direito do administrado. Corroborando nosso entendimento, observamos que a própria Resolução 46/07 do CADE, em seu artigo 129, dispõe que qualquer representado interessado em celebrar o compromisso de cessação deverá apresentar proposta do termo ao CADE.

Conforme leciona FRANCESCHINI, é “direito da Representada de procurar firmar Compromisso de Cessação a qualquer tempo e, de outro lado, a obrigação da autoridade administrativa de investigar

suficientemente para verificar a procedência ou não de acusações, a presença ou não de indícios de dano ao bem público representado pelo mercado.”¹¹⁹

Quanto à interpretação gramatical do termo “poderá” contido no artigo 53, este tem o sentido de permissão, sendo que, da análise das Resoluções do CADE sobre a matéria, percebe-se que esta é a intenção do órgão de proteção à concorrência. O alcance da norma jurídica do artigo 53 é a de permitir aos agentes a propositura do termo de Compromisso de Cessação. Entretanto, a celebração não é direito subjetivo do administrado. É juízo de conveniência e oportunidade, dentro do exercício da discricionariedade técnica da autoridade antitruste.

A questão sobre o direito líquido e certo dos agentes econômicos à celebração de TCC, diante da faculdade prevista no artigo 53 da Lei 8.884/94, foi superada pelo posicionamento judicial sobre a matéria. O TRF da 1ª. Região,¹²⁰ pronunciou-se no sentido de afirmar que o interesse público restou resguardado quando o CADE, diante de condutas tipificadas na Lei 8.884/94, segundo seu juízo de conveniência e oportunidade, conforme facultado em lei, optou por atuar repressivamente, no lugar de firmar Termo de Compromisso de Cessação, como forma de proteger a ordem econômica. Para o Tribunal, restou configurado que o TCC é instrumento para satisfação do interesse da coletividade vislumbrado no caso concreto.

Para o Tribunal, o TCC não é direito subjetivo, mas sim como diz o próprio artigo 53 da Lei, juízo de conveniência e oportunidade do CADE. O fulcro da recusa do CADE reside no juízo de conveniência e oportunidade. Assim, da mera interpretação literal do caput do artigo 53,

¹¹⁹ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, *Lei da Concorrência Conforme Interpretada pelo CADE*, p. 270.

¹²⁰ Decisão do TRF da 1ª. Região, no Agravo de Instrumento 2007.01.00.059730-8/DF, em que é Agravante Rudger Segurança Ltda. e outro e Agravado o CADE. Agravo apresentado em decorrência da decisão proferida pelo Juiz da 2ª. Vara Federal/DF nos autos do MS que objetivava suspender a decisão do CADE nos autos do PA 08012001826/2003-10. Disponível em <<http://www.trf1.gov.br>>. Acessado em 10.10.08.

depreende-se que a realização do Termo de Compromisso de Cessação, por se inserir na análise da conveniência e oportunidade do ato administrativo, fica compreendida no poder discricionário da administração. As obrigações que seriam assumidas pelas partes não foram consideradas suficientes pelo CADE para afastar o julgamento de sua conduta e posterior punição. O suposto risco de dano irreparável é inerente à autoexecutoriedade do ato administrativo sancionador, devendo ser considerado o risco de dano reverso à coletividade.

Desta forma, concluiu o Tribunal Regional Federal que tratando-se de ato administrativo discricionário, não há que se falar em direito subjetivo dos agravantes à celebração do termo de compromisso. Na decisão proferida, afirma o Tribunal que havendo, no caso, recusa justificada por parte do CADE, não há irregularidade na conduta do Conselho.

Na busca pela efetividade e o aperfeiçoamento da legislação de defesa da concorrência, relativamente ao Termo de Compromisso de Cessação, o CADE, por meio de normatização interna, nos artigos 129 C e D do seu Regimento (Resolução 45/07) que, por sua vez, regulamentam o artigo 53 da Lei 8.884/94, criou uma comissão técnica (Comissão de Negociação), composta por 3 (três) servidores lotados no CADE, encarregada de negociar as condições dos Termos de Compromisso de Cessação apresentados com as partes proponentes devendo, posteriormente, encaminhar ao Conselheiro-Relator sua recomendação sobre a proposta final fundamentada pela aceitação ou rejeição da versão final do compromisso.

Os esforços da SDE, com o grupo de trabalho criado para análise dos TCCs nos casos de cartel e o do CADE, através do auxílio ao Conselheiro-Relator por uma comissão técnica, durante as negociações do compromisso, dão ênfase à discricionariedade técnica do CADE conjugada ao princípio da eficiência, para de forma eficaz exercer seu juízo de conveniência e oportunidade. A discricionariedade do CADE está vinculada ao princípio da legalidade que submete a decisão de celebrar o TCC aos limites do artigo 53 da

Lei 8.884/94 e das regras que regulam tais acordos, conforme disposto pelo Regimento Interno do CADE.

Desta forma, nota-se que, para o CADE, a atuação da Comissão permitirá uma discussão mais ampla, dentro do Conselho, a respeito das propostas de termo de compromisso apresentadas, democratizando e legitimando ainda mais a utilização desse importante instrumento de atuação da autarquia.

Com a ênfase dada à importância na celebração do compromisso, houve um aumento da utilização deste instrumento, com o respectivo aumento do poder de instrução do Conselheiro-Relator que se utiliza do formalismo moderado presente no CADE, quando da negociação dos compromissos com as empresas. Estas, muitas vezes, reúnem-se com o Plenário, para apresentações sobre seus respectivos mercados de atuação.

Acreditamos que a propositura do Termo de Compromisso de Cessação é um direito do administrado e que a utilização deste instrumento está adstrita aos limites da lei, ou seja, caberá ao agente econômico demonstrar que cumpre todas as condições exigidas em lei e ao seu cabimento, para que as autoridades antitruste possam aceitá-lo.

Em caso de recusa, o CADE deverá motivar a sua decisão, sob pena de nulidade do ato administrativo, conforme o § 1º do artigo 50 da Lei 9.784/99. Destaque-se o fato de que a motivação é relevante tanto no tocante a competências discricionárias como quanto a escolhas vinculadas. O motivo sempre é relevante, uma vez que é o fundamento jurídico da decisão adotada, ainda que a norma possa atribuir ao agente a autonomia para escolher o motivo, como é o caso do compromisso de cessação.

É imprescindível, também, que a proporcionalidade seja respeitada e deverá haver um juízo de ponderação, quanto às normas, os fatos e os valores, no que se refere à admissibilidade ou não por parte da autoridade antitruste, avaliando os benefícios econômicos e a efetividade jurídica do instrumento.

Entretanto, cumpre ressaltar que o CADE, no julgamento de processo administrativo envolvendo a AMBEV,¹²¹ recusou a propositura do Termo de Compromisso de Cessação no momento em que o processo administrativo estava prestes a ser julgado pelo Plenário do CADE, apesar da permissão contida nas disposições do § 3º do artigo 53, porquanto este instrumento jurídico deixaria de ser efetivo. Neste caso, a autoridade antitruste, através das investigações ao longo da instrução processual, já possuía um conjunto probatório da conduta infrativa irrefutável, sendo que a infração concorrencial foi passível de punição, com multa de valor elevado, considerado um dos maiores aplicados na história do CADE (cerca de R\$ 352 milhões).

As premissas econômicas e jurídicas devem ser consideradas na elaboração das cláusulas que irão permear as restrições a determinada conduta por parte do agente, que negocia os compromissos assumidos, para dar efetividade às disposições da lei de defesa da concorrência.

4.2.4. A importância do Programa de *Compliance* (Programa de Prevenção às Infrações contra a Ordem Econômica) no TCC

Outro ponto objeto da análise aqui pretendida é o alcance dos objetivos negociados. Ao nos depararmos com esta questão, cumpre-nos

¹²¹ 448ª. Sessão Ordinária de Julgamento realizada em 22.07.09. Processo Administrativo 08012.003805/2004-10. Representada: Companhia de Bebidas das Américas (AMBEV) e Representante Primo Schincariol Ind. Cervejas e Refrigerantes, em que o Plenário julgou que “o Programa de fidelidade “To Contigo” da AMBEV (empresa com posição dominante no mercado de cervejas) possui potencial de arrefecimento da concorrência, de fechamento de mercado e de elevação artificial dos custos de concorrentes.” Disponível em <<http://www.cade.gov.br/noticias>> Acessado em 23.07.09.

esclarecer e enfatizar que o objetivo da lei antitruste é proteger a concorrência e não o concorrente, portanto, é preciso verificar se o mercado como um todo, ou seja, o determinado segmento de mercado onde as empresas atuam, será beneficiado com a cessação da conduta negociada.

O artigo 1º da lei antitruste possui um foco educativo, ou seja, cabe ao CADE o papel de difundir a cultura da concorrência. Além disso, deverá educar as empresas sobre o benefício da livre concorrência, bem como sobre os malefícios das condutas anticoncorrenciais (artigo 7º, XVIII da Lei Antitruste).

Nas negociações dos termos de compromisso, por exemplo, podem ser oferecidos ao crivo da autoridade antitruste programas de *compliance* (obediência à Lei Antitruste), educando sobre a importância da concorrência. Neste sentido, os programas de *compliance* têm sido adotados tanto nos Termos de Compromisso de Cessação, como nos Termos de Compromisso de Desempenho, dando efetividade à política de defesa da concorrência.

No teor de referidos programas, faz-se necessário um alerta ao mercado sobre as principais condutas vedadas, quais sejam: concorrentes não podem: (a) entrar em acordo sobre os preços que eles cobram por suas mercadorias e/ou serviços; (b) entrar em acordo sobre condições comerciais; (c) entrar em acordo para dividir clientes, territórios ou mercados; (d) entrar em acordo para não competirem em contratos ou licitações; (e) concorrentes compradores não podem entrar em acordo sobre preços para mercadorias ou serviços que eles estão adquirindo; (f) não podem se juntar para boicotar fornecedores ou clientes com finalidades anticoncorrenciais; (g) concorrentes produtores não podem entrar em acordo para estabelecer níveis de produção; (h) as empresas não podem usar de sua posição dominante para monopolizar o mercado, controlar preços ou excluir concorrentes.

Ademais, é importante ressaltar o comportamento de funcionários e parceiros com relação às associações de classe, notadamente quanto à troca de informações sobre a estrutura do mercado relevante e para compreenderem as permissões e proibições. Neste sentido, a SDE tem alertado as empresas quanto à não interferência das entidades representativas dos setores nas estratégias de negócios de seus representados, sob pena de estarem contribuindo para que as empresas ajam de forma não competitiva. A SDE alerta, por exemplo, que são ações passíveis de punição a sindicatos e associações, a elaboração de tabelas de preços, a definição de padrões para os produtos e serviços ofertados, o auxílio na troca de informações sobre preços ou mercados e ainda a punição de membros que não acatarem as sugestões de associações e sindicatos.

É importante que as empresas apresentem às autoridades antitruste seus programas de *compliance*, ressaltando a importância do risco de violação às leis antitruste, como multas, responsabilidade civil e processo crime, de funcionários, dirigentes e parceiros de negócios, bem como risco contratual de nulidade de qualquer disposição contrária à lei antitruste. Ademais, deverá ser ressaltado o risco à reputação, onde as infrações à lei antitruste são consideradas como um comportamento antiético dos acionistas e como um impacto negativo na imagem e reputação do grupo econômico. O programa deve prever ainda, em detalhes, como se dará o suporte, orientação, equipe, treinamento e verificação do *compliance*.

4.2.5. TCC em Cartel

Apesar de a autoridade antitruste brasileira adotar a regra da razão, na análise de condutas, os cartéis são nocivos ao bem-estar dos consumidores, sendo, conseqüentemente, um delito per se, sem possibilidade de qualquer mitigação por argumentos da regra da razão. Os cartéis geram apenas os efeitos negativos do aumento de poder de mercado, sem qualquer efeito de aumento de eficiência.

A intervenção estatal no domínio econômico consubstanciada na repressão ao abuso do poder econômico consiste em medidas estatais que positivam impedimentos à formação de cartéis ou a práticas comerciais abusivas. Este delito e infração concorrencial, a partir da Lei nº 11.482, de 2007, pode ser objeto de Termo de Compromisso de Cessação de Prática.

Nos casos de cartel, notadamente nas cláusulas contidas nos TCCs, as seguintes medidas são as mais temidas pelas empresas, na respectiva ordem (1) o risco de prisão, (2) o dano à imagem e (3) a multa.

O risco de prisão é iminente, pois cartel é crime, conforme a Lei 8.137 de 27.12.1990, com pena de até cinco anos de prisão.¹²²

¹²² Lei 8.137/90 - CAPÍTULO II - Dos crimes Contra a Economia e as Relações de Consumo
Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante: a) ajuste ou acordo de empresas; b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos; c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas; d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas; e) cessação parcial ou total das atividades da empresa; f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente. II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. III - discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência; IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência; V - provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento; VI - vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência; VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado. (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Cumpra esclarecer que a penalidade de reclusão poderá ser substituída pela multa, conforme abaixo: Art. 8º Nos crimes definidos nos arts. 1º a 3º desta lei, a pena de multa será fixada entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Parágrafo único. O dia-multa será fixado pelo juiz em valor não inferior a 14 (quatorze) nem superior a 200 (duzentos) Bônus do Tesouro Nacional BTN. Art. 9º A pena de detenção ou reclusão poderá ser convertida em multa de valor equivalente a: I - 200.000 (duzentos mil) até 5.000.000 (cinco milhões) de BTN, nos crimes definidos no art. 4º (...) Art. 10. Caso o juiz, considerado o ganho ilícito e a situação econômica do réu, verifique a insuficiência ou excessiva onerosidade das penas pecuniárias previstas nesta lei, poderá diminuí-las até a décima parte ou elevá-las ao décuplo.

O risco à imagem, além de afetar o padrão de governança corporativa, causa impacto no preço das ações, que pode ser consideravelmente afetado. Há estreita correlação entre as investigações de cartel e o declínio do preço das ações. Neste sentido, o empresário tem muito mais receio das consequências do dano à imagem, que tem efeitos incomensuráveis, cujos reflexos são preocupantes e inicialmente imprevisíveis.

Quanto ao risco da multa, este pode ser determinado, conforme o *quantum* previsto na legislação por infração à ordem econômica. Porém, cumpre ressaltar que o artigo 53 é omissivo e vago, no que se refere aos critérios para apuração e cálculo da contribuição pecuniária devida, notadamente, em relação a acordo por conduta de cartel. A determinação do *quantum* referente à sanção, nos termos da punição devida por infração à ordem econômica, é objeto de discussão. A SDE entende que a multa seria aplicada com base no faturamento bruto anual no mundo das empresas e não somente com base no faturamento correspondente ao mercado de atuação no Brasil, como tem sido o entendimento do CADE.

Segundo consta da política da Secretaria de Direito Econômico – SDE ¹²³, no que se refere aos princípios que norteiam a análise da SDE ao emitir pareceres sobre propostas de Termos de Compromisso de Cessação, apresentadas ao CADE e relacionadas a investigações de cartéis (artigo 53 da Lei 8.884/94 e Resolução do CADE 45/07), são mencionados os seguintes benefícios: 1) economia de tempo e recursos na investigação para a Administração sendo que para o investigado, economia no sentido de não haver despesas relacionadas ao litígio judicial; 2) tornar a instrução do processo administrativo em curso contra os demais investigados mais célere, eficiente e precisa por meio, essencialmente, da cooperação ativa do interessado em firmar o TCC, e 3) um TCC em caso de cartel possibilita o recolhimento imediato de contribuição pecuniária em benefício da sociedade.

¹²³ A política da SDE (fev/2008), com relação ao conteúdo das propostas de TCCs, apresentadas ao CADE e relacionadas a investigações de cartéis está disponível em <<http://www.sde.gov.br>>, acessado em 16.12.2008.

Além disso, a SDE entende que há substanciais ganhos para o investigado em firmar um TCC, como o potencial desconto no valor de eventual multa que seria imposta ao final do processo administrativo e o encerramento das investigações pendentes, proporcionando à empresa direcionar seus esforços para outras áreas, utilizando os recursos de forma mais eficiente. As pessoas físicas e a empresa envolvidas numa investigação podem finalizar suas pendências de forma rápida, traçando uma linha clara entre suas condutas passadas e futuras.

Para a SDE, a celebração de um TCC apenas atenderá ao interesse público se os termos do acordo forem aptos a: i) preservar o programa de leniência, que é o principal instrumento da política de combate aos cartéis no Brasil; ii) dissuadir futuras práticas lesivas à concorrência, e iii) não criar obstáculos à persecução administrativa e criminal de cartéis, bem como a ações privadas de indenização por danos causados por tal prática anticoncorrencial.

Ressalta, ainda, a SDE os benefícios para a Administração Pública e para a sociedade, da implementação de um mecanismo de negociação de acordos, visando ao encerramento de investigações de cartéis, desde que seja cumprido seu objetivo elementar de dissuadir futuras práticas lesivas à concorrência e não criar obstáculos à persecução criminal e ações privadas de indenização por danos causados por cartéis.

Segundo a SDE, “isso geralmente ocorre quando para se firmar o acordo se exige confissão de culpa, cooperação ativa e pagamento de contribuição pecuniária por parte do investigado”,¹²⁴ sendo prática comum em diversas jurisdições avançadas, como os Estados Unidos e a União Europeia.

Na obtenção de provas de um cartel, são expedidos mandados de busca e apreensão pela Justiça Federal nas Investigações

¹²⁴ Parecer da SDE sobre a propositura do TCC pela Lafarge, disponível em Pareceres SDE TCC, no site da SDE, em <<http://www.mj.gov.br>>, acessado em 04.06.09.

Criminais, sendo também encaminhada a *notitia criminis* da SDE à Polícia Federal para a obtenção de provas. A prova utilizada em processo criminal pode ser também usada na vertente do processo administrativo, desde que respeitado o direito ao contraditório das representadas.

Algumas jurisdições internacionais demonstram certa preocupação com o uso dos acordos em cartéis (*Plea Bargaining*), no sentido de que “estar-se-ia negociando fora a justiça,” conforme consta do relatório da International Competition Network, a saber¹²⁵:

“Some jurisdictions cited concerns that the public and courts would view settlements unfavorably and perceive settlements as compromising justice. Several jurisdictions said that there is a negative public perception of settlements as a lesser outcome than possible if a case is continued through to its procedural end. Along these lines, the term “plea bargaining” often carries a negative connotation among the general public, because it implies that prosecutors are bargaining away justice by securing settlements that allow settling parties to plead guilty to lesser offenses. Transparency and predictability in settlement policy and process is critical to dispelling these concerns. The success of a settlement system in the public’s eye can hinge on the transparency provided by the prosecuting agency. As the United States Supreme Court has stated,

¹²⁵ Cartel Settlements - Report to the ICN Annual Conference - Tradução livre: “Algumas jurisdições demonstram preocupações de que os acordos em cartel seriam vistos pelo público e tribunais desfavoravelmente, pois tais acordos comprometeriam a justiça. Diversas jurisdições disseram que existe uma percepção pública negativa dos acordos como um resultado menor do que se o processo continuasse até o final. Neste sentido, o termo *Plea Bargaining* frequentemente carrega uma conotação negativa junto à opinião pública, pois implica que procuradores estão negociando a justiça fora, assegurando Compromissos que permitem às partes declarar-se culpadas para receberem menores penalidades. Transparência e previsibilidade na resolução negociada do processo é crucial para dissipar estas preocupações. O sucesso de um sistema de resolução na visão do público pode depender da transparência na agência que conduz o processo. Como a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou, “*Plea Bargaining* é um componente essencial da administração da justiça. Adotado corretamente, ele deve ser incentivado. Ele conduz à rápida e abrangente disposição final, na grande parte dos processos criminais.” As autoridades da concorrência que utilizam os acordos em cartel, superam estas conotações negativas ao negociarem políticas e soluções com princípios e transparentes.

‘Plea bargaining is an essential component of the administration of justice. Properly administered, it is to be encouraged...It leads to prompt and largely final disposition of most criminal cases.’ Competition enforcers using negotiated settlements in cartel cases have overcome these negative connotations by entering into transparent and principled settlements and policies.”

Desta forma, não há que se falar em privilégio concedido ou qualquer tipo de incentivo à que se perpetue a infração com a celebração do acordo em caso de cartel. Num paralelo traçado com o direito tributário, os acordos celebrados entre o contribuinte e a Receita Federal para quitar pagamentos de tributos em atraso, em nenhuma hipótese incentivam a inadimplência.

4.2.5.1. Leniência, TCC e Confissão de Culpa

Conforme acima mencionado, o TCC previsto no artigo 53 da Lei 8.884/94 contempla a realização de acordo, com vistas ao encerramento de processos administrativos na SDE e no CADE, sem impor aos acusados a confissão do que lhes é imputado.

Entretanto, o CADE estabeleceu a exigência de confissão de culpa pelas disposições do artigo 129-G¹²⁶ do seu Regimento Interno, somente no caso de preexistência de acordo de leniência. Nos demais casos, é prerrogativa do CADE decidir, discricionariamente, os casos em que a celebração do TCC será ou não condicionada ao reconhecimento de culpa por parte do proponente.

¹²⁶ Artigo 129-G – “Nos casos em que houver sido celebrado acordo de leniência pela SDE, o Compromisso de Cessação deverá necessariamente conter reconhecimento de culpa por parte do compromissário. Nos demais casos, a exigência da confissão de culpa ficará a critério do CADE.”

Diante desta prerrogativa, é necessário estabelecer um juízo de ponderação entre os malefícios e os benefícios do reconhecimento de culpa como condição para celebração de um TCC em caso de cartel.

Não há como mensurar quando a confissão de culpa do proponente é essencial na escolha entre realizar ou não o TCC. Somente com a experiência, ao longo do tempo, em celebrar os TCCs, e seu impacto em termos da interação dinâmica entre o aumento esperado das multas impostas aos agentes (que decidem não celebrá-los) e o aumento dos aceites das condições exigidas, além da maturidade institucional dos órgãos do SBDC, é que se configurará o aumento ou não do uso deste importante instrumento jurídico.

Conforme informa a ICN – *International Competition Network* em relatório sobre acordo em casos de cartel (*Cartel Settlements*), algumas autoridades de defesa da concorrência estrangeiras que celebram acordos para encerrar investigações de cartéis diferenciam se o signatário deve reconhecer culpa e/ou reconhecer os fatos que embasam a conduta de cartel sob investigação, mas reconhecem que para o sucesso dos programas de leniência é imprescindível a colaboração ativa por parte do investigado.¹²⁷

Outras questões, além da exigência de confissão de culpa em TCC em caso de cartel, precedido ou não de acordo de leniência, também merecem destaque.

Uma delas se refere à efetividade das decisões de imposição de multas por infrações à ordem econômica ao final do processo administrativo, em comparação com a ampla ressonância que a veiculação imediata de notícias de um cartel pela imprensa pode provocar na coletividade e a celebração de um TCC, incluindo a cooperação com as autoridades nas investigações das demais participantes.

¹²⁷ ICN *Cartel Settlements*, 2008, disponível em <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org>>. Acessado em 12.07.09.

Outra questão está relacionada com os reflexos do TCC junto ao CADE na esfera da punibilidade penal. Conforme acima mencionado, não há previsão na lei de defesa da concorrência de extinção da punibilidade penal quando o administrado em caso de cartel firma o TCC, sem ter celebrado Acordo de Leniência. Tal fato implica alto grau de insegurança jurídica àqueles que, não obstante severas acusações no processo administrativo, pretendem de boa-fé dar encaminhamento ao compromisso, para que de maneira célere e sem maiores desgastes possam dar solução ao litígio concorrencial.

Neste sentido, trazemos à colação as indagações formuladas por Arthur BADIN,¹²⁸ com a qual compartilhamos: “Como firmar um acordo com o CADE, cumpri-lo e, ao final, ainda ter de enfrentar eventual processo criminal que, nos termos da Lei, também poderia ser resolvido por meio de transação? Como explicar que, no caso de adesão a programa de leniência pelo administrado, o legislador tenha previsto expressamente a extinção da punibilidade penal (art. 35), sem conceder tal benefício àquele que se dispõe a firmar e cumprir TC, que passa pelo pagamento de vultosas quantias financeiras em caso de cartel?”

Estas preocupações corroboram o nosso entendimento de que a confissão de culpa no TCC, nos casos em que há acordo de leniência, não deveria ser exigida, notadamente pela insegurança jurídica que ainda paira sobre a propositura de outras medidas judiciais, como a Ação Civil Pública. A exigência de confissão de culpa torna-se uma espécie de desvantagem em celebrar referido instrumento jurídico nos casos de cartel.

Devemos utilizar a necessária ponderação ao adotarmos os termos de compromisso. Para que o acordo seja positivo para a autoridade antitruste e o agente econômico, tornando-o uma opção atrativa, faz-se

¹²⁸ BADIN, Arthur, Transação em Matéria Concorrencial, *Revista Jurídica Consulex*, n. 263, p. 9.

necessário considerar que o ônus para o agente (tal como a demora no processo, o desgaste da imagem, o custo da demanda, o custo de ações judiciais e o tempo do processo) será minimizado. Além disso, com os compromissos firmados, as multas são reduzidas. Do ponto de vista da administração, é necessário ponderar também, embora os acordos sejam atrativos do ponto de vista da eficiência, a adoção de determinadas cláusulas, que tornam dificultosa a fiscalização do acordo e aumentam o ônus para a administração.

4.3. ACORDO DE LENIÊNCIA

O programa de leniência foi introduzido no Brasil em 2000 e permite que um participante de cartel ou de outra prática anticoncorrencial coletiva denuncie a prática às autoridades antitruste, coopere com as investigações e receba, por isso, imunidade antitruste administrativa e criminal, ou redução das penalidades aplicáveis.

Segundo a SDE, “o programa de leniência é a forma mais eficaz da autoridade obter provas para a condenação de prática de cartel, funcionando como um agente interno de desestabilização do ilícito. A SDE celebra Acordos de Leniência no âmbito do Programa com pessoas físicas e jurídicas que concordem em delatar os demais membros de um cartel e apresentar provas que possibilitem a condenação dessa prática de difícil detecção. Com isso, o beneficiário do acordo faz jus à extinção total ou parcial das penalidades que lhe seriam aplicáveis. Referido tratamento é um indiscutível incentivo à quebra da estabilidade do cartel; se por um lado o beneficiário do Acordo de Leniência recebe imunidade, por outro seus copartícipes são investigados e severamente punidos. Desde 2003, aproximadamente dez Acordos de Leniência foram celebrados, o que possibilitou a instauração de parcela significativa dos principais casos de cartel em trâmite perante a Secretaria.”¹²⁹

¹²⁹ Guia do Programa de Leniência, disponível em <<http://www.mj.gov.br/dpde>>, acessado em 18.12.08.

4.3.1. Competência e Natureza Jurídica

Diferentemente dos outros instrumentos jurídicos, como o APRO, o TCD e o TCC, que são celebrados com o CADE, a SDE é a autoridade competente para negociar e assinar o Acordo de Leniência.¹³⁰

Os acordos de leniência (delação premiada) possuem natureza contratual, visam a extinguir ou reduzir as sanções administrativas aplicáveis a empresas e pessoas físicas lenientes que ficam isentas do “crime”, ilícito penal. Segundo a doutrina, ainda existem dúvidas de natureza constitucional a respeito da questão.¹³¹

No Brasil, a delação premiada de um modo geral abrange um quadro amplo de fatos criminosos comuns, conforme dispositivos da Lei 9.807/99.¹³² Entretanto, é questionável se a delação ofenderia o princípio da

¹³⁰ Lei 8.884/94 - Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais coautores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. § 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária.

¹³¹ As dúvidas que surgem, mas que não serão aprofundadas no presente estudo, referem-se ao fato de que a leniência, declarada pela Secretaria de Defesa Econômica, através de acordo celebrado, garante a imunidade criminal dos dirigentes e administradores da empresa beneficiária, que assinem o acordo. Entretanto, a extinção da punibilidade de crime previsto em lei deveria ser declarada em juízo e com o envolvimento direto do Ministério Público, conforme previsto na Lei 8.137/90, em seu artigo 16, verbis: “Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta Lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção. Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)”

¹³² DA PROTEÇÃO AOS RÉUS COLABORADORES - Lei 8.137/90 – “Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na

legalidade, segundo o qual deve existir correlação entre o crime e a pena aplicada. Outra questão que se coloca é a de que a delação premiada ofende o princípio da igualdade, porquanto o delator (que participa do mesmo crime que os demais) recebe pena diferente.

4.3.2. Condições para a Celebração

É necessário que a empresa ou pessoa física (i) seja a primeira a se apresentar à SDE com respeito à infração e confesse sua participação no ilícito; (ii) coopere plenamente com as investigações e a cooperação resulte na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas da conduta; (iii) cesse completamente seu envolvimento na infração e (iv) não tenha sido a líder da infração. Além disso, a SDE não pode dispor de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo.

Como benefícios do acordo haverá a imunidade administrativa total ou parcial, a depender se a SDE tinha ciência da conduta anticompetitiva no momento em que a parte confessou o ilícito. Se a SDE não tinha ciência, a imunidade administrativa será total. Se a SDE já tinha conhecimento da conduta, mas não dispunha de provas para assegurar a condenação, a empresa ou pessoa física receberá redução de um a dois terços da penalidade aplicável, a depender da efetividade da cooperação e da boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. O acordo de leniência também garante imunidade criminal dos dirigentes e administradores da empresa beneficiária que assinem o acordo.

identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.”

O interessado em celebrar o acordo pode “reservar o seu lugar na fila” na condição de que ele apresente as informações e documentos requisitados pela SDE em no máximo 30 dias. Para tanto a SDE estipulou um sistema de senha, no qual o interessado deve apresentar dados, ainda que parciais, sobre “O que”, “Quem”, “Onde” e “Quando.” O interessado também poderá apresentar proposta oral à SDE, que irá então elaborar termo único a ser preservado pelo interessado.

A fase de negociação é confidencial e tem duração de seis meses, prorrogáveis por outros seis meses, a critério da SDE, desde que não haja outro candidato à leniência para o mesmo cartel. Apenas a Secretária de Direito Econômico e seu Chefe de Gabinete participam da fase de negociação. Se nenhum acordo for celebrado, todos os documentos referentes à negociação são devolvidos à parte.

Eventual interessado que não se qualificar para um acordo de leniência para um determinado cartel, mas fornecer informações acerca de um outro cartel sobre o qual a SDE não tenha conhecimento, poderá obter todos os benefícios da leniência (chamada pela SDE de Leniência Plus) em relação à segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração.

4.3.3. Consequências da Exigência de Confissão de Culpa

Quanto à exigência da confissão, ressalta Onofre Carlos de ARRUDA SAMPAIO que “a leniência, ao exigir a confissão do leniente de que praticou o ilícito concorrencial, o expõe a ações de natureza civil, com vista à indenização de eventuais danos decorrentes da prática confessada.”

A preocupação trazida nesta questão é que o acordo de leniência também pode servir para a instauração, contra os lenientes, no exterior,

de processos de natureza administrativa, civil e criminal, na medida em que outras agências de defesa da concorrência, terceiros que ali se julguem prejudicados e representantes de Ministérios Públicos possam ter acesso aos instrumentos dos acordos de leniência aqui firmados.

Diante do problema, a Comissão Europeia introduziu a leniência oral, feita em salas fechadas, a fim de preservar os lenientes do risco de que suas declarações venham a ser utilizadas contra eles em outras jurisdições. Neste sentido, a Comissão Europeia identificou igual problema em sua tentativa de implantar um sistema pelo qual as autoridades e os acusados acordem o desfecho antecipado do processo administrativo, sujeitando-se estes ao pagamento de determinadas importâncias, com a vantagem de evitarem, para ambos, a continuidade do processo, economizando recursos públicos e privados.

Assim, verifica-se a preocupação também em outras jurisdições que adotam os acordos de leniência, advinda do fato de que estes tornam-se desinteressantes para as partes, uma vez que podem ser usados contra elas em outras jurisdições, com os mesmos resultados de natureza administrativa, civil e criminal.

A exigência de confissão nos acordos de leniência e nos que visam à conclusão de processos administrativos, como é o caso dos TCCs em cartéis, leva pouco estímulo à sua utilização pelos riscos acima descritos, sobretudo quando se tratar de empresas exportadoras de bens e serviços, cuja exposição a ações no exterior, inclusive de natureza criminal, incidente sobre seus executivos, será sempre maior e de mais graves consequências, conforme mencionado acima.

4.3.4. Conteúdo dos Acordos de Leniência

Disciplinados pelos artigos 35-B e 35-C da Lei 8.884/94, os termos dos acordos de leniência e respectivos documentos, bem como a identidade do beneficiário, são considerados confidenciais e não serão divulgados ao público, mesmo após a eventual instauração de Averiguações Preliminares ou Processo Administrativo. Os benefícios decorrentes do acordo de leniência estão enumerados nos artigos 35-B, § 4º e incisos e 35-C caput e parágrafo único, da Lei 8.884/94.¹³³

Consta no *site* da SDE que o primeiro acordo de leniência firmado foi em outubro de 2003, em que um dos membros do cartel promovido por empresas de serviços de vigilância do Rio Grande do Sul, para fraudar licitações públicas, apresentou-se à SDE para delatar um cartel e cooperar com as autoridades. O alvo do cartel eram licitações organizadas principalmente pela Superintendência Regional da Receita Federal no Rio Grande do Sul e pela

¹³³ Art. 35-B (...) § 4º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. § 5º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais co-autores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o art. 23 desta Lei. § 6º Serão estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas nos incisos II a IV do § 2º deste artigo. § 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria. § 8º Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada. § 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. § 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação. § 11. A aplicação do disposto neste artigo observará a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça.

Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre. A fim de obter imunidade total das multas administrativas e das sanções criminais, o beneficiário do Programa de Leniência apresentou provas diretas das fraudes às licitações, incluindo testemunhos de empregados e documentos trocados entre os integrantes do cartel.¹³⁴

Tendo em vista o sigilo dos acordos de leniência firmados com a SDE,¹³⁵ a análise aqui pretendida será limitada ao modelo disponibilizado no *site* da SDE, atualizado em 15.02.2008, cujas principais cláusulas são: (1) Exposição dos fatos relativos à infração relatada e do objeto da investigação, que deve trazer ao conhecimento da SDE a prática descrita, o mercado afetado, as partes envolvidas e a duração que o beneficiário deve incluir em detalhes, no histórico da conduta; (2) Tipificação da infração relatada, com base nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94 e como crime à ordem econômica no artigo 4º da Lei 8.137/90; (3) Confissão do beneficiário da sua participação, como coautor, na infração relatada e descrita no histórico da conduta; (4) Obrigações do beneficiário de (a) expor de forma completa os fatos relativos à infração relatada, identificando os demais coautores da prática, inclusive sócios, diretores e funcionários que estiveram envolvidos na prática ilegal, descrevendo pormenorizadamente as suas condutas e detalhando seu envolvimento na prática; (b) apresentar à SDE todas e quaisquer informações, documentos ou outros materiais de que detenha a posse, custódia ou controle, capazes de comprovar a infração relatada e os fatos narrados no histórico da conduta; (c) apresentar novas informações, documentos ou outros materiais de que venha a ter conhecimento no curso das investigações; (d) cessar completamente seu envolvimento na infração relatada, a partir da propositura do acordo; cooperar plena e permanentemente com as investigações; (e) comparecer sempre que solicitado a todos os atos processuais até o encerramento da instrução processual; (f) comunicar toda e qualquer alteração dos dados constantes do

¹³⁴ Disponível em <<http://www.mj.gov.br/sde/dpde>>. Acessado em 15.06.09.

¹³⁵ Apesar do sigilo, no Processo 08012.008372/1999-14, disponível no site da SDE, nos itens 38 a 45 há detalhes das cláusulas do Acordo de Leniência firmado nos autos do Procedimento Administrativo 08012.000172/06-50, no conhecido caso de cartel das laranjas. Nota Técnica da Secretaria de Direito Econômico – Departamento de Proteção e Defesa Econômica – Coordenação Geral de Assuntos Jurídicos, em <<http://www.mj.gov.br/SDE/dpde>>, acessado em 17.03.2009.

instrumento; (g) portar-se com honestidade, lealdade e boa-fé durante o cumprimento das obrigações; (5) Apresentação de documentos e provas pelo beneficiário decorrente das obrigações assumidas; (6) Declarações do Beneficiário de (a) veracidade das informações prestadas por ele; (b) que não esteve à frente da infração relatada e de que cessou completamente seu envolvimento; (c) ciência da perda dos benefícios, pelo descumprimento de qualquer obrigação prevista no acordo de leniência; (d) que declarações ou informações falsas podem ser consideradas como descumprimento do acordo; (e) ciência de que em relação a outras infrações ou crimes que não aqueles relatados no histórico da conduta e que venham a ser apurados no curso das investigações da SDE, não fará jus aos benefícios da Lei 8.884/94; (f) estar ciente de que caso desista, no todo ou em parte, do presente acordo de leniência, não fará jus aos benefícios; (g) estar ciente de que somente fará jus aos benefícios se, quando do julgamento do processo administrativo, o CADE verificar o integral cumprimento do acordo de leniência; (7) Certidões e Garantias, cláusula em que a SDE certifica que (a) o beneficiário foi o primeiro a se qualificar com respeito às infrações relatadas; (b) de que não dispõe de provas suficientes para assegurar a condenação do beneficiário; (c) de que antes das informações prestadas pelo beneficiário a SDE não tinha o conhecimento prévio da infração relatada, se for este o caso; (d) que as informações prestadas e os documentos fornecidos são indispensáveis para a apuração dos fatos objetos das investigações e ter recebido os documentos relacionados pelo beneficiário, ou, conforme o caso, ter reduzido a termo as declarações do beneficiário.

Conforme o artigo 35-A da Lei 8.884/94, o acordo de leniência e todos os seus anexos poderão servir para subsidiar, por solicitação da SDE, requerimento perante o Poder Judiciário de mandado de busca e apreensão, por parte da Advocacia-Geral da União, sendo certo que será requerido ao Poder Judiciário tratamento confidencial do Acordo de Leniência e seus anexos e que tais documentos poderão ainda servir a investigações criminais com relação aos demais coautores da prática relatada por parte das autoridades competentes, que deverão observar as mesmas obrigações de confidencialidade descritas no Acordo de Leniência. Simultaneamente à

conclusão do processo administrativo respectivo, a SDE remeterá ao CADE relatório circunstanciado a respeito do cumprimento das obrigações do Acordo de Leniência pelo Beneficiário.

Considerado crime desde 1990, com base na Lei 8.137 de 27.12.1990, com pena de multa ou até cinco anos de prisão, as investigações de cartel prosperaram com a introdução do programa de leniência e da celebração de um convênio entre a SDE, o Ministério Público e a Polícia Federal em 2007.

Nos casos de leniência, apontamos a dificuldade para o estabelecimento da prova, o dano causado pela empresa, bem como seu respectivo valor. A SDE não quantifica o valor do dano, sendo que quando são firmados os TCCs, por exemplo, em casos de cartel precedidos de Acordo de Leniência, há imensa dificuldade para estabelecer o valor da multa, quando considerado o mercado relevante.

Ademais, torna-se dificultoso provar quem é o líder do cartel, posto que este não pode utilizar-se dos benefícios da leniência. Desta forma, destaca-se a importância da informação a ser prestada pelo participante da leniência.

Outra questão importante é que a leniência isenta do crime de cartel, mas não isenta do crime de formação de quadrilha ou bando para as pessoas físicas (gerentes, diretores e administradores) das empresas que firmam o TCC, sem que tenha havido uma leniência anteriormente. A colaboração com as autoridades antitruste, prevista nas cláusulas do TCC nos casos em que há Acordo de Leniência, é também outro aspecto de difícil acompanhamento.

Conforme diretrizes da International Competition Network,¹³⁶ para os países que possuem programa de leniência, dentre os quais o Brasil, para que um programa de leniência tenha sucesso é imprescindível que (i) os membros de um cartel percebam que com a adoção de um programa de leniência há um alto risco de detecção do cartel pelas autoridades; (ii) as sanções impostas aos participantes sejam significantes. É preciso que o valor do cartel para os participantes não seja maior do que os custos de serem apanhados pelas autoridades, e (iii) deverá haver a transparência e certeza do participante do Acordo de Leniência para que ele possa mensurar com segurança como ele será tratado se delatar a conduta e quais serão as consequências caso não o faça.

Assim, conforme sugestão da International Competition Network, a leniência deverá ser disponibilizada nos casos em que a agência de defesa da concorrência não tenha conhecimento do cartel e também quando esta tenha conhecimento, mas não possua evidência ou provas suficientes para a condenação dos participantes pela conduta. Se a leniência é concedida ou não em tais casos, dependerá da qualidade da informação disponibilizada pelo participante.

A adoção de cláusulas que interferem na ingerência dos negócios das empresas, com uma constante fiscalização, causa também insegurança jurídica e torna-se ineficaz se o órgão antitruste não dispõe de efetivo capaz tecnicamente de analisar todas as informações enviadas pelos agentes econômicos.

Quanto aos termos de compromisso de cessação de condutas, verificamos que a divulgação da cultura da concorrência e a imposição de pesadas multas são formas de dar efetividade à legislação da concorrência e de alertar o mercado e seus participantes sobre os malefícios das condutas

¹³⁶ Anti-Cartel Enforcement Manual, Cartel Working Group, Subgroup2: Enforcement Techniques – Chapter 2 – Drafting and Implementing an Effective Leniency Program. Disponível em <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/cartelworkinggroup/anti-cartelenforcementmanual>>. Acessado em 07.08.09.

infrativas. Neste sentido, a cooperação das empresas com a SDE, através do programa de leniência é fundamental para que os órgãos de defesa da concorrência possam efetivamente extinguir com os cartéis.

4.4. Multas e Penalidades

Os artigos 23 a 27 da Lei 8.884/94 definem o sistema de penalidades cabíveis no caso de práticas anticompetitivas, da seguinte forma: (a) no caso de empresas, multa de 1 a 30% do valor do faturamento bruto da empresa no último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando aplicável, havendo cominação em dobro na eventualidade de reincidência; (b) proibição de participação em licitações públicas em prazo não inferior a cinco anos; (c) recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de patentes do infrator; (d) não concessão de parcelamento de tributos federais ao infrator e cancelamento dos eventuais incentivos fiscais, e (e) cisão da sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessão parcial de atividade, ou qualquer outro ato necessário para eliminar os efeitos nocivos à concorrência.

Segundo César MATTOS, “a expectativa de prejuízo relacionado com esse conjunto de penalidades é que definirá o custo financeiro global da infração. Além disso, um processo no CADE, configura-se como um elemento de redução da reputação do infrator. Em caso de condenação, além da natural veiculação da informação na mídia, a Lei 8.884/94 no inciso I do artigo 24 estabelece que o infrator condenado pode ser obrigado a pagar em jornal indicado pelo CADE, extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas. Isso acentua o custo esperado em termos de redução da reputação gerada pela condenação.”¹³⁷

¹³⁷ *O Compromisso de Cessação de Práticas Anticompetitivas no CADE: Uma Abordagem de Teoria dos Jogos*, Revista do IBRAC, vol.4, n. 4, abril/1997, p. 48.

Com relação aos Termos de Compromisso, o descumprimento total ou parcial das obrigações fixadas é passível de multa a ser depositada no Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD). É imprescindível que as multas estipuladas nos acordos sejam em valor que vise a coibir qualquer tipo de descumprimento. Se houver o descumprimento do compromisso, a empresa pagará a multa e o processo terá continuidade.

É preciso observar que a lei da concorrência não tem caráter punitivo ou arrecadatório, sendo que as multas e sanções são apenas instrumentos para a normalização do ambiente concorrencial. A transgressão da lei da concorrência estabelece o valor a ser pago pela empresa, que pode ir de 1% a 30% de seu faturamento anual. Na imposição da pena em seu grau mínimo, muitas vezes, como tem decidido o CADE, o objetivo primordial da sanção não é penalizar, mas sim convencer o condenado de que sua conduta foi errada, da atuação nociva aos consumidores e ao mercado, devendo cessá-la de imediato.

Na dosimetria da multa, a jurisprudência antitruste internacional segue o *treble damage*, que estabelece como limite máximo para a fixação do valor da sanção em ações indenizatórias o montante equivalente a três vezes o valor do dano provocado. O propósito é o da compensação do dano e prevenção. Prevenção porque desencoraja os competidores a praticarem condutas ilegais, uma vez que, além de terem de restituir a vantagem ilicitamente auferida, estarão contribuindo para o restabelecimento, no mercado, daquele competidor prejudicado. O *treble damage* assume a função da cultura de obediência às leis antitruste. Além do caráter de reparação civil, a sanção tem um caráter coercitivo desencorajando novas condutas infracionais. Entretanto, uma sanção inferior ao valor da vantagem auferida pela conduta infracional será uma sanção ineficaz.

O CADE não segue a jurisprudência internacional do *treble damage* na dosimetria da multa. O parâmetro é a lei antitruste brasileira, em seu artigo 23, I, onde está previsto que o valor mínimo da sanção jamais poderá ser

inferior ao valor da vantagem auferida. Ademais, o CADE considera o critério de faturamento no mercado relevante das empresas para estabelecer o parâmetro do valor da multa.

Cite-se, como exemplo, o voto do Conselheiro-Relator que examinou a propositura do TCC no caso LAFARGE, em que houve uma ponderação na análise da celebração de referido instrumento no âmbito do processo administrativo versus a continuação do litígio até julgamento definitivo pelo Poder Judiciário. Para o Relator, o critério empregado na análise está centrado no cálculo do método denominado Valor Presente da Sanção Esperada – VPSE, que, resumidamente, consiste num cálculo de probabilidades das sanções mais prováveis, decorrentes do tipo da conduta que está sendo investigada (consiste na listagem de um pequeno conjunto de percentuais possíveis para a determinação da sanção pecuniária no artigo 23 da Lei 8.884/94), bem como as sanções variáveis (decorrentes de eventos incertos e futuros).¹³⁸

Uma sanção eficaz deverá manter certa proporcionalidade com a vantagem econômica auferida. Entretanto é importante ressaltar que o TCC não deve ser visto como uma perspectiva de perdão que torna lucrativa a prática infratora portanto, a penalidade pecuniária deve conter valores elevados que afastem este tipo de percepção.

De qualquer forma, destacamos que é necessário adotar o princípio constitucional da proporcionalidade na dosimetria da sanção. Do ponto de vista jurídico e econômico, sanções desproporcionais são violadoras do princípio da razoabilidade utilizável na análise antitruste.

¹³⁸ Para maiores detalhes sobre o cálculo do valor presente da sanção esperada, recomenda-se a leitura do voto do Conselheiro-Relator Luiz Fernando Schuartz referente ao PA 08012.011142/2006-79, disponível no site do CADE em <<http://www.cade.gov.br/jurisprudência>>. Acessado em 19.06.09.

O valor das multas arrecadadas pelo CADE é recolhido para o Fundo de Direitos Difusos – FDD.¹³⁹ No FDD, órgãos do governo e da sociedade discutem quais programas serão financiados. Em 2008, os representantes do Fundo elegeram o apoio aos museus como prioridade. O Conselho Federal do Fundo de Direitos Difusos é composto por representantes de cinco Ministérios (Justiça, Saúde, Fazenda, Cultura e Meio Ambiente), mais o Ministério Público Federal, o CADE e três entidades autônomas. Consta que o maior financiador do FDD é o CADE, responsável por 94% do orçamento do FDD, contribuindo substancialmente através do valor arrecadado pelos Termos de Compromisso de Cessação nos casos de cartéis.

4.5. As Futuras Modificações na Lei Antitruste Brasileira

Em setembro de 2005, o governo brasileiro enviou ao Congresso¹⁴⁰ o Projeto de Lei 5.919/2005, que pretende reformar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, a fim de garantir eficiência e eficácia às ações de defesa da concorrência para que o sistema atue de forma mais seletiva na análise de fusões e aquisições e de forma mais aprofundada e rigorosa no combate a cartéis.

Dentre os principais pontos do projeto, está a reforma da estrutura do SBDC para que o CADE concentre as atividades de investigação, análise e julgamento da área de concorrência. A SDE deixará de existir, mas o DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor permanece na estrutura do Ministério da Justiça. A SEAE continuará existindo, mas passa a atuar na chamada “advocacia da concorrência,” analisando normas setoriais e medidas tomadas por outros órgãos de governo, de forma a evitar distorções no ambiente concorrencial. Por exemplo, o projeto de lei que dispõe sobre as

¹³⁹ Ressalte-se que grande parte dos recursos não recolhidos ao FDD, decorrentes de multas impostas pelo CADE encontra-se depositado judicialmente, por força da aplicação do art. 65 da Lei 8.884/94.

¹⁴⁰ Em dezembro de 2008, o projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei da Câmara nº 6 de 2009) e ora tramita no Senado, disponível em <<http://www.cade.gov.br/legislacao/projetodelei>>. Acessado em 08.08.09.

agências reguladoras prevê que os órgãos de defesa da concorrência darão pareceres sobre o que for submetido à consulta pública pelas agências, assim a elaboração destes pareceres caberá à SEAE. Pela proposta do governo, a SEAE não é mais obrigada a investigar condutas anticompetitivas ou fazer pareceres sobre fusões e aquisições, mas pode atuar se achar necessário.

Outro aspecto do projeto é a reforma na estrutura do CADE, que passará a ser composto por Superintendência-Geral (atuará como uma espécie de promotoria investigando empresas suspeitas de prejudicar concorrentes e fazendo a instrução dos casos), o Departamento de Estudos Econômicos (elaborará estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação de Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral), Tribunal Administrativo (responsável pelo julgamento) e Procuradoria-Geral (terá sua atuação perante o Judiciário).

Com relação às operações societárias, a análise de fusões e aquisições passa a ser prévia. O critério de submissão passa a ser mais seletivo e objetivo. O projeto especifica que será considerado apenas o faturamento, no Brasil, das empresas envolvidas e deixará de haver o critério com base na participação de mercado. Com isso, os valores passam a ser alterados para se adequarem à dinâmica econômica. Esse critério torna-se substancialmente mais seletivo, não mais submetendo à análise os casos que não afetam a concorrência.

A análise simplificada é outro ponto importante de mudança na lei. Os casos que não representem risco à concorrência podem ser aprovados apenas com uma determinação do Superintendente-Geral. A decisão do Superintendente-Geral é passível de revisão, se requerida por conselheiros, terceiros interessados, a SEAE, o Ministério Público ou as agências reguladoras. Os casos mais complexos continuam sendo julgados pelo Tribunal. A Superintendência-Geral exerce o papel de “promotoria” e o Tribunal, o do “juiz”.

Quanto aos instrumentos jurídicos, o projeto prevê e preserva a Medida Preventiva (artigo 84) por parte do Estado, 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 Compromisso de Cessação de Prática foi mantido pelo texto no artigo 85 estabelecendo que: “O CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentados, entender que atende aos interesses protegidos por lei.”

O projeto inclui no § 3º do artigo 85 que, “quando houver sido celebrado acordo de leniência, o termo de compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de culpa por parte do compromissário, sendo que nos demais casos a exigência de confissão de culpa ficará a critério do CADE.”

Outra inovação, conforme anteriormente mencionado, é o Acordo em Controle de Concentrações, para que empresas e autoridades da concorrência cheguem a uma proposta consensual nos casos mais complexos, a qual dependerá de aprovação do Tribunal, conforme o artigo 92. Não há mais previsão no projeto de lei do Termo de Compromisso de Desempenho.

Tendo em vista a diminuição do número de fusões e aquisições a serem analisadas, o projeto prevê o direcionamento de recursos humanos para a investigação dos cartéis. O programa de leniência ganha um capítulo específico na lei. Fica explicitado que a assinatura de Acordo de Leniência impede a propositura de denúncias criminais, o que dará mais segurança às empresas e dirigentes que quiserem assinar um Acordo de

Leniência. Atualmente, quando celebra um Acordo de Leniência, a SDE através de convênio com o Ministério Público consegue o compromisso de que não será oferecida a denúncia.¹⁴¹

O projeto também altera as penalidades, sendo que as penalidades previstas para os casos mais graves tornam-se mais objetivas. A multa passa a variar de R\$ 6 mil a R\$ 200 milhões.

O modelo proposto implicará a agilização do trâmite dos processos e a priorização de casos que representem maior probabilidade de dano aos consumidores, gerando o aumento da eficiência administrativa, a redução do custo para o administrado e uma implementação mais efetiva da defesa da concorrência.¹⁴²

Na busca em dar efetividade à lei de defesa da concorrência, percebe-se que a autoridade antitruste cada vez mais edita resoluções para regular a adoção dos instrumentos negociados com os agentes econômicos, tanto no controle de condutas quanto no de estruturas, dando maior ênfase à utilização dos instrumentos. Neste sentido, os efeitos jurídicos decorrentes da celebração do Compromisso de Desempenho e do Compromisso de Cessação referidos nos artigos 53 e 58 da Lei 8884/84 são aqueles que reafirmam a importância do livre mercado e que se preocupam com o bem-estar social. Verifica-se que o texto da lei antitruste produz maiores efeitos concretos quando se utilizam os instrumentos.

¹⁴¹ Neste aspecto, cumpre enfatizar algumas críticas ao projeto. Segundo João Grandino Rodas, no artigo Reformar a Lei Antitruste?, publicado no jornal O Estado de S. Paulo, p. A2 em 08.06.2009, “... o projeto falha em não especificar os benefícios desse acordo para o leniente, como o de que não será processado com base em outras leis criminais que não a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica. Além do mais, deveria procurar reduzir a exposição dos lenientes a possíveis ações civis e privadas perante o Poder Judiciário, com a eliminação da responsabilidade solidária entre o leniente e os membros do cartel, por exemplo.”

¹⁴² Exposição de Motivos nº 00107-A – MJ/MF/MP ao Projeto de Lei. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em 31/10/2008.

Desta forma, com a proposta de reforma da lei antitruste brasileira espera-se que sejam alcançados os objetivos de dar maior celeridade ao exame dos atos de concentração, agilidade no combate a cartéis e efetividade na imposição de sanções.

CONCLUSÃO

O objetivo do trabalho foi o de discorrer sobre todos os instrumentos jurídicos consensuais adotados na análise antitruste, demonstrando a eficiência do ponto de vista jurídico e de proteção à concorrência.

Na verificação da eficiência jurídica dos termos de compromisso negociados entre agentes econômicos e as autoridades de defesa da concorrência, foi imprescindível compreender a relação de completude, simbiose e acoplamento entre os sistemas econômico e jurídico.

Como o direito econômico é mutável, buscamos demonstrar a necessária conjunção entre direito e economia, quando a autoridade antitruste negocia os compromissos com as partes, estabelecendo de forma consensual determinados comportamentos sob pena de sanções, observando a realidade do mercado de atuação das empresas, num contexto de incremento das políticas públicas, globalização e proteção à indústria nacional.

Para que as cláusulas dos instrumentos jurídicos sejam revestidas de legalidade é imperioso observar os princípios da eficiência, ponderação, adequação, razoabilidade e proporcionalidade, evitando o questionamento judicial das decisões do órgão antitruste.

O princípio constitucional da livre concorrência visa a preservar o livre mercado em que a sociedade poderá ter acesso aos bens e serviços de que os consumidores necessitam. A livre concorrência proporciona o aumento da produção e a inovação tecnológica, com a esperada redução nos preços e melhoria da qualidade de bens e serviços. Deste modo, cabe ao Estado agir como ente regulador da economia.

Quanto à propositura das soluções concorrenciais acordadas, apuramos que os termos de compromisso dão efetividade à legislação de defesa da concorrência, produzindo efeitos reais na sociedade e no mercado. Um processo antitruste pendente ocasiona um impacto negativo na boa governança corporativa de uma empresa, tanto em relação ao mercado relevante quanto ao desgaste de sua imagem.

Na confecção dos instrumentos, é preciso considerar o bem-estar do consumidor como objetivo final da defesa da concorrência, sem esquecer da necessária ponderação e adequação quando são estabelecidas obrigações referentes a inovação, investimento em tecnologia e melhoria da qualidade dos produtos, diante da instabilidade do mercado e das políticas públicas de cada setor.

Considerando que o Brasil é um país de *commodities* cujo mercado quer se organizar protegendo a iniciativa das empresas nacionais, neste ponto é que se deve dar a devida importância à difusão da cultura da concorrência, também coibindo os abusos que levam a condutas infrativas.

Os instrumentos jurídicos consensuais podem ser meios ágeis e de imediato impacto e solução para implementar as condições de aprovação da operação, como é o TCD, assegurando o efetivo cumprimento das eficiências alegadas como benefício da operação e a respectiva redução do impacto negativo sobre a rivalidade das empresas no mercado. Destacamos, também, o papel importante do APRO, instrumento consensual cada vez mais utilizado pelo CADE com o objetivo de assegurar a reversibilidade da operação apresentada à análise antitruste.

Com relação ao TCC, a eficiência é constatada com a cessação da prática infrativa, restabelecendo as condições de concorrência no mercado. No entanto, ao apreciar os aspectos positivos e negativos da

propositura de um acordo no âmbito do direito antitruste, com relação às práticas anticoncorrenciais, é preciso que as autoridades antitruste e as partes ponderem também alguns aspectos, tais como a demora na análise e solução do litígio concorrencial, o custo e o desgaste de um processo administrativo, bem como o prejuízo ao mercado das decisões proferidas pelo órgão administrativo que ao final, em sua grande maioria, são contestadas em juízo pelas empresas.

Por meio da pesquisa realizada, que objetivou retratar a experiência do CADE na celebração dos instrumentos, desde a edição da Lei 8.884/94 e a jurisprudência criada pelo Conselho ao longo do tempo, constatamos que o órgão antitruste estruturou-se, dando maior importância à adoção dos compromissos em contrapartida à demora na conclusão dos processos administrativos e à contestação em juízo das empresas, que, em consequência, depositam o valor da multa administrativa em juízo e, em muitos casos, não cessam a conduta infrativa.

Para que a infração cesse de imediato restabelecendo as condições de concorrência no mercado, sem que a parte assuma qualquer culpa ou reconheça a ilicitude de sua conduta, é preciso um incremento na adoção dos compromissos, com a mudança de postura do órgão antitruste e também dos agentes econômicos, evitando-se o ônus do litígio concorrencial. Esta maturidade institucional passa a considerar o acordo antitruste um ganho mútuo e propicia ao órgão o efetivo exercício de seu juízo de conveniência e oportunidade, motivando o ato administrativo, no que se refere ao seu acolhimento ou rejeição das propostas.

É preciso que o TCC afaste a dissuasão da prática, garantindo a cessação imediata da conduta e estabeleça alto nível de exigência para que possa ser celebrado, com multas de valor elevado e um bem elaborado programa de *compliance*. Destacamos a importância de que o TCC seja sempre negociado de forma consensual, sendo relevante a participação dos agentes econômicos e das agências reguladoras (órgãos dotados de *expertise* e

capacidade técnica), quando for o caso, na colaboração com as autoridades antitruste.

O TCC em caso de cartel é instrumento adotado recentemente, a partir de 2007, mas já tem demonstrado que a sua utilização inibe a prática e tem eficácia imediata com o recolhimento de multas de valor elevado e a adoção de um programa de *compliance*. Na tarefa de educar sobre os benefícios da livre concorrência, nos compromissos de cessação e de desempenho, é preciso dar maior importância aos programas de *compliance*, cujo objetivo é difundir a cultura da concorrência, informar, educar e alertar para as infrações, os riscos ao mercado e os malefícios ao consumidor final.

O trabalho identificou que o reconhecimento de culpa, nos Termos de Compromisso de Cessação celebrados nos casos de cartel e que são precedidos de Acordo de Leniência, inibe a sua celebração. As empresas não demonstram interesse em celebrar tal instrumento diante de incertezas jurídicas, referentes a desdobramento em outros processos no âmbito civil e penal, bem como em outras jurisdições.

A exposição a outras ações de natureza civil e penal, é uma preocupação compartilhada com os demais países da Comunidade Européia que adotam soluções acordadas em casos de cartel.

A tendência é a de que as empresas prefiram celebrar diretamente com o CADE um Termo de Compromisso de Cessação em caso de cartel sem exigência de confissão de culpa, a ingressar num programa de leniência e ser obrigada a reconhecer a ilicitude, quando da celebração do termo de compromisso, ficando mais expostas a outros processos de natureza civil e penal, além de outras jurisdições.

O programa de leniência deve ser transparente quanto à segurança das informações e aprimorado para que a legalidade seja respeitada, evitando-se o questionamento judicial de questões formais na sua elaboração.

Ao traçarmos um panorama geral dos instrumentos jurídicos consensuais adotados no âmbito da concorrência restou demonstrado que estes de fato elevam o grau de eficácia material da norma antitruste, fundamentando a conclusão de que devem ser mais utilizados pelo órgão antitruste como proteção à concorrência.

BIBLIOGRAFIA

AGUILLAR, Fernando Herrem. *Direito Econômico - Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.

ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de Concentrações de Empresas: Estudo da Experiência Comunitária e a Aplicação do Artigo 54 da lei n°8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002.

BANCO MUNDIAL (WB) e Organização para o Desenvolvimento e Cooperação Econômica (OCDE). *Diretrizes para Elaboração e Implementação de Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2003.

BAQUER, Sebastian Martin-Retortillo. *Derecho Administrativo Económico*, Madrid: Distribuciones de LaLey, 1988.

BENECKE, Dieter W. e Renata NASCIMENTO (Orgs.). *Opções de Política Econômica para o Brasil*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2003.

BORK, Robert. *The Antitrust Paradox*, 2ª ed. New York: The Free Press, 1993.

BUCHAIN, Luiz Carlos. *O Poder Econômico e a Responsabilidade Civil Concorrencial*. Porto Alegre: Nova Prova, 2006.

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia Prático do CADE: A Defesa da Concorrência no Brasil*, 3. ed. revista, ampliada e bilíngue – São Paulo: CIEE, 2007. Disponível em <http://www.cade.gov.br/publicações/guia_cade_3d_100108.pdf>, acessado em 03.11.08.

CALHAO, Antonio Ernani Pedroso. *O Princípio da Eficiência na Administração da Justiça*, 1ª. ed. São Paulo: RCS, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*, São Paulo: Max Limonad, 2000.

CARDOSO, José Eduardo Martins e SANTOS, Márcia Walquiria Batista. *Curso de Direito Administrativo Econômico*. v. I. São Paulo: Malheiros, 2006.

CINTIOLI, Fabio e OLIVIERI, Gustavo. *I Nuovi Strumenti di Tutela Antitrust*. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v.1. e v.2. – 11ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.

COSTA, Mário Luiz Oliveira da. *Setor Sucroalcooleiro. Da Rígida Intervenção ao Livre Mercado*. São Paulo: Método, 2003.

CUÉLLAR, Leila e MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

EPSTEIN, Richard A. *Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice. Why Less is More*. Washington DC: American Enterprise Institute – AEI Press, 2007.

EVANS, David S. *Microsoft, antitrust and the new economy: selected essays*. USA: Milken Institute, 2002.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*, 1ª. ed. 4ª. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito (técnica, decisão, dominação)*, 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____, *A Norma Jurídica*. Freitas Bastos, RJ: 1980.

_____, SALOMÃO FILHO, Calixto e NUSDEO, Fábio. *Poder Econômico: Direito, Pobreza, Violência, Corrupção*. Barueri, SP: Manole, 2009.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ª. ed. ver. e atual. 2ª. tir. São Paulo: RT, 2005.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da Concorrência Conforme Interpretada pelo CADE*. São Paulo: Singular, 1998.

GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula A. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, 12^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 7^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUIMARÃES, Justino da Silva. *A Importância da Proporcionalidade como Princípio Regente de Políticas Públicas*. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2006.

HANDLER, BLAKE, PITOFISKY & GOLDSCHMID. *Trade Regulation – Cases and Materials*. 3rd. ed. USA: Foundation Press, 1990.

HAWK, Barry E. *International Antitrust Law & Policy*. USA: Juris Publishing (Fordham Corporate Law Institute), 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Econômico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz. *O CADE e as reestruturações societárias*. São Paulo: Singular, 2006.

MANDEL, Ernesto, SALAMAS, Pierre e VALIER, Jacque. *Introdução à Teoria Econômica Marxista*. São Paulo: ILAESE, 2006.

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*, 2ª ed. Coimbra: Editora Limitada, 1979.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica (o controle da concentração de empresas)*, São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*, 5ª ed. São Paulo: RT, 2008

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito Economia e Mercados*, 2ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____, Armando Castelar (org.). *Judiciário e Economia no Brasil*, São Paulo: Sumaré, 2000.

POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*, 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Overcoming Law*. USA: Harvard University Press, 1995.

_____. Usos y abusos de la teoría económica en el derecho. *Derecho y Economía: Una Revisión de La Literatura*. Andrés ROEMER (org.). México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos e QUEIROZ, João Eduardo Lopes (coord.). *Direito do Agronegócio*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. *Direito Administrativo*, tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as estruturas*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*, 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*, 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006.

_____, e outros (org.) e Coordenador Geral Dimitri DIMOULIS. *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2007.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

Artigos

BADIN, Arthur. *Negociação do Termo de Compromisso de Desempenho*. CADE INFORMA Nº 03: Fevereiro/2007. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/noticias>>, acessado em 10.03.2007.

_____. *Transação Judicial na Lei 8.884/94*. Revista Jurídica Consulex nº 263, disponível em <<http://www.faceb.edu.br/faceb/RevistaJuridica/m263-007>>, acessado em 16.06.2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes e MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Instituições Emergentes ou Decadentes? O Estado de S. Paulo* em 25.07.2009. p. A2 Espaço Aberto.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Indispensável Direito Econômico*. Revista dos Tribunais. Volume 353, março/1965.

COSTA, Maurício de Moura. *Breves Observações sobre o Compromisso de Desempenho*. Revista do IBRAC. Volume 4, número 2 – fevereiro/1997.

DOJ – Department of Justice. *Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters*. November 19, 2008. Disponível em <<http://www.usdoj.gov/atr/public/criminal/239583.htm>>, acessado em 12.08.09.

FAGUNDES, Jorge. *Os Objetivos das Políticas de Defesa da Concorrência: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago*. Revista do IBRAC. Volume 10, número 3, 2003.

FERES, Marcos Vinícios Chein. *Do Princípio da Eficiência Econômica*. Revista do IBRAC. Volume 8, número 8, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Lei Geral de Telecomunicações e a Regulação dos Mercados*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. 11, 2002, pág. 257-265, disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicações-científicas>>, acessado em 25.09.2008.

_____. *Apresentação do Livro Legitimação pelo Procedimento de Niklas Luhmann*. Apresentação e Revisão do livro Legitimação pelo Procedimento de Niklas Luhmann. UnB. Brasília: 1980, pp. 1-5. Disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicações-científicas>>, acessado em 25.09.2008.

_____. *O Estado Interventor e a Ordem Econômica na Emenda Constitucional de 1969*. Fonte: Tendências do Direito do Trabalho Contemporâneo, LTR; São Paulo: 1980, pp. 69-86. Disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicações-científicas>>, acessado em 25.09.2008.

_____. *A Relação Meio/Fim na Teoria Geral do Direito Administrativo*. Fonte: Revista de Direito Público, Editora RT, Ano XV, jan/março. 1982, n. 61 (fls. 27/33). Disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicações-científicas>>, acessado em 25/09/2008.

_____. *Abuso de Poder Econômico por Prática de Licitudo Duvidosa Amparada Judicialmente*. Fonte: Revista de Direito Público da Economia, ano I, n. 1, jan.-mar./2003, pp. 215-225. Disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicações-científicas>>, acessado em 25.09.2008.

_____. *Aplicação da Legislação Antitruste: Política de Estado e Política de Governo*. Fonte Revista do IBRAC, disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicações-científicas>>, acessado em 25.09.2008.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e PEREIRA, Edgard Antonio. *As Eficiências Econômicas sob o Prisma Jurídico*. Revista de Direito Econômico – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, n°23. abril/junho de 1996.

FTC – Federal Trade Commission. *Statement of the Federal Trade Commission's – Bureau of Competition on Negotiating Merger Remedies*, disponível em <<http://www.ftc.gov.br/bestpractices>>, acessado em 04.09.2008.

_____. *Frequently Asked Questions About Merger Consent Order Provisions*, disponível em <<http://www.ftc.gov.br/merger>>, acessado em 04.09.2008.

ICN – International Competition Network. *Cartel Settlements, Cartel Working Group – Subgroup 1 – General Legal Framework*. Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, April 2008, disponível em <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org>>, acessado em 15.07.09.

_____. *Anti-Cartel Enforcement Manual, Cartel Working Group – Subgroup 2 – Enforcement Techniques, Chapter 2, Drafting and Implementing an Effective Leniency Program*, April 2006, disponível em <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org>>, acessado em 07.08.09.

MALONE, Farrell e SIDAK, Gregory. *Should Antitrust Consent Decrees Regulate Post-Merger Pricing?* Journal of Competition Law and Economics, Oxford University Press: 2007.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque, *Serviço Portuário e Concorrência: Equilíbrio Competitivo entre o Regime Público e o Privado*. Artigo não publicado.

MATTOS, César. *O Compromisso de Cessação de Práticas Anticompetitivas no CADE: Uma Abordagem da Teoria dos Jogos*. Revista do IBRAC. Volume 4, número 4, abril/1997.

MESQUITA JR., S dio Rosa de. *Do Compromisso de Cessação e Suspensão do Processo*. Revista de Direito Econômico CADE – Brasília, disponível em <<http://www.cade.gov.br/publica es/revistadedireitoeconomico>>, acessado em 01.10.2008.

NASCIMENTO, Cynthia e KLAJMIC, Magali. *Compromisso de Desempenho: Uma Abordagem Introdutória*. Revista de Direito Econômico CADE – Brasília – jan./jul. 1997, disponível em <<http://www.cade.gov.br/institucional/publica es/revistadedireitoeconomico>>, acessado em 01.10.2008.

OECD – Organization for Economic Co-operation and Development. OECD Policy Roundtables Guidance to Business Monopolisation and Abuse of Dominance, 2007. Disponível em <<http://www.oecd.org/dataoecd/50/33/40880976.pdf>>, acessado em 12.08.09.

RODAS, João Grandino. *Reformar a Lei Antitruste?* O Estado de S. Paulo em 08.06.2009 p. A2 Espaço Aberto.

ROSA, José Del Chiaro Ferreira e SCHUARTZ, Luiz Fernando. Mercado Relevante e Defesa da Concorrência: *Separata da Revista de Direito Econômico do Ministério da Justiça*. outubro/dezembro de 1995. Brasília: 1995.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Globalização e Teoria Jurídica do Conhecimento Econômico*, Direito Global – Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira (Coordenadores) – SBDP. Max Limonad: 1999.

SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. *A Política de “Combate” a Cartéis*. O Estado de S. Paulo em 19.08.2008. p. A2 Espaço Aberto.

SANTACRUZ, Ruy. Momento de Notificação de um Ato de Concentração. *Revista de Direito Econômico – Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Brasília: 1995.

TEUBNER, Gunther, NOBLES, Richard e SCHIFF, David (eds.). Chapter 19. The Autonomy Of Law: An Introduction to Legal Autopoiesis. Jurisprudence, Butterworth, London: 2003

TURRA, Leonardo Canabrava. *Do Compromisso de Cessação de Prática no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Considerações sobre a sua Natureza Jurídica, Compulsoriedade de Celebração pela Administração Pública e Questões de Direito Intertemporal*. Revista do IBRAC. Volume 13, número 2. São Paulo: 2006.

WILS, Wouter P.J. *The modernisation of the enforcement of articles 81 and 82 EC: a legal and economic analysis of the commission’s proposal for a new council regulation replacing regulation nº17*. International Antitrust Law & Policy, Fordham Corporate Law Institute. Barry E. Hawk (editor) Júris Publishing, Inc.: 2001.

INSTRUMENTOS JURÍDICOS PESQUISADOS

Disponíveis em <<http://www.cade.gov.br/processual>>, acessado em 27.07.2009.

Medidas Cautelares

Partes	Nº Processo
KS Pistões Ltda.	<u>08700.000502/2007-30</u>
Secretaria de Acompanhamento Econômico/MF, Secretária de Direito Econômico	<u>08700.001507/2007-80</u>

Acordos de Preservação de Reversibilidade de Operação

Partes	Nº Processo
AIR Liquide Brasil Ltda, White Martins Gases Industriais Ltda.	<u>08012.011196/2005-53</u>
Compagnie de Saint-Gobain, Owens Corning	<u>08012.001885/2007-11</u>
Dana Corporation, MAHLE GmbH	<u>08012.011518/2006-45</u>
Braskem S.A., Petróleo Brasileiro S/A.	<u>08012.002813/2007-91</u>
Refinaria de Petróleo Ipiranga S.A., Ultrapar Participações S.A.	<u>08012.002816/2007-25</u>
Braskem S.A., Petróleo Brasileiro S/A. - Petrobras, Refinaria de Petróleo Ipiranga S.A., Ultrapar Participações S.A.	<u>08012.002818/2007-14</u>
Petróleo Brasileiro S/A. - Petrobras, Refinaria de Petróleo Ipiranga S.A.	<u>08012.002820/2007-93</u>
Leão Júnior S/A., Recofarma Indústria do Amazonas Ltda.	<u>08012.001383/2007-91</u>
GTI S/A., VRG Linhas Aéreas S/A	<u>08012.003267/2007-14</u>
General Motors Corporation, Hughes Electronics Corporation, The News Corporation Limited	<u>53500.002423/2003</u>
Companhia de Bebidas das Americas - AmBev, José de Sousa Cintra	<u>08012.003302/2007-97</u>

Globo Comunicações e Participações S/A., The DIRECTV Group, Inc, The News Corporation Limited	<u>53500.029160/2004</u>
Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S.A., Brasil Telecom S/A., Invitel S.A., Telemar Norte Leste S.A. "OI"	<u>53500.012477/2008</u>
Banco de Investimentos Credit Suisse (Brasil) S.A., Brasil Telecom S/A., Invitel S.A., Telemar Norte Leste S/A.	<u>08012.005789/2008-23</u>

Termos de Compromisso de Desempenho

Partes	Nº Processo
Companhia Bahiana de Fibras, Du Pont do Brasil S/A.	<u>0145/1997</u>
Jovita Indústria e Comércio Ltda, Melitta do Brasil Indústria e Comércio Ltda.	<u>0056/1995</u>
Bayer S.A., Companhia Nitro Química Brasil Ltda.	<u>0022/1995</u>
Internet Digital Boulevard S/C Ltda, Terra Networks Brasil S.A.	<u>08012.004818/2000-82</u>
Companhia Vale do Rio Doce, Valepar S/A.	<u>0155/1997</u>
K e S Aquisições Ltda., Kolynos do Brasil S.A.	<u>0027/1995</u>
CARFEPE S.A. Administradora e Participadora, Santista Alimentos S.A.	<u>0025/1995</u>
Crown Química S.A., Grace Produtos Químicos e Plásticos Ltda.	<u>0024/1995</u>
Carbex Indústrias Reunidas S.A., Helios S.A. Indústria e Comércio.	<u>0013/1994</u>
Fosfértil - Fertilizantes Fosfatados S.A., Ultrafértil S.A. Indústria e Comércio de fertilizantes	<u>0002/1994</u>
Amadeus Global Travel Distribution S/A., Transbrasil S/A., Varig S/A.	<u>08012.008101/1999-79</u>

CTBC Celular S/A., Net Site S/A.	<u>08012.006688/2001-01</u>
Companhia Brasileira de Bebidas, Pepsico, Inc	<u>08012.000212/2002-30</u>
Axalto Holding N.V., Gemplus International S.A.	<u>08012.011178/2005-71</u>
COPEL - Companhia Petroquímica do Sul, OPP Petroquímica S.A., Petroquímica Triunfo S.A., Polioléfinas S.A.	<u>0054/1995</u>
Alcan Alumínio do Brasil S.A., FICAP S.A.	<u>0018/1994</u>
Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	<u>0058/1995</u>
Alcan Alumínio do Brasil S.A., Alumínio Penedo Ltda., PANEX S.A. Indústria e Comércio	<u>0079/1996</u>
S.A. White Martins, Unigases Comercial Ltda.	<u>0078/1996</u>
ELETROLUX Ltda., Kaspar e Agres Oberdofer, Oberdorfer S.A.	<u>0062/1995</u>
Dow Produtos Químicos Ltda., Hoechst Marion Roussel, Laboratórios Silva Araújo Roussel S.A.	<u>0047/1995</u>
Ripasa S/A Celulose e Papel, Suzano Bahia Sul Papel e Celulose S/A.	<u>08012.010195/2004-19</u>
Ripasa S/A. Celulose e Papel, Votorantim Celulose e Papel S/A.	<u>08012.010192/2004-77</u>
AIR Liquide Brasil Ltda., White Martins Gases Industriais Ltda.	<u>08012.011196/2005-53</u>
Companhia Siderúrgica Belgo Mineira, Siderúrgica Dedini S.A.	<u>0014/1994</u>
Ajinomoto Co. Inc., Oriente Indústria e Comércio S.A	<u>0019/1994</u>
Albarus S.A. Indústria e Comércio, Rockwell do Brasil S/A. e Albarus S/A. Indústria e Comércio	<u>0026/1995</u>
Net Serviços de Comunicações S.A., Vivax S/A.	<u>53500.029599/2006</u>
Dana Corporation, MAHLE GmbH	<u>08012.011518/2006-45</u>
ALL - América Latina Logística S/A., Brasil	<u>08012.005747/2006-21</u>

Ferrovias S.A., Novoeste Brasil S.A.

Agricur Defensivos Agrícolas Ltda., Agripec

08012.002148/2008-17

Química e Farmacêutica S/A., Arysta Lifescience
do Brasil Indústria Química e Agropecuária Ltda.,

Atta Kill Indústria e Comércio de Defensivos Agrícolas
Ltda., Basf S.A., Bayer S.A., Bernardo Química S.A.,
Bio Soja Indústrias Químicas e Biológicas Ltda.,
Cheminova Brasil Ltda., Chemtura Indústria Química
do Brasil Ltda., Cropchem Ltda., Dinagro Agripecuária
Ltda., Dow Agrosiences Industrial Ltda., Du Pont do
Brasil S.A., DVA Agro do Brasil - Comércio, Importação
e Exportação de Insumos Agropecuários Ltda., Fênix
Agro-Pecus Industrial Ltda., FMC Química do Brasil
Ltda., HELM do Brasil Mercantil Ltda., Iharabras S/A.
Indústrias Químicas, Microquímica Indústria Química
Ltda., Milenia Agrociências S.A., NTX Participações
Ltda., Oxiquímica Agrociência Ltda., Prentiss Química
Ltda., PRTrade Tecnologia e Indústria Química e
Farmacêutica Ltda., Rotam do Brasil Agroquímica e
Produtos Agrícolas Ltda., Samaritá Indústria e
Comércio Ltda., Sipcam Isagro Brasil S.A., Sumitomo
Chemical do Brasil Representações Ltda., Syngenta
Proteção de Cultivos Ltda.

Medidas Preventivas

Foram analisados os documentos disponíveis no site da Secretaria de Direito Econômico, nos anos de 2004 a 2009. Disponíveis em <<http://www.mj.gov.br/defesadaconcorrencia/conductasanticompetitivas/medidaspreventivas>>. Acessado em 07.08.09.

Termos de Compromisso de Cessaçã

Partes

Nº Processo

Bridgestone Corporation

08700.001882/2008-19

Airline Tariff Publishing Company ("ATPCO"),
SDE "Ex Offício"

08012.002028/2002-24

Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A –
Embratel, Telecomunicações de São Paulo S/A –
TELESP

53500.002284/2001

Construtora Norberto Odebrecht S/A

08700.005216/2007-61

Embratel Participações S/A, Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP	<u>53500.002286/2001</u>
Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel, Telecomunicações de São Paulo S/A – TELESP	<u>53500.005770/2002</u>
One World Interactive do Brasil S/C, Telecomunicações de São Paulo S.A - TELESP	<u>08012.007667/2004-48</u>
Ultrafértil S.A. Indústria e Comércio de fertilizantes, Votufértil Fertilizantes S.A.	<u>08000.016384/1994-11</u>
Campos Verdes Distribuidora e Transportadora Ltda., Liquid Carbonic Indústrias S/A, White Martins Gases Industriais S/A	<u>08000.020849/1996-18</u>
Philip Moris Brasil S/A, Philip Morris Brasil S/A, Souza Cruz S/A	<u>08012.003303/1998-25</u>
614 TVC S/A e outras, Associação Neo TV, Globo Comunicações e Participações S/A, Globosat Programadora Ltda.	<u>08012.003048/2001-31</u>
Listel - Listas Telefônicas S/A, Telelistas (Região 1) Ltda, Telemar Norte Leste S/A	<u>08700.003431/2001-31</u>
Becton e Dickinson Ind. Cirúrgicas Ltda., Labnew Ind. e Com Ltda.	<u>0049/1992</u>
Lafarge Brasil S/A	<u>08700.004221/2007-56</u>
Amaro Ricardo Queiroz Roderio (Franco Fabril Alimentos Ltda), Antônio Sebastião Domingos Neto (Indústria e Comércio de Carnes Minerva Ltda), Artemio Listoni (Friboi Ltda), Bertin Ltda, Brasboi - Bom Charque Indústria e Comércio Ltda, Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural da Câmara dos Deputados, Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA, Djalma Gonzaga de Oliveira (Frigol Comercial Ltda), Etivaldo Vadão Gomes (Estrela DOeste Ltda), Fabio Martins Guerra Nunes Dias (Marfrig Frigoríficos e Comércio de Alimentos Ltda), Fernando Antônio Bertin (Bertin Ltda), Francisco Renato Pereira da Silva (Estrela DOeste Ltda), Franz Rogério Pansani (Franco Fabril Alimentos Ltda), Friboi Ltda., Frigoalta Pádua Diniz Alimentos Ltda., Frigorífico Boifran -	<u>08012.002493/2005-16</u>

ELDORADO, Frigorífico Mata Boi S/A, Ibar Villela de Queiroz (Indústria e Comércio de Carnes Minerva Ltda), Independência Alimentos Ltda., Indústria e Comércio de Carnes Minerva Ltda., José Antônio de Lima (Bertin Ltda), Marfrig Ltda., Murilo Lemos Dorázio (Frigorífico Mataboi S/A), Wesley Mendonça Batista (Friboi Ltda)

Libra Terminais S/A-T-37, Marimex-Despachos, Transportes e Serviços Ltda, Rio Cubatão Logística Portuária Ltda, Tecondi-Terminal de Contêineres da Margem Direita S.A.

08012.006805/2004-71

Alcan Embalagens do Brasil Ltda, Marco Antonio Ferraroli dos Santos

08700.005281/2007-96

Braco S/A, Cervejarias Kaiser Brasil Ltda, Companhia Cervejaria Brahma, Companhia Antartica Paulista Indústria Brasileira, Companhia Antartica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A - ECAP, Fundação Antonio e Helena Zerrenner - Instituição Nacional de Beneficência

08012.005846/1999-12

Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes, Votufertil Fertilizantes S.A.

08000.016384/1994-11

ANEXO I

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

LEI Nº 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994.

Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

TÍTULO I

Das Disposições Gerais

CAPÍTULO I

Da Finalidade

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

CAPÍTULO II

Da Territorialidade

Art. 2º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

§ 1º Reputa-se domiciliada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

TÍTULO II

Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

CAPÍTULO I

Da Autarquia

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

CAPÍTULO II

Da Composição do Conselho

Art. 4º O Plenário do Cade é composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

§ 1º O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de dois anos, permitida uma recondução.

§ 2º Os cargos de Presidente e de Conselheiro são de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas.

§ 3º No caso de renúncia, morte ou perda de mandato do Presidente do Cade, assumirá o Conselheiro mais antigo ou o mais idoso, nessa ordem, até nova nomeação, sem prejuízo de suas atribuições.

§ 4º No caso de renúncia, morte ou perda de mandato de Conselheiro, proceder-se-á a nova nomeação, para completar o mandato do substituído.

§ 5º Se, nas hipóteses previstas no parágrafo anterior, ou no caso de encerramento de mandato dos Conselheiros, a composição do Conselho ficar reduzida a número inferior ao estabelecido no art. 49, considerar-se-ão automaticamente interrompidos os prazos previstos nos arts. 28, 31, 32, 33, 35, 37, 39, 42, 45, 46, parágrafo único, 52, § 2º, e 54, §§ 4º, 6º, 7º e 10, desta Lei, e suspensa a tramitação de processos, iniciando-se a nova contagem imediatamente após a recomposição do quorum. (Incluído pela Lei nº 9.470, de 10.7.97)

Art. 5º A perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do Cade só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a Lei nº

8.112, de 11 de dezembro de 1990 e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 6º.

Parágrafo único. Também perderá o mandato, automaticamente, o membro do Cade que faltar a três reuniões ordinárias consecutivas, ou vinte intercaladas, ressalvados os afastamentos temporários autorizados pelo Colegiado.

Art. 6º Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado:

I - receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas;

II - exercer profissão liberal;

III - participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie;

IV - emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa;

V - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério;

VI - exercer atividade político-partidária.

CAPÍTULO III

Da Competência do Plenário do Cade

Art. 7º Compete ao Plenário do Cade:

I - zelar pela observância desta lei e seu regulamento e do Regimento Interno do Conselho;

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

III - decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça;

IV - decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE;

V - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;

VI - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho, bem como determinar à SDE que fiscalize seu cumprimento;

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

VIII - intimar os interessados de suas decisões;

IX - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

X - requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei;

XI - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta lei;

XII - apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso;

XIII - requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, nos termos desta lei;

XIV - requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal;

XV - determinar à Procuradoria do Cade a adoção de providências administrativas e judiciais;

XVI - firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais;

XVII - responder a consultas sobre matéria de sua competência;

XVIII - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;

XIX - elaborar e aprovar seu regimento interno dispondo sobre seu funcionamento, na forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos, inclusive estabelecendo férias coletivas do Colegiado e do Procurador-Geral, durante o qual não correrão os prazos processuais nem aquele referido no § 6º do art. 54 desta lei. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

XX - propor a estrutura do quadro de pessoal da autarquia, observado o disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal;

XXI - elaborar proposta orçamentária nos termos desta lei.

XXII - indicar o substituto eventual do Procurador-Geral nos casos de faltas, afastamento ou impedimento. (Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

CAPÍTULO IV

Da Competência do Presidente do Cade

Art. 8º Compete ao Presidente do Cade:

- I - representar legalmente a autarquia, em juízo e fora dele;
- II - presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário;
- III - distribuir os processos, por sorteio, nas reuniões do Plenário;
- IV - convocar as sessões e determinar a organização da respectiva pauta;
- V - cumprir e fazer cumprir as decisões do Cade;
- VI - determinar à Procuradoria as providências judiciais para execução das decisões e julgados da autarquia;
- VII - assinar os compromissos de cessação de infração da ordem econômica e os compromissos de desempenho;
- VIII - submeter à aprovação do Plenário a proposta orçamentária, e a lotação ideal do pessoal que prestará serviço à entidade;
- IX - orientar, coordenar e supervisionar as atividades administrativas da entidade.

CAPÍTULO V

Da Competência dos Conselheiros do Cade

Art. 9º Compete aos Conselheiros do Cade:

- I - emitir voto nos processos e questões submetidas ao Plenário;
- II - proferir despachos e lavrar as decisões nos processos em que forem relatores;
- III - submeter ao Plenário a requisição de informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidas sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;
- IV - adotar medidas preventivas fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento;

V - desincumbir-se das demais tarefas que lhes forem cometidas pelo regimento.

CAPÍTULO VI

Da Procuradoria do Cade

Art. 10. Junto ao Cade funcionará uma Procuradoria, com as seguintes atribuições:

I - prestar assessoria jurídica à autarquia e defendê-la em juízo;

II - promover a execução judicial das decisões e julgados da autarquia;

III - requerer, com autorização do Plenário, medidas judiciais visando à cessação de infrações da ordem econômica;

IV - promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Plenário do Cade, e ouvido o representante do Ministério Público Federal;

V - emitir parecer nos processos de competência do Cade;

VI - zelar pelo cumprimento desta lei;

VII - desincumbir-se das demais tarefas que lhe sejam atribuídas pelo Regimento Interno.

Art. 11. O Procurador-Geral será indicado pelo Ministro de Estado da Justiça e nomeado pelo Presidente da República, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento jurídico, depois de aprovado pelo Senado Federal.

§ 1º O Procurador-Geral participará das reuniões do Cade, sem direito a voto.

§ 2º Aplicam-se ao Procurador-Geral as mesmas normas de tempo de mandato, recondução, impedimentos, perda de mandato e substituição aplicáveis aos Conselheiros do Cade.

§ 3º Nos casos de faltas, afastamento temporário ou impedimento do Procurador-Geral, o Plenário indicará e o Presidente do Cade nomeará o substituto eventual, para atuar por prazo não superior a 90 (noventa) dias, dispensada a aprovação pelo Senado Federal, fazendo ele jus à remuneração do cargo enquanto durar a substituição. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

TÍTULO III

Do Ministério Público Federal Perante o Cade

Art. 12. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, officiar nos processos sujeitos à apreciação do Cade.

Parágrafo único. O Cade poderá requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a adoção de medidas judiciais, no exercício da atribuição estabelecida pela alínea b do inciso XIV do art. 6º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

TÍTULO IV

Da Secretaria de Direito Econômico

Art. 13. A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), com a estrutura que lhe confere a lei, será dirigida por um Secretário, indicado pelo Ministro de Estado de Justiça, dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico e ilibada reputação, nomeado pelo Presidente da República.

Art. 14. Compete à SDE:

I - zelar pelo cumprimento desta lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;

II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

III - proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo;

IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos das averiguações preliminares;

V - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

VI - instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica;

VII - recorrer de ofício ao Cade, quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo;

VIII - remeter ao Cade, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;

IX - celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação, submetendo-o ao Cade, e fiscalizar o seu cumprimento;

X - sugerir ao Cade condições para a celebração de compromisso de desempenho, e fiscalizar o seu cumprimento;

XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;

XII - receber e instruir os processos a serem julgados pelo Cade, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do Cade;

XIII - orientar os órgãos da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta lei;

XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;

XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão;

XVI - exercer outras atribuições previstas em lei.

TÍTULO V

Das Infrações da Ordem Econômica

CAPÍTULO I

Das Disposições Gerais

Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Art. 16. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

Art. 17. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando

houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Art. 19. A repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.

CAPÍTULO II

Das Infrações

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

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

XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;

XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;

XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

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

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

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

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

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

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

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

Art. 22. (Vetado).

Parágrafo único. (Vetado).

CAPÍTULO III

Das Penas

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

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

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. (Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

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

I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;

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

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Art. 25. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Plenário do Cade determinando sua cessação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previstos nesta lei, o responsável fica sujeito a multa diária de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente, podendo ser aumentada em até vinte vezes se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da infração.

Art. 26. A recusa, omissão, enganosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo Cade, SDE, Seae, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta lei, constitui infração punível com multa diária de 5.000 Ufirs, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

§ 1º O montante fixado para a multa diária de que trata o caput deste artigo constará do documento que contiver a requisição da autoridade competente. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 2º A multa prevista neste artigo será computada diariamente até o limite de noventa dias contados a partir da data fixada no documento a que se refere o parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 3º Compete à autoridade requisitante a aplicação da multa prevista no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 4º Responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata este artigo, a filial, sucursal, escritório ou estabelecimento, no País, de empresa estrangeira. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 5º A falta injustificada do representado ou de terceiros, quando intimados para prestar esclarecimentos orais, no curso de procedimento, de averiguações preliminares ou de processo administrativo, sujeitará o faltante à multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 10.700,00 (dez mil e setecentos reais), conforme sua situação econômica, que será aplicada mediante auto de infração pela autoridade requisitante. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

Art. 26-A. Impedir, obstruir ou de qualquer outra forma dificultar a realização de inspeção autorizada pela SDE ou SEAE no âmbito de averiguação preliminar, procedimento ou processo administrativo sujeitará o inspecionado ao pagamento de multa de R\$ 21.200,00 (vinte e um mil e duzentos reais) a R\$ 425.700,00 (quatrocentos e vinte e cinco mil e setecentos reais), conforme a situação econômica do infrator, mediante a lavratura de auto de infração pela Secretaria competente. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

Art. 27. Na aplicação das penas estabelecidas nesta lei serão levados em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator;

VIII - a reincidência.

CAPÍTULO IV

Da Prescrição

Art. 28. Prescrevem em cinco anos as infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. (Artigo revogado pela Lei nº 9.873, de 23.11.99)

§ 1º Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração de infração contra a ordem econômica.

§ 2º Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou de desempenho.

CAPÍTULO V

Do Direito de Ação

Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

TÍTULO VI

Do Processo Administrativo

CAPÍTULO I

Das Averiguações Preliminares

Art. 30. A SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo. (Redação dada Pela Lei 10.149, de 21.12.2000)

§ 1º Nas averiguações preliminares, o Secretário da SDE poderá adotar quaisquer das providências previstas nos arts. 35, 35-A e 35-B, inclusive requerer esclarecimentos do representado ou de terceiros, por escrito ou pessoalmente. (Redação dada Pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 2º A representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, independe de averiguações preliminares, instaurando-se desde logo o processo administrativo.

§ 3º As averiguações preliminares poderão correr sob sigilo, no interesse das investigações, a critério do Secretário da SDE. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

Art. 31. Concluídas, dentro de sessenta dias, as averiguações preliminares, o Secretário da SDE determinará a instauração do processo administrativo ou o seu arquivamento, recorrendo de ofício ao Cade neste último caso.

CAPÍTULO II

Da Instauração e Instrução do Processo Administrativo

Art. 32. O processo administrativo será instaurado em prazo não superior a oito dias, contado do conhecimento do fato, da representação, ou do encerramento das averiguações preliminares, por despacho fundamentado do Secretário da SDE, que especificará os fatos a serem apurados.

Art. 33. O representado será notificado para apresentar defesa no prazo de quinze dias.

§ 1º A notificação inicial conterá inteiro teor do despacho de instauração do processo administrativo e da representação, se for o caso.

§ 2º A notificação inicial do representado será feita pelo correio, com aviso de recebimento em nome próprio, ou, não tendo êxito a notificação postal, por edital publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação no Estado em que resida ou tenha sede, contando-se os prazos da juntada do Aviso de Recebimento, ou da publicação, conforme o caso.

§ 3º A intimação dos demais atos processuais será feita mediante publicação no Diário Oficial da União, da qual deverão constar o nome do representado e de seu advogado.

§ 4º O representado poderá acompanhar o processo administrativo por seu titular e seus diretores ou gerentes, ou por advogado legalmente habilitado, assegurando-se-lhes amplo acesso ao processo na SDE e no Cade.

Art. 34. Considerar-se-á revel o representado que, notificado, não apresentar defesa no prazo legal, incorrendo em confissão quanto à matéria de fato, contra ele correndo os demais prazos, independentemente de notificação. Qualquer que seja a fase em que se encontre o processo, nele poderá intervir o revel, sem direito à repetição de qualquer ato já praticado.

Art. 35. Decorrido o prazo de apresentação da defesa, a SDE determinará a realização de diligências e a produção de provas de interesse da Secretaria, a serem apresentadas no prazo de quinze dias, sendo-lhe facultado exercer os

poderes de instrução previstos nesta Lei, mantendo-se o sigilo legal quando for o caso. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 1º As diligências e provas determinadas pelo Secretário da SDE, inclusive inquirição de testemunhas, serão concluídas no prazo de quarenta e cinco dias, prorrogável por igual período em caso de justificada necessidade. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 2º Respeitado o objeto de averiguação preliminar, de procedimento ou de processo administrativo, compete ao Secretário da SDE autorizar, mediante despacho fundamentado, a realização de inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, notificando-se a inspecionada com pelo menos vinte e quatro horas de antecedência, não podendo a diligência ter início antes das seis ou após às dezoito horas. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 3º Na hipótese do parágrafo anterior, poderão ser inspecionados estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos. (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

Art. 35-A. A Advocacia-Geral da União, por solicitação da SDE, poderá requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse da instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal. (Artigo incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 1º No curso de procedimento administrativo destinado a instruir representação a ser encaminhada à SDE, poderá a SEAE exercer, no que couber, as competências previstas no *caput* deste artigo e no art. 35 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 2º O procedimento administrativo de que trata o parágrafo anterior poderá correr sob sigilo, no interesse das investigações, a critério da SEAE. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

I - a identificação dos demais co-autores da infração; e (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 2º O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

II - a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 3º O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 4º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

II - nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 5º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais co-autores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das

multas de que trata o art. 23 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 6º Serão estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas nos incisos II a IV do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 8º Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

Art. 36. As autoridades federais, os direitos de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista e federais são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo Cade ou SDE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência.

Art. 37. O representado apresentará as provas de seu interesse no prazo máximo de quarenta e cinco dias contado da apresentação da defesa, podendo apresentar novos documentos a qualquer momento, antes de encerrada a instrução processual.

Parágrafo único. O representado poderá requerer ao Secretário da SDE que designe dia, hora e local para oitiva de testemunhas, em número não superior a três.

Art. 38. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda será informada por ofício da instauração do processo administrativo para, querendo, emitir parecer sobre as matérias de sua especialização, o qual deverá ser apresentado antes do encerramento da instrução processual. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

Art. 39. Concluída a instrução processual, o representado será notificado para apresentar alegações finais, no prazo de cinco dias, após o que o Secretário de Direito Econômico, em relatório circunstanciado, decidirá pela remessa dos autos ao Cade para julgamento, ou pelo seu arquivamento, recorrendo de ofício ao Cade nesta última hipótese.

Art. 40. As averiguações preliminares e o processo administrativo devem ser conduzidos e concluídos com a maior brevidade compatível com o esclarecimento dos fatos, nisso se esmerando o Secretário da SDE, e os membros do Cade, assim como os servidores e funcionários desses órgãos, sob pena de promoção da respectiva responsabilidade.

Art. 41. Das decisões do Secretário da SDE não caberá recurso ao superior hierárquico.

CAPÍTULO III

Do Julgamento do Processo Administrativo pelo Cade

Art. 42. Recebido o processo, o Presidente do Cade o distribuirá, mediante sorteio, ao Conselheiro-Relator, que abrirá vistas à Procuradoria para manifestar-se no prazo de vinte dias. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

Art. 43. O Conselheiro-Relator poderá determinar a realização de diligências complementares ou requerer novas informações, na forma do art. 35, bem como facultar à parte a produção de novas provas, quando entender insuficientes para a formação de sua convicção os elementos existentes nos autos.

Art. 44. A convite do Presidente, por indicação do Relator, qualquer pessoa poderá apresentar esclarecimento ao Cade, a propósito de assuntos que estejam em pauta.

Art. 45. No ato do julgamento em plenário, de cuja data serão intimadas as partes com antecedência mínima de cinco dias, o Procurador-Geral e o

representado ou seu advogado terão, respectivamente, direito à palavra por quinze minutos cada um.

Art. 46. A decisão do Cade, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterá:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso anterior;

III - multa estipulada;

IV - multa diária em caso de continuidade da infração.

Parágrafo único. A decisão do Cade será publicada dentro de cinco dias no Diário Oficial da União.

Art. 47. O Cade fiscalizará o cumprimento de suas decisões. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

Art. 48. Descumprida a decisão, no todo ou em parte, será o fato comunicado ao Presidente do Cade, que determinará ao Procurador-Geral que providencie sua execução judicial.

Art. 49. As decisões do Cade serão tomadas por maioria absoluta, com a presença mínima de cinco membros.

Art. 50. As decisões do Cade não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

Art. 51. O Regulamento e o Regimento Interno do Cade disporão de forma complementar sobre o processo administrativo.

CAPÍTULO IV

Da Medida Preventiva e da Ordem de Cessação

Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

§ 1º Na medida preventiva, o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente

possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 25.

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

CAPÍTULO V

Do Compromisso de Cessação

Art. 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos: (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

I - a especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I, II, III ou VIII do caput do art. 21 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 3º A celebração do termo de compromisso poderá ser proposta até o início da sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 4º O termo de compromisso constitui título exclusivo extrajudicial. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 5º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado se atendidas todas as condições estabelecidas no termo. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 6º A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 5º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 7º Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 8º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

§ 9º O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração do termo de compromisso de cessação. (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

TÍTULO VII

Das Formas de Controle

CAPÍTULO I

Do Controle de Atos e Contratos

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 4º Os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

§ 6º Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do Cade, que deliberará no prazo de sessenta dias. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo Cade no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

§ 8º Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo Cade, SDE ou SPE.

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão desociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que

elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

§ 10. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados.

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

Art. 56. As Juntas Comerciais ou órgãos correspondentes nos Estados não poderão arquivar quaisquer atos relativos à constituição, transformação, fusão, incorporação ou agrupamento de empresas, bem como quaisquer alterações, nos respectivos atos constitutivos, sem que dos mesmos conste:

- I - a declaração precisa e detalhada do seu objeto;
- II - o capital de cada sócio e a forma e prazo de sua realização;
- III - o nome por extenso e qualificação de cada um dos sócios acionistas;
- IV - o local da sede e respectivo endereço, inclusive das filiais declaradas;
- V - os nomes dos diretores por extenso e respectiva qualificação;
- VI - o prazo de duração da sociedade;
- VII - o número, espécie e valor das ações.

Art. 57. Nos instrumentos de distrato, além da declaração da importância repartida entre os sócios e a referência à pessoa ou pessoas que assumirem o ativo e passivo da empresa, deverão ser indicados os motivos da dissolução.

CAPÍTULO II

Do Compromisso de Desempenho

Art. 58. O Plenário do Cade definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo. (Vide Lei nº 9.873, de 23.11.99)

§ 1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

§ 2º Deverão constar dos compromissos de desempenho metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos, cujo cumprimento será acompanhado pela SDE.

§ 3º O descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará a revogação da aprovação do Cade, na forma do art. 55, e a abertura de processo administrativo para adoção das medidas cabíveis.

CAPÍTULO III

Da Consulta

Art. 59. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

TÍTULO VIII

Da Execução Judicial das Decisões do Cade

CAPÍTULO I

Do Processo

Art. 60. A decisão do Plenário do Cade, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial.

Art. 61. A execução que tenha por objeto exclusivamente a cobrança de multa pecuniárias será feita de acordo com o disposto na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

Art. 62. Na execução que tenha por objeto, além da cobrança de multa, o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos somente será admissível se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo das multas.

Art. 63. A execução será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.

Art. 64. A execução das decisões do Cade será promovida na Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do executado, à escolha do Cade.

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

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

Art. 67. No cálculo do valor da multa diária pela continuidade da infração, tomar-se-á como termo inicial a data final fixada pelo Cade para a adoção voluntária das providências contidas em sua decisão, e como termo final o dia do seu efetivo cumprimento.

Art. 68. O processo de execução das decisões do Cade terá preferência sobre as demais espécies de ação, exceto habeas corpus e mandado de segurança.

CAPÍTULO II

Da Intervenção Judicial

Art. 69. O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor.

Parágrafo único. A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado.

Art. 70. Se, dentro de quarenta e oito horas, o executado impugnar o interventor por motivo de inaptidão ou inidoneidade, feita a prova da alegação em três dias, o Juiz decidirá em igual prazo.

Art. 71. Sendo a impugnação julgada procedente, o Juiz nomeará novo interventor no prazo de cinco dias.

Art. 72. A intervenção poderá ser revogada antes do prazo estabelecido, desde que comprovado o cumprimento integral da obrigação que a determinou.

Art. 73. A intervenção judicial deverá restringir-se aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar, e terá duração máxima de cento e oitenta dias, ficando o interventor responsável por suas ações e omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade.

§ 1º Aplica-se ao interventor, no que couber, o disposto nos arts. 153 a 159 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

§ 2º A remuneração do interventor será arbitrada pelo Juiz, que poderá substituí-lo a qualquer tempo, sendo obrigatória a substituição quando incorrer em

insolvência civil, quando for sujeito passivo ou ativo de qualquer forma de corrupção ou prevaricação, ou infringir quaisquer de seus deveres.

Art. 74. O Juiz poderá afastar de suas funções os responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor. A substituição dar-se-á na forma estabelecida no contrato social da empresa.

§ 1º Se, apesar das providências previstas no caput, um ou mais responsáveis pela administração da empresa persistirem em obstar a ação do interventor, o Juiz procederá na forma do disposto no § 2º.

§ 2º Se a maioria dos responsáveis pela administração da empresa recusar colaboração ao interventor, o Juiz determinará que este assumirá a administração total da empresa.

Art. 75. Compete ao interventor:

I - praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à execução;

II - denunciar ao Juiz quaisquer irregularidades praticadas pelos responsáveis pela empresa e das quais venha a ter conhecimento;

III - apresentar ao Juiz relatório mensal de suas atividades.

Art. 76. As despesas resultantes da intervenção correrão por conta do executado contra quem ela tiver sido decretada.

Art. 77. Decorrido o prazo da intervenção, o interventor apresentará ao Juiz Federal relatório circunstanciado de sua gestão, propondo a extinção e o arquivamento do processo ou pedindo a prorrogação do prazo na hipótese de não ter sido possível cumprir integralmente a decisão exequenda.

Art. 78. Todo aquele que se opuser ou obstaculizar a intervenção ou, cessada esta, praticar quaisquer atos que direta ou indiretamente anulem seus efeitos, no todo ou em parte, ou desobedecer a ordens legais do interventor será, conforme o caso, responsabilizado criminalmente por resistência, desobediência ou coação no curso do processo, na forma dos arts. 329, 330 e 344 do Código Penal.

TÍTULO IX

Das Disposições Finais e Transitórias

Art. 79. (Vetado).

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 80. O cargo de Procurador do Cade é transformado em cargo de Procurador-Geral e transferido para a Autarquia ora criada juntamente com os cargos de Presidente e Conselheiro.

Art. 81. O Poder Executivo, no prazo de sessenta dias, enviará ao Congresso Nacional projeto de lei dispondo sobre o quadro de pessoal permanente da nova Autarquia, bem como sobre a natureza e a remuneração dos cargos de Presidente, Conselheiro e Procurador-Geral do Cade.

§ 1º Enquanto o Cade não contar com quadro próprio de pessoal, as cessões temporárias de servidores para a Autarquia serão feitas independentemente de cargos ou funções comissionados, e sem prejuízo dos vencimentos e demais vantagens asseguradas aos que se encontram na origem, inclusive para representar judicialmente a Autarquia.

§ 2º O Presidente do Cade elaborará e submeterá ao Plenário, para aprovação, a relação dos servidores a serem requisitados para servir à Autarquia, os quais poderão ser colocados à disposição da SDE.

Art. 81-A. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE poderá efetuar, nos termos do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, e observado o disposto na Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, contratação por tempo determinado, pelo prazo de 12 (doze) meses, do pessoal técnico imprescindível ao exercício de suas competências institucionais, limitando-se ao número de 30 (trinta). (Incluído pela Lei nº 10.843, de 2004) (Vide Lei nº 11.292, de 2006)

Parágrafo único. A contratação referida no **caput** poderá ser prorrogada, desde que sua duração total não ultrapasse o prazo de 24 (vinte e quatro) meses, ficando limitada sua vigência, em qualquer caso, a 31 de dezembro de 2005, e dar-se-á mediante processo seletivo simplificado, compreendendo, obrigatoriamente, prova escrita e, facultativamente, análise de **curriculum vitae**, sem prejuízo de outras modalidades que, a critério do CADE, venham a ser exigidas. (Incluído pela Lei nº 10.843, de 2004)

Art. 82. (Vetado).

Art. 83. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta lei as disposições do Código de Processo Civil e das Leis nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Art. 84. O valor das multas previstas nesta lei será convertido em moeda corrente na data do efetivo pagamento e recolhido ao Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Art. 85. O inciso VII do art. 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 4º

.....

VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.

....."

Art. 86. O art. 312 do Código de Processo Penal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria."

Art. 87. O art. 39 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se-lhe os seguintes incisos:

"Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

.....

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

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

Art. 88. O art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação e a inclusão de novo inciso:

"Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

.....

V - por infração da ordem econômica."

Parágrafo único. O inciso II do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 passa a ter a seguinte redação:

"Art.5º

.....

II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

.....":

Art. 89. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.

Art. 90. Ficam interrompidos os prazos relativos aos processos de consulta formulados com base no art. 74 da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, com a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, aplicando-se aos mesmos o disposto no Título VII, Capítulo I, desta lei.

Art. 91. O disposto nesta lei não se aplica aos casos de dumping e subsídios de que tratam os Acordos Relativos à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, promulgados pelos Decretos nº 93.941 e nº 93.962, de 16 e 22 de janeiro de 1987, respectivamente.

Art. 92. Revogam-se as disposições em contrário, assim como as Leis nºs 4.137, de 10 de setembro de 1962, 8.158, de 8 de janeiro de 1991, e 8.002, de 14 de março de 1990, mantido o disposto no art. 36 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994.

Art. 93. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de junho de 1994; 173º da Independência e 106º da República.

ITAMAR FRANCO

Alexandre de Paula Dupeyrat Martins

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 13.6.1994

ANEXO II**RESOLUÇÃO Nº 45, DE 28 DE MARÇO DE 2007.****REGIMENTO INTERNO**

(Texto consolidado em 13 de maio de 2009)

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE

O Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no uso de suas atribuições, resolve aprovar o seguinte Regimento Interno:

PARTE I**DA COMPOSIÇÃO, ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA****TÍTULO I****DO CONSELHO****CAPÍTULO I****DA COMPOSIÇÃO E DA ORGANIZAÇÃO**

Art. 1º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão julgante com sede e foro no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, transformado em autarquia federal e regido pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, vinculado ao Ministério da Justiça – MJ, tem por finalidade prevenir e reprimir as infrações à ordem econômica.

Art. 2º O Plenário do CADE é composto por 01 (um) Presidente e 06 (seis) Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.

§ 1º O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de 02 (dois) anos, permitida uma recondução.

§ 2º Os cargos de Presidente e de Conselheiro são de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas.

Art. 3º A perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do CADE só poderá ocorrer nas hipóteses previstas no art. 5º da Lei nº 8.884/94.

Art. 4º Se, havendo renúncia, morte ou perda de mandato de Conselheiro ou no caso de encerramento dos respectivos mandatos, a composição do Conselho ficar reduzida a número inferior ao estabelecido em lei, considerar-se-ão automaticamente interrompidos os prazos processuais e suspensa à tramitação

de processos, iniciando-se a nova contagem imediatamente após a recomposição do quorum.

Art. 5º Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado, além das hipóteses contidas no art. 6º da Lei nº 8.884/94, exercer suas funções e atribuições, quando verificada qualquer das hipóteses de impedimento ou de suspeição de parcialidade previstas nos art.s 134 e 135, do Código de Processo Civil.

Art. 6º A ordem de antigüidade dos Conselheiros, para sua colocação nas sessões e substituições, será regulada na seguinte forma: I – pela posse; II – pela nomeação; III – pela idade. Parágrafo único. Para efeitos do caput, será considerada a data de posse para o primeiro mandato, salvo se ocorrida mais de dois anos antes da do segundo.

Art. 7º Havendo, dentre os Conselheiros, cônjuges, parentes consangüíneos ou afins, em linha reta ou em terceiro grau da linha colateral, o primeiro que conhecer da causa, por meio de qualquer manifestação nos autos, impede que o outro participe do julgamento.

Art. 8º As audiências concedidas pelo Presidente, pelos Conselheiros e pelo Procurador-Geral às partes e a seus representantes ou advogados, bem como ao público em geral serão registradas, indicando-se a data, o local, o horário, o assunto e os participantes, bem como serão divulgadas no sítio do CADE.

Parágrafo único. Ficará a critério das autoridades referidas no caput, determinar tempo, modo e participantes da audiência.

CAPÍTULO II

DO PLENÁRIO

Art. 9º Ao Plenário do CADE, além das competências expressamente previstas no art. 7º da Lei nº 8.884/94, compete ainda:

I - uniformizar, por maioria absoluta, a jurisprudência administrativa mediante a emissão de enunciados que serão numerados em ordem crescente e publicados por três vezes no Diário Oficial da União, constituindo-se na Súmula do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE;

II – regular, por meio de Resolução, o funcionamento da Revista de Direito da Concorrência.

CAPÍTULO III

DO PRESIDENTE

SEÇÃO I

DAS ATRIBUIÇÕES

Art. 10. Compete ao Presidente do CADE, além daquelas estabelecidas pelo art. 8º da Lei nº 8.884/94:

I - indicar, como membro nato, os componentes do Comitê Editorial da Revista de Direito da Concorrência;

II – decidir questões de ordem administrativa, submetendo-as ao Plenário do CADE quando entender necessário;

III – ordenar e presidir o procedimento de Execução, decidindo, inclusive, eventuais incidentes;

IV– dar posse aos funcionários do CADE;

V – deferir pedido de férias, licenças e afastamentos eventuais dos Conselheiros e do Procurador-Geral;

VI – superintender a ordem e a disciplina do CADE, bem como aplicar, com base nas conclusões da Comissão de Sindicância por ele designada, penalidades aos seus servidores;

VII – apresentar ao Plenário do CADE relatório circunstanciado dos trabalhos do ano;

VIII – fazer cumprir este Regimento Interno.

SEÇÃO II

DA LICENÇA, DA SUBSTITUIÇÃO E DA VACÂNCIA

Art. 11. No caso de renúncia, morte ou perda de mandato do Presidente do CADE, bem como de impedimento, suspeição, licença, férias e ausências eventuais, assumirá o Conselheiro mais antigo, obedecida a ordem de antigüidade, estabelecida no art. 6º deste Regimento, até nova nomeação, sem prejuízo de suas atribuições.

CAPÍTULO IV

DOS CONSELHEIROS

SEÇÃO I

DAS ATRIBUIÇÕES

Art. 12. Compete aos Conselheiros do CADE, além das atribuições previstas no art. 9º da Lei nº 8.884/94:

I - proferir despachos de mero expediente, que não necessitam de homologação do Plenário, e decisões, ad referendum do Plenário;

II – indicar, dentre os servidores lotados em seu Gabinete, 01 (um) servidor para qual serão delegadas atribuições de mero expediente e atos de ordem;

III - desincumbir-se das demais tarefas que lhes forem cometidas pelo Regimento.

SEÇÃO II

DO RELATOR

Art. 13. Será Relator o Conselheiro ao qual o procedimento for distribuído, livremente ou por prevenção, bem como aquele cujo voto se sagrar vencedor, quer em questão meritória, quer no acolhimento de preliminar ou prejudicial que ponha fim ao julgamento, sendo este, então, designado para lavrar o acórdão.

Parágrafo único. Em caso de ser vencido em parte o Relator, o Plenário designará o redator do acórdão.

Art. 14. São atribuições do Relator:

I – ordenar e presidir o procedimento;

II – determinar às autoridades administrativas providências relativas ao andamento e à instrução do procedimento, bem como à execução de seus despachos;

III – submeter ao Plenário do CADE, questões de ordem para o bom andamento dos feitos;

IV – submeter ao Plenário do CADE medidas cautelares;

V – requisitar os autos originais, quando necessário;

VI – solicitar inclusão em pauta para julgamento dos feitos que lhe couberem por distribuição;

VII – decidir o pedido de sigilo e confidencialidade e determinar sua autuação em autos apartados, quando necessário;

VIII – apresentar em mesa para julgamento os feitos que independem de pauta;

X – redigir o acórdão; exceto na hipótese do art. 16, II c/c art. 13, ambos deste Regimento;

X – negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente, ou quando for evidente a incompetência do CADE, ad referendum do Plenário;

XI – praticar os demais atos que lhe incumbam ou sejam facultados em lei e neste Regimento Interno.

SEÇÃO III

DAS LICENÇAS, DAS SUBSTITUIÇÕES E DAS VACÂNCIAS

Art. 15. Na hipótese de vacância de mais de um cargo, o novo Conselheiro será lotado em Gabinete selecionado por sorteio público, tornando-se sucessor dos processos ali eventualmente existentes.

Parágrafo único. Havendo mais de um novo Conselheiro a ser lotado, observarse-á na realização do sorteio, a ordem de antigüidade prevista neste Regimento.

Art. 16. O Conselheiro-Relator será substituído:

I - no caso de ausências ou obstáculos eventuais, bem como nos casos de licenças médicas, férias ou ausências justificadas, somente em se cogitando da adoção de medidas urgentes, pelo Conselheiro seguinte na ordem de antigüidade regimental, prevista no art. 6º deste diploma;

II - quando vencido no julgamento, pelo Conselheiro designado para lavrar o acórdão;

III - em caso de ausência por mais de trinta dias, mediante redistribuição, com oportuna compensação;

IV - quando do término de seu mandato, pelo decurso do prazo ou por perda legal, ou quando a vacância decorrer de renúncia ou morte:

a) pelo Conselheiro que preencher sua vaga no Conselho;

b) ou pelo Conselheiro que tiver proferido o primeiro voto vencedor, convergente com o do Relator, para lavrar ou assinar os acórdãos dos julgamentos anteriores à abertura da vaga.

TÍTULO II

DA PROCURADORIA DO CADE

CAPÍTULO I

DAS ATRIBUIÇÕES

Art. 17. À Procuradoria do CADE compete, além das atribuições previstas no art. 10 da Lei nº 8.884/94:

I - assistir o Presidente no controle interno da legalidade dos atos administrativos;

II – pronunciar-se em processos de natureza disciplinar e sobre as questões jurídicas referentes a licitações e contratos;

III – manifestar-se sobre os atos normativos do CADE;

IV – representar judicialmente os ocupantes de cargos e funções de direção, com referência a atos praticados no exercício de suas atribuições institucionais e legais, nos termos da lei;

V – apurar a liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança;

VI – elaborar relatórios gerenciais de suas atividades;

VII – desincumbir-se das demais tarefas que lhe sejam atribuídas por este Regimento Interno.

CAPÍTULO II

DO PROCURADOR-GERAL

SEÇÃO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 18. As licenças, assim como as férias, serão requeridas pelo Procurador-Geral à Presidência, por escrito, com a indicação do prazo e do dia do início, bem como com a sugestão de seu substituto.

Art. 19. O Procurador-Geral poderá delegar aos Procuradores do CADE a prática de atos que sejam de sua competência, nos termos do art. 12, da Lei nº 9.784/99.

Art. 20. Aplicam-se aos Procuradores do CADE, inclusive ao Procurador-Geral, os motivos de impedimento e suspeição aplicáveis aos Conselheiros do CADE.

SEÇÃO II

DAS ATRIBUIÇÕES

Art. 21. Ao Procurador-Geral compete:

I – dirigir, orientar e coordenar as atividades da Procuradoria, bem como exercer a supervisão de suas unidades;

II – receber as citações, intimações e notificações judiciais de interesse do CADE;

III – supervisionar os atos, pareceres e peças judiciais elaborados pelos Procuradores;

IV – assessorar juridicamente o Presidente e qualquer unidade administrativa do Conselho;

V – propor ao Conselho providências de ordem jurídica que pareçam reclamadas pelo interesse público, inclusive medidas judiciais e ações civis públicas;

VI – articular-se com os demais órgãos do Conselho visando ao cumprimento das competências da Procuradoria;

VII – elaborar relatório anual das atividades da Procuradoria;

VIII – sugerir ao Plenário o nome do seu substituto nos casos de licença e férias.

PARTE II

DO PROCEDIMENTO

TÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

CAPÍTULO I

DO PROTOCOLO, DO REGISTRO E DA CLASSIFICAÇÃO DOS FEITOS

Art. 22. Os procedimentos serão protocolados, registrados e autuados na Unidade de Protocolo do CADE, no dia do seu recebimento, correndo dessa data o prazo para o seu respectivo julgamento.

Art. 23. São considerados, para efeitos deste Regimento, como procedimento:

I – o Acordo de Leniência (AL);

II - o Ato de Concentração (AC);

III – o Auto de Infração (AI);

IV – a Consulta (Co);

V - a Medida Cautelar (MC);

VI – a Medida Preventiva (MP);

VII – o Processo Administrativo (PA);

VIII – o Recurso Voluntário (RV);

IX – a Averiguação Preliminar (AP);

X – a Restauração de Autos (RA).

Art. 24. O Presidente do CADE resolverá as dúvidas relativas à classificação dos procedimentos e correspondências, observando-se as seguintes normas:

I – os expedientes que não tenham classificação específica, nem sejam acessórios ou incidentes, serão incluídos na classe Petição (Pet), se contiverem requerimento, ou na classe Comunicação (Com), em qualquer outro caso;

II – não se altera a classe do procedimento pela interposição de Embargos de Declaração (EDcl), de Impugnação do Auto de Infração (ImpAI) e da Reapreciação (Reap).

CAPÍTULO II

DA DISTRIBUIÇÃO

Art. 25. Os procedimentos no âmbito do CADE serão distribuídos segundo a ordem de apresentação dos feitos.

Art. 26 - O Presidente, em audiência pública, preferencialmente às quartas-feiras, fará a distribuição, por sorteio, observado o princípio da equanimidade; podendo a mesma ocorrer, ainda, extraordinariamente, por sua convocação.

Art. 27. Far-se-á a distribuição entre todos os Conselheiros, inclusive os licenciados por até trinta dias.

§ 1º Em caso de impedimento do Relator, será feito novo sorteio, compensando-se a distribuição.

§ 2º Haverá também compensação se o processo for distribuído, por prevenção, a determinado Conselheiro.

§ 3º Se o Relator estiver afastado, nas hipóteses do art. 16, IV, deste Regimento, ou houver cumprido seu mandato, a prevenção será do Conselheiro que vier a substituí-lo na vaga.

§ 4º O Conselheiro que estiver no final de mandato será excluído da distribuição, a requerimento seu, durante os 30 (trinta) dias que antecederem a vacância. Se ocorrer desistência do pedido, proceder-se-á à compensação.

§ 5º Vencido o Relator, a prevenção para os incidentes e recursos posteriores referir-se-á ao Conselheiro designado para lavrar o acórdão.

§ 6º A prevenção, se não for reconhecida, de ofício ou por provocação da Procuradoria, deverá ser argüida por qualquer das partes, em até 10 (dez) dias de sua distribuição, sob pena de preclusão.

Art. 28. Nos casos de afastamento do Conselheiro, proceder-se-á da seguinte forma: I - se o afastamento for por prazo não superior a 30 (trinta) dias, poderão ser redistribuídas, com oportuna compensação, as medidas de natureza urgente, assim consideradas aquelas que reclamem solução imediata, devendo o pedido ser formulado pelo interessado e dirigido ao Presidente do CADE, com fundada alegação do motivo; II - se o afastamento for por prazo superior a 30 (trinta) dias,

será suspensa a distribuição ao Conselheiro afastado e os processos a seu cargo serão redistribuídos, com oportuna compensação.

Art. 29. No caso de término do mandato do Conselheiro, sem recondução imediata ou indicação de outro, a redistribuição dos procedimentos obedecerá o seguinte critério:

I – os Atos de Concentração cujos originais, com pareceres da SDE e da SEAE, estejam no CADE, serão redistribuídos na primeira sessão de distribuição após o término do mandato;

II - as demais espécies de procedimentos, se não houver recondução ou posse de novo Conselheiro em até 30 (trinta) dias da vacância, serão redistribuídos na primeira sessão de distribuição, com a oportuna compensação.

Art. 30. A distribuição do Recurso Voluntário em Medida Preventiva aplicada pelo Secretário de Direito Econômico, pela ANATEL ou por outra autoridade competente, bem como os Compromissos de Cessação submetidos à ratificação adotados ou celebrados pela SDE, ANATEL ou qualquer outra autoridade competente, torna preventa a competência do Relator para todos os procedimentos posteriores, assim como as Medidas Preventivas por ele adotadas.

Art. 31. Os Embargos Declaratórios terão como Relator o Conselheiro que redigiu o acórdão embargado.

Art. 32. O prolator da decisão impugnada no Auto de Infração será, se mantida, o Relator da Impugnação, com direito a voto.

CAPÍTULO III

DOS ATOS E DAS FORMALIDADES

SEÇÃO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 33. O funcionamento do CADE para o público dar-se-á, anualmente, no período de 07 (sete) de janeiro a 19 (dezenove) de dezembro.

Parágrafo único. As férias coletivas do Colegiado serão do dia 20 (vinte) de dezembro a 06 (seis) de janeiro.

Art. 34. As atividades do CADE serão suspensas nos feriados oficiais, nas férias coletivas e nos dias em que se determinar como sendo facultativo, sem expediente.

§ 1º Nas hipóteses previstas neste artigo, poderá o Presidente do CADE ou seu substituto legal decidir as medidas de natureza urgente, devendo o pedido ser formulado pelo interessado e a ele dirigido.

§ 2º Os Conselheiros indicarão seu endereço para eventual convocação durante as férias para efeito da referida substituição legal.

Art. 35. O requerimento de vista dos autos, em qualquer procedimento, inclusive para fins de cópia e consulta, será feita por escrito e dirigida à autoridade competente e será cumprido na Unidade de Andamento Processual, observada a confidencialidade se determinada, não podendo os autos serem retirados do CADE.

§ 1º O requerimento de vista relativo à informações, documentos, objetos e correspondências será examinado após a juntada destes nos autos.

§ 2º O Presidente, o Relator ou o servidor designado, nos termos do art. 12, inciso II, deste Regimento, verificará a oportunidade do requerimento e estabelecerá o prazo, podendo, ainda, havendo justo motivo, indeferi-lo.

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.

Art. 37. As procurações e os documentos que formalizam o Ato de Concentração, bem como outros documentos a critério do Presidente ou do Conselheiro-Relator, deverão ser apresentados ao CADE no original ou em cópia autenticada por cartório oficial.

§ 1º As cópias dos demais documentos poderão ser autenticadas pelo próprio advogado da parte que o apresentar, mediante declaração no verso de tratar-se de cópia fiel ao original, sob sua responsabilidade pessoal.

§ 2º O Relator ou o Presidente, no que lhe couber, poderão requisitar, a qualquer tempo, a apresentação do documento original, fixando prazo para cumprimento.

Art. 38. Em caso de transmissão de peças ou documentos por fac-símile ou outro meio que vier a ser regulamentado pela Presidência do CADE, o peticionário se responsabilizará pela qualidade e fidelidade do material transmitido, bem como pela confirmação do seu efetivo recebimento pela Unidade de Protocolo do CADE, devendo juntar o original no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de ser considerado intempestivo.

Art. 39. A unidade monetária a ser utilizada em qualquer informação prestada ao CADE será o real (R\$), devendo o informante indicar, quando for o caso, a taxa de câmbio utilizada, o critério de escolha e o período de referência.

Art. 40. Só poderá ser juntado aos autos documento redigido em língua estrangeira quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado ou cujo teor for autenticado pelo próprio advogado da parte que o apresentar, mediante declaração no verso de tratar-se de versão fidedigna, sob sua responsabilidade pessoal.

§ 1º Caso a tradução apresentada não seja a juramentada, o Relator ou o Presidente, nos casos em que lhe couber, poderão requisitar, a qualquer tempo, a apresentação de tradução juramentada do documento redigido em língua estrangeira, fixando prazo para cumprimento.

§ 2º Desde que devidamente justificado pelo interessado e autorizado pelo Relator ou pelo Presidente, no que lhe couber, a tradução poderá ser apresentada em data posterior à da juntada do documento em língua estrangeira, a ser fixada pela autoridade competente.

§ 3º Constatada falsidade nas informações prestadas ou contidas nos documentos apresentados ao CADE, inclusive nas traduções, poderá o Plenário, por proposição do Relator, rever a aprovação do ato, nos termos do art. 55 da Lei nº 8.884/94, sem prejuízo de aplicação da multa prevista nos arts. 16 e seguintes do Código de Processo Civil, bem como da adoção de outras medidas previstas em lei.

§ 4º A critério do Relator poderá ser dispensada a apresentação da tradução de documentos.

SEÇÃO II

DA CONFIDENCIALIDADE

SUBSEÇÃO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 41. Aos autos, informações, dados, correspondências, objetos e documentos de interesse de qualquer das diversas espécies de procedimento administrativo, serão conferidos, no CADE, os seguintes tratamentos:

I - público, quando puderem ser acessados por qualquer pessoa;

II - confidencial, quando seu acesso for restrito à parte que os apresentou e aos seus advogados, ao Presidente, aos Conselheiros, aos Procuradores e aos servidores expressamente autorizados, nos termos do art. 12, II, deste Regimento.

Parágrafo único. Será lavrado, quando determinado, na hipótese do inciso II, termo de compromisso a ser assinado pelo servidor autorizado, respondendo o mesmo por sua violação, administrativa, civil e penalmente, na forma da lei.

Art. 42. Aos documentos, objetos e informações que forem tomados como prova emprestada de processo judicial, será dado o tratamento que for determinado pelo Juízo que o presidir.

Art. 43. O Presidente, os Conselheiros e o Procurador-Geral poderão solicitar a qualquer autoridade administrativa, no interesse da Administração, informações

sobre a situação econômica ou financeira do requerente ou representado, bem como sobre a natureza e o estado de seus negócios.

Parágrafo único. O intercâmbio de informação sigilosa será feito mediante entrega pessoal à autoridade solicitante, por recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

SUBSEÇÃO II

DO PEDIDO DE CONFIDENCIALIDADE

Art. 44. A critério do Relator ou do Presidente, conforme o caso e no interesse da instrução processual, de ofício ou mediante requerimento do interessado, poderá ser deferido tratamento confidencial de autos, documentos, objetos, dados e informações, que forem relacionados a:

I - escrituração mercantil;

II - situação econômico-financeira de empresa;

III – sigilo fiscal ou bancário;

IV - segredos de empresa;

V - processo produtivo e segredos de indústria, notadamente processos industriais e fórmulas relativas à fabricação de produtos;

VI - faturamento do requerente ou do grupo a que pertença;

VII - data, valor da operação e forma de pagamento;

VIII - documentos que formalizam o ato de concentração notificado;

IX - último relatório anual elaborado para os acionistas ou quotistas, exceto quando o documento tiver caráter público;

X - valor e quantidade das vendas e demonstrações financeiras;

XI - clientes e fornecedores;

XII - capacidade instalada;

XIII - custos de produção e despesas com pesquisa e desenvolvimento de novos produtos ou serviços;

XIV - outras hipóteses, a critério do Relator ou Presidente, distinguida a competência.

Art. 45. Não será deferido tratamento confidencial de informações e documentos por parte do CADE quando:

I - notadamente tenham natureza pública em virtude de lei, inclusive em outras jurisdições, ou que forem de domínio público, no país ou no exterior;

II - em Processo Administrativo, a critério do Relator ou do Presidente, distinguida a competência, o tratamento confidencial das informações puder implicar cerceamento de defesa;

III - forem relacionados, dentre outras, às seguintes categorias de informações:

a) composição acionária e a identificação do respectivo controlador;

b) organização societária do grupo econômico de que faça parte;

c) estudos, pesquisas ou dados compilados por instituto, associação, sindicato ou qualquer outra entidade que congregue concorrentes, ressalvados aqueles encomendados individualmente ou com cláusula de sigilo;

d) linhas de produtos ou serviços ofertados;

e) dados de mercado relativos a terceiros;

f) quaisquer contratos celebrados por escritura pública ou arquivados perante notário público ou em junta comercial, no país ou no exterior; e

g) patrimoniais, financeiras e empresariais de companhias abertas, inclusive as estrangeiras, e suas subsidiárias integrais, que devam ser publicadas ou divulgadas em virtude da legislação societária ou do mercado de valores mobiliários.

Parágrafo único. O disposto na alínea “g”, do inciso III deste artigo aplica-se, no que couber, às companhias abertas exclusivamente por debêntures ou outra espécie de título ou valor mobiliário, bem como às sociedades equiparadas às companhias abertas e às sociedades controladas, direta ou indiretamente, por companhias abertas.

Art. 46. É ônus do interessado formular, destacadamente na primeira página do requerimento ou petição, de modo a facilitar sua visualização pela autoridade, solicitação de tratamento confidencial de informações, objetos ou documentos, indicando o dispositivo regimental autorizador do pedido.

§ 1º A confidencialidade será deferida ou indeferida por meio de decisão fundamentada.

§ 2º Deferida a confidencialidade total de documentos, objetos e informações, estes serão juntados em autos apartados, anotados com a expressão “CONFIDENCIAL”, devendo nos autos principais ser certificado o ocorrido, registrando-se o número de protocolo do pedido, a data e a hipótese regimental que se enquadra.

§ 3º No caso de informações confidenciais que constem do corpo de petição, manifestação, requerimento ou parecer, o interessado deverá apresentar:

I - uma versão integral, identificada na primeira página com o termo “VERSÃO CONFIDENCIAL”, que será autuada em apartado dos autos principais, no qual será certificado o ocorrido, após deferimento pelo Relator ou Presidente, e mantida confidencial até ulterior decisão; e

II - uma versão identificada na primeira página com o termo “VERSÃO PÚBLICA”, editada com marcas, rasuras ou supressões, de modo a se omitir estritamente os números, as palavras, ou quaisquer outros elementos reputados confidenciais, que será desde logo juntada aos autos principais.

Art. 47. A inobservância a qualquer determinação prevista nesta subseção, por parte do interessado, implicará a autuação de todas as informações, objetos e documentos, inclusive passíveis de receberem tratamento confidencial, nos autos principais, mantendo-os públicos.

SEÇÃO III

DA CIÊNCIA E DOS PRAZOS PROCESSUAIS

Art. 48. A intimação dos atos processuais, observados os requisitos do art. 26, § 1º, da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, será feita por qualquer meio que assegure a certeza da ciência do interessado, tais como via postal, com ou sem aviso de recebimento; telegrama, fac-símile e meio eletrônico; vista dos autos processuais; ciência aposta nos autos; certidão de servidor público atestando o recebimento de cópia do instrumento; publicação por edital em jornal de grande circulação na comarca onde o intimado tenha domicílio ou sede e pela publicação no Diário Oficial da União.

Art. 49. Nas publicações para fins de ciência e intimação constará além do nome das partes, o de seus advogados, observando-se, quando determinada, a confidencialidade.

§ 1º É suficiente a indicação do nome de um dos advogados, quando a parte houver constituído mais de um ou o constituído substabelecer a outro, com reserva de poderes.

§ 2º A empresa estrangeira, quando não tenha constituído advogado nos autos, será notificada ou intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, por sua filial, agência sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.

Art. 50. Os editais para publicação em jornais de grande circulação destinados à divulgação do ato processual obedecerão aos requisitos do Código de Processo Civil e poderão conter apenas um resumo do essencial à defesa ou à resposta.

Parágrafo único. O prazo para defesa ou resposta começará a fluir da data em que circular o jornal e nos termos em que determinado no edital.

Art. 51. Qualquer que seja a fase em que se encontre o procedimento, nele poderá intervir o revel, sem direito à repetição de qualquer ato já praticado.

Art. 52. A publicação da pauta de julgamento obedecerá ao prazo estabelecido no art. 45 da Lei nº 8.884/94.

Parágrafo único. Afixar-se-á cópia da pauta de julgamento em lugar acessível no lado externo da Unidade de Protocolo, bem como será disponibilizada sua cópia no sítio do CADE (www.cade.gov.br).

Art. 53. A publicação de intimação, a notificação ou a ciência, quando ocorrida nos feriados ou nas férias coletivas do Colegiado, terá sua contagem iniciada no primeiro dia útil subsequente ao referido período.

§ 1º No período de férias coletivas do Colegiado e do Procurador-Geral do CADE, não correm os prazos processuais, inclusive o do art. 54, § 6º, da Lei 8.884/94, devendo-se observar, quanto aos prazos já iniciados, o disposto no art. 179 do Código de Processo Civil (art. 7º, XIX, da Lei 8.884/94 c/c art. 179 do CPC c/c art. 83 da Lei 8.884/94).

§ 2º A apresentação dos Atos de Concentração a que se refere o § 4º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, não se suspende, nem se interrompe, exceto na hipótese do §5º, do art. 4º da Lei 8.884/94.

§ 3º O prazo para cumprimento das decisões do CADE, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, não se suspendem, nem se interrompem, em razão das férias coletivas do Colegiado e do Procurador-Geral (art. 60 da Lei 8.884/94).

Art. 54. O prazo legal ou o estabelecido pelo Relator ou Presidente é contínuo, não se interrompendo nos feriados.

Art. 55. Aplicam-se aos prazos as normas do Capítulo III do Título V, do Código de Processo Civil, em especial:

I - os prazos começam a correr a partir do primeiro dia útil subsequente à publicação no Diário Oficial da União ou da juntada do instrumento, do aviso ou do comprovante cumprido nos autos ou da ciência inequívoca do ato;

II – os prazos serão computados excluindo o primeiro dia e incluindo o do vencimento;

III – quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhe-ão computados em dobro os prazos processuais para se defender, recorrer e falar nos autos;

IV – não havendo preceito legal específico, nem fixação pela autoridade competente, será de 05 (cinco) dias o prazo para a prática do ato processual a cargo da parte;

V – a parte poderá renunciar ao prazo estabelecido exclusivamente em seu favor.

SEÇÃO IV

DAS SÚMULAS

Art. 56. A jurisprudência firmada pelo Plenário poderá ser compendiada na Súmula do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

§ 1º Qualquer Conselheiro poderá propor, em ofício enviado ao Presidente, o compêndio dos julgados concordantes em súmula.

§ 2º Será objeto de súmula os julgamentos de casos tomados pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Plenário em pelo menos 10 (dez) precedentes concordantes.

§ 3º O Presidente submeterá, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, à proposição em Plenário.

Art. 57. O Plenário, por maioria absoluta de seus membros, uniformizará a jurisprudência administrativa do CADE mediante a emissão de enunciados que serão datados e numerados em ordem crescente e publicados no Diário Oficial da União e disponibilizados no sítio do CADE (www.cade.gov.br).

Parágrafo único. Qualquer dos Conselheiros poderá propor a revisão da súmula, sendo que a alteração ou supressão dos enunciados dependerá de aprovação por maioria absoluta dos membros do Plenário, observado o procedimento previsto no art. 56 supra.

Art. 58. A citação da súmula pelo número correspondente dispensará, perante o Conselho, a referência a outros julgados no mesmo sentido.

SEÇÃO V

DA DIVULGAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA, DE PETIÇÕES, DE ESTUDOS E DE PARECERES

Art. 59. A jurisprudência do CADE será divulgada, além de outros meios, pelos seguintes veículos:

I – Diário Oficial da União;

II – e Internet, no sítio www.cade.gov.br/jurisprudencia.

Art. 60. O inteiro teor de petições, estudos e pareceres, de conteúdo jurídico ou econômico, apresentados em autos públicos de qualquer das diversas espécies de procedimentos administrativos de competência do CADE poderão, a critério do Presidente, ser divulgados no sítio do CADE (www.cade.gov.br), inclusive para fins do art. 31 da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, omitindo-se as informações confidenciais.

TÍTULO II
DO ANDAMENTO PROCEDIMENTAL
CAPÍTULO I
DO PARECER DA PROCURADORIA DO CADE

Art. 61. Recebido o Processo Administrativo no Gabinete, o Relator abrirá vista dos autos à Procuradoria do CADE para exarar parecer, no prazo legal de 20 (vinte) dias. § 1º Os demais procedimentos poderão ser encaminhados à Procuradoria do CADE, a critério do Presidente ou do Relator, para parecer, no prazo que assinalar. § 2º Constatado que a Procuradoria do CADE não emitiu o seu parecer no prazo, os autos serão imediatamente restituídos ao Relator e o Procurador-Geral o proferirá, oralmente, quando da sessão de julgamento.

CAPÍTULO II
DAS INFORMAÇÕES E DOS PODERES INSTRUTÓRIOS

Art. 62. A solicitação de informações adicionais deverá conter o prazo para resposta, sob as penas do art. 26 da Lei nº 8.884/94, e poderá ser feita por qualquer meio que assegure a certeza da ciência do interessado, tais como via postal, com aviso de recebimento, fac-símile, telegrama e meio eletrônico, com garantia de recebimento, devendo a Unidade de Andamento Processual ou o Gabinete registrar nos autos a emissão dos mesmos.

Parágrafo único. É permitida a resposta ao pedido de informações por qualquer meio eletrônico, com garantia de recebimento, ou pela utilização de fac-símile, devendo ser os originais entregues na Unidade de Protocolo do CADE, em até 05 (cinco) dias da data do recebimento deste.

Art. 63. A qualquer tempo, o Plenário ou o Relator, se houver, poderá requisitar cópias de documentos ou informações, de qualquer espécie de procedimento, à SDE, à SEAE ou à outro órgão.

Art. 64. O Presidente e os Conselheiros do CADE podem, ad referendum do Plenário, no interesse e âmbito da instrução de qualquer das diversas espécies de procedimentos administrativos de sua competência, requisitar:

I – documentos e informações de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

II – esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas; e

III – a realização, pela autoridade competente, de inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais,

computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos, bem como se fazer acompanhar de peritos e técnicos;

§ 1º Do documento de requisição deverá constar expressamente:

I - na hipótese do inciso I do caput, a discriminação precisa do objeto da requisição, o prazo para seu cumprimento e a advertência de que a recusa, omissão, enganosidade ou retardamento injustificado, no tempo e modo assinalados, constitui infração punível com multa diária, no valor fixado pela autoridade requisitante, nos termos do § 2º deste artigo e do art. 26, caput, da Lei nº 8.884/94, sem prejuízo das demais sanções civis e criminais cabíveis; e

II - na hipótese do inciso II do caput, o local e a data da audiência, bem como a advertência de que a falta injustificada sujeitará o faltante à multa fixada pela autoridade requisitante, nos termos do § 3º deste artigo e do art. 26, § 5º, da Lei nº 8.884/94, sem prejuízo das demais sanções civis e criminais cabíveis; e

§ 2º Os valores das multas e da multa diária deverão ser fixados desde logo no instrumento de requisição.

Art. 65. Os pedidos de reconsideração, prorrogação ou alteração de data e local, não suspendem o prazo para cumprimento das requisições de que trata o artigo anterior e a ausência de decisão a respeito não exime o requisitado de cumpri-las no tempo e modo assinalados.

TÍTULO III

DAS SESSÕES DE JULGAMENTO

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 66. Haverá sessão do Plenário do CADE nos dias previamente designados e, extraordinariamente, mediante convocação.

Art. 67. O Plenário do CADE reunir-se-á, em sessão ordinária pública, preferencialmente às quartas-feiras, iniciando-se logo após a sessão de distribuição prevista no art. 26 deste Regimento, com previsão de encerramento às 18 (dezoito) horas, podendo ser prorrogada dada à necessidade de cumprimento da pauta.

§ 1º Por provocação do Presidente ou por proposição da maioria de seus membros, o Plenário poderá reunir-se extraordinariamente.

§ 2º As sessões ordinárias e extraordinárias do Plenário do CADE poderão ser realizadas em qualquer dia da semana, desde que a data seja aprovada pela maioria dos membros do Plenário.

§ 3º Em caso de acúmulo de procedimentos pendentes de julgamento, poderá o Plenário, por proposta de seu Presidente, marcar o prosseguimento da sessão para o subsequente dia livre, considerando-se intimados os interessados, mediante o anúncio em sessão.

Art. 68. Nas sessões, o Presidente tem assento na parte central da mesa de julgamento, ficando o Procurador-Geral do CADE à sua direita e o Secretário da sessão à sua esquerda. Os demais Conselheiros sentar-se-ão, pela ordem de antigüidade, alternadamente, nos lugares laterais, a começar pela direita. O representante do Ministério Público Federal ocupará um lugar previamente designado.

Art. 69. As sessões e votações serão públicas, podendo o Plenário, se o interesse público exigir, limitar a presença em determinados atos às próprias partes e a seus advogados.

Art. 70. O Relator disponibilizará o inteiro teor do relatório quando da inclusão do procedimento em pauta para julgamento.

Art. 71. A tribuna será ocupada para formular requerimento, produzir sustentação oral, ou para responder às perguntas que lhes forem feitas pelos membros do Plenário.

§ 1º Aos advogados e ao representante legal da empresa é facultado requerer que conste de ata sua presença na sessão de julgamento, podendo prestar esclarecimentos em matéria de fato, quando assim o Plenário entender necessário.

§ 2º Desejando proferir sustentação oral, deverão os advogados, o representante legal da empresa ou quem a mesma conferir mandato com poderes específicos para tanto requerer, até o início da sessão, sua inscrição para fazê-lo, podendo ainda, requerer, no mesmo prazo, que seja o feito julgado prioritariamente, sem prejuízo das preferências regimentais.

§ 3º Quanto a eventual pedido de sustentação do terceiro interessado, aplica-se a regra do art. 36 deste Regimento.

Art. 72. Não haverá sustentação oral no julgamento do Acordo de Leniência, dos Embargos Declaratórios, da Medida Cautelar, da homologação da Medida Preventiva e da Restauração de Autos.

§ 1º Nos demais julgamentos, o Presidente do Plenário, feito o relatório ou acordada sua dispensa, dará a palavra, sucessivamente, pelo tempo máximo de 15 (quinze) minutos, ao Procurador-Geral do CADE e, sucessivamente, ao representante legal da empresa ou a quem a mesma conferir mandato com poderes específicos para tanto.

§ 2º Se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado ou por quem as mesmas conferirem mandato com poderes específicos para tanto, o

prazo será contado em dobro e dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente não o convencionarem.

§ 3º O terceiro interessado eventualmente autorizado a se pronunciar, nos termos do art. 36 deste Regimento, poderá fazê-lo antes das partes originárias e pelo mesmo tempo.

§ 4º O representante do Ministério Público Federal junto ao CADE, na função de fiscal da lei, poderá fazer uso da palavra, após o Procurador-Geral do CADE e as partes, por igual tempo regimental.

Art. 73. Havendo unanimidade nas conclusões dos pareceres técnicos e entendendo o Relator serem elas suficientes à formação do seu convencimento, fica-lhe facultado apresentar de forma sucinta o seu voto, com as razões de decidir.

Art. 74. Havendo necessidade de debates, após a leitura do voto, será aberta discussão pelo Presidente.

Parágrafo único. Durante os debates, poderão os julgadores pedir esclarecimentos ao Relator, às partes ou aos seus advogados, quando presentes, sobre fatos e circunstâncias pertinentes à matéria em debate, ou, ainda, pedir vista dos autos, caso em que o julgamento será suspenso. Surgindo questão nova, o Relator poderá pedir o adiamento do julgamento.

Art. 75. O julgamento, uma vez iniciado, poderá ultimar-se na mesma sessão, ainda que excedida a hora regimental.

CAPÍTULO II

DA ORDEM PROCEDIMENTAL

Art. 76. Nas sessões do Plenário poder-se-á observar a seguinte ordem, no que couber:

I - verificação do número de Conselheiros;

II - julgamento dos procedimentos, observados, pela ordem, os pedidos de vista, os adiados, os feitos em mesa e os pautados com prioridades;

III - indicações e propostas;

IV - leitura, discussão e aprovação da ata da sessão.

Parágrafo único. Independem de pauta para julgamento, sendo apresentados em mesa:

a) os Embargos de Declaração;

b) o Recurso Voluntário em Medida Preventiva;

c) o Termo de Compromisso de Desempenho.

Art. 77. Terão prioridade no julgamento pelo Plenário do CADE:

I – as Medidas Cautelares;

II – e os Atos de Concentração.

Art. 78. Os julgamentos a que a lei ou este Regimento não der prioridade serão realizados, quando possível, segundo a ordem de antigüidade dos feitos.

§ 1º A antigüidade apurar-se-á pela ordem de recebimento dos feitos na Unidade de Protocolo do CADE.

§ 2º O Presidente, todavia, consultados os membros do Plenário, poderá, verificada a relevância no julgamento de determinado procedimento, alterar a ordem de votação, inclusive no tocante aos procedimentos em mesa e às prioridades.

CAPÍTULO III

DOS VOTOS E DA PROCLAMAÇÃO DO JULGAMENTO

Art. 79. Nos termos da lei, o voto que entender pela existência de infração a ordem econômica deverá conter, em sua conclusão, explicitamente:

I – a multa estipulada e qual a forma do cálculo;

II - a multa diária em caso de continuidade da infração;

III – as sanções descritas no art. 24 da Lei nº 8.884/94; e

IV – o prazo para pagamento da multa e para cumprimento das demais obrigações determinadas.

Art. 80. Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator e dos demais Conselheiros que o seguirem na ordem decrescente de antigüidade.

Parágrafo único. Encerrada a votação, o Presidente proclamará a decisão.

Art. 81. O quórum mínimo de instalação da sessão é de cinco membros do Plenário.

§ 1º O quórum mínimo para julgamento é de cinco membros do Plenário aptos a votar.

§ 2º Havendo cinco membros do Plenário aptos a votar, a maioria absoluta será atingida pela convergência de três votos.

§ 3º Havendo seis ou sete membros do Plenário aptos a votar, a maioria absoluta será atingida pela convergência de quatro votos.

Art. 82. Se os votos forem divergentes, de modo a não haver maioria para qualquer solução, reabrir-se-ão os debates, colhendo-se novamente os votos.

§ 1º Se, em relação a uma única parte do pedido, não se puder formar a maioria, em virtude de divergência quantitativa, o Presidente disporá os diversos votos, com as quantidades que cada qual indicar, em ordem decrescente de grandeza, prevalecendo a quantidade que, com as que lhe forem superiores ou iguais, reunir votos em número suficiente para construir a maioria.

§ 2º Em havendo divergência qualitativa, o Presidente poderá adotar uma das seguintes providências, conforme recomendarem as circunstâncias: I - na hipótese de os votos se dividirem entre mais de duas interpretações, proceder-se-á a segunda votação, restrita à escolha de uma entre as duas interpretações anteriormente mais votadas; e/ou;

II - se na votação da questão global, insuscetível de decomposição, ou das questões distintas, três ou mais opiniões se formarem, serão as soluções votadas duas a duas, de tal forma que a vencedora será posta em votação com as restantes, até fixar, das duas últimas, a que constituirá a decisão.

Art. 83. O Presidente tem direito a voto nominal e, cumulativamente, ao de qualidade.

Parágrafo único. O voto de qualidade, quando proferido, será computado na totalização dos votos, além do voto nominal do Presidente.

Art. 84. É facultado ao Relator indicar por no máximo 02 (duas) sessões ordinárias, o adiamento do feito para julgamento, salvo permissão expressa do Plenário acerca de novos adiamentos.

Art. 85. O Plenário poderá converter, por proposição de qualquer dos seus membros, o julgamento em diligência, quando necessária à decisão da causa.

§ 1º Quando deferida a diligência pelo Plenário, vencido o Relator, os autos serão encaminhados ao Conselheiro que propôs a diligência que assinará, em conjunto com o Relator, relatório complementar.

§ 2º O Conselheiro que propôs as diligências complementares, deferidas pelo Plenário, lavrará voto vogal.

§ 3º Concluídas tais providências, os autos serão novamente pautados, bem como as partes devidamente intimadas para se manifestarem.

Art. 86. Nos julgamentos, o pedido de vista não impede que antecipem seus votos os membros do Plenário que se sintam habilitados a fazê-lo.

§ 1º O membro do Plenário que formular pedido de vista restituirá os autos, para julgamento, na sessão subsequente, salvo por anuência do Colegiado.

§ 2º No julgamento de Ato de Concentração, em razão do prazo estipulado pelo § 6º do art. 54 da Lei 8.884/94, poderá o Plenário determinar seja a vista dos autos feita em mesa, suspendendo-se o julgamento para o necessário exame.

§ 3º O julgamento que tiver sido iniciado prosseguirá, computando-se os votos já proferidos pelos Conselheiros, mesmo que não compareçam ou tenham terminado seu mandato, ainda que este seja o Relator.

§ 4º Excetua-se a regra do parágrafo anterior, quando fatos ou provas novos relevantes e capazes de, por si só, modificar significativamente o contexto decisório, supervenientes ao voto já proferido, vierem a integrar os autos. Competirá ao Conselheiro que estiver com vista dos autos relatar a questão de ordem surgida.

§ 5º Relatada a questão de ordem e exarado o voto pelo Conselheiro com vista dos autos, o Presidente colherá os demais votos dos integrantes do Plenário, que decidirá pela ocorrência ou não da exceção prevista no parágrafo 3º.

§ 6º Caso o Plenário decida, por maioria absoluta, excepcionalmente, pela insubsistência do voto anteriormente proferido, deverá votar o Conselheiro que substituiu aquele cujo mandato terminou, podendo ratificar ou não o voto anterior. Se o voto declarado insubsistente for do Conselheiro-Relator dos autos, estes deverão ser retirados de pauta para encaminhamento ao novo Conselheiro, para relatório e oportuna inclusão em pauta.

§ 7º Na hipótese de o voto anteriormente prolatado ser considerado subsistente, o Conselheiro que vier a substituir o Conselheiro cujo mandato terminou não votará.

Art. 87. Depois de proclamado o resultado pelo Presidente, os Conselheiros não poderão mais alterar o seu voto.

Art. 88. Os julgamentos do Plenário do CADE são decisões terminativas no âmbito do Poder Executivo, cabendo apenas a interposição de Embargos Declaratórios e de Reapreciação, nos termos e limites deste Regimento.

CAPÍTULO IV

DA EMENTA E DO ACÓRDÃO

Art. 89. Das decisões do Plenário do CADE serão lavrados acórdãos pelo Conselheiro-Relator, originário ou designado.

Art. 90. No caso de ausência por motivo relevante do Relator, originário ou designado, lavrará o acórdão o primeiro Conselheiro seguinte na ordem de antiguidade que o tiver acompanhado.

Art. 91. Em caso de conversão do julgamento em diligência será juntado apenas um extrato da ata, assinado pelo Coordenador-Geral de Andamento Processual e pelo Presidente, sendo desnecessária a lavratura de acórdão.

Art. 92. O acórdão reproduzirá os registros da sessão de julgamento e conterá:

I – a espécie de procedimento ou incidente;

II – o número de registro;

III – o nome das partes, seus representantes e advogados, observado o disposto no § 1º do art. 49, deste Regimento;

IV – o nome do Conselheiro-Relator originário e do designado, se houver;

V – a ementa;

VI – o nome do representante do Ministério Público Federal presente à sessão, se houver, bem como do Procurador-Geral do CADE;

VII – o nome dos Conselheiros que participaram do julgamento e quem o presidiu, bem como o nome daqueles ausentes ou impedidos;

VIII – a proclamação do resultado da decisão tomada pelo Plenário do CADE;

IX – o registro se esta decisão foi por unanimidade ou maioria e, no caso da segunda hipótese, quais os Conselheiros restaram vencidos;

X – e o local e data da sessão.

§ 1º Subscrevem o acórdão o Presidente da sessão e o Relator ou o Conselheiro designado para redigir o acórdão.

§ 2º Se o Presidente da sessão, por ausência ou outro motivo relevante, não puder assinar o acórdão, apenas o Relator o fará, mencionando-se, no local da assinatura do Presidente, este dispositivo.

Art. 93. O acórdão conterá ementa, devendo desta constar, de forma sintética, as principais matérias decididas no julgamento bem como a fundamentação adotada.

Art. 94. A ementa e o acórdão serão publicados no Diário Oficial da União e os julgados serão disponibilizados em seu inteiro teor na internet no sítio do CADE (www.cade.gov.br).

CAPÍTULO V

DAS DEGRAVAÇÕES

Art. 95. Em cada julgamento, a gravação eletrônica registrará a discussão e a votação, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas respostas, e

poderá, se necessária, ser degravada e juntada aos autos, a pedido do Relator ou pelo Presidente, com o acórdão, depois de revista e rubricada pelos Conselheiros e pelo Presidente, conforme o caso.

TÍTULO IV

DAS ESPÉCIES DE PROCEDIMENTO

CAPÍTULO I

DOS PROCEDIMENTOS ORDINÁRIOS

SEÇÃO I

DO ATO DE CONCENTRAÇÃO

Art. 96. O requerimento de aprovação dos atos a que se refere o art. 54 da Lei nº 8.884/94, deverá ser protocolado na Secretaria de Direito Econômico, em 03 (três) vias de idêntico teor, instruído com as informações e documentos indispensáveis à instauração do procedimento, conforme previsão regimental, além do comprovante de recolhimento da taxa processual prevista na Lei nº 9.781/99.

§ 1º O requerimento será apresentado, sempre que possível, em conjunto:

I – nas aquisições de controle, pelo adquirente e pela empresa-objeto;

II – nas fusões, pelas sociedades que se fusionam;

III – e nos demais casos, pelas partes contratantes.

§ 2º Os requerentes poderão solicitar a autuação de informações e documentos em autos apartados, visando a preservar confidencialidade em relação ao outro requerente, observados os preceitos dos arts. 44 e seguintes deste Regimento.

§ 3º Ao final do requerimento, bem como ao de toda e qualquer petição, deverão as requerentes declarar, sob as penas da lei, serem verdadeiras as informações prestadas e autênticos os documentos fornecidos.

§ 4º A falta ou o descumprimento dos requisitos previstos no caput deste artigo, bem como do artigo subsequente, poderá acarretar o não conhecimento do procedimento pelo Plenário do CADE.

Art. 97. O requerimento para autorização de ato ou contrato previsto no art. 54 da Lei nº 8.884/94 deverá ser acompanhado dos documentos e informações relacionadas no Anexo I da Resolução 15, de 19 de agosto de 1998.

Parágrafo único. Considerar-se-á cumprido o disposto no § 4º do art. 54 da Lei 8.884/94, quando preenchido integralmente o anexo de que trata o caput deste

artigo, devendo qualquer omissão, obrigatoriamente, ser acompanhada de justificativa circunstanciada.

Art. 98. Considerar-se-á como o momento da realização do ato, para fins de cumprimento no disposto nos §§ 4º e 5º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, a data da celebração do primeiro documento vinculativo.

Art. 99. Recebida da Secretaria de Direito Econômico uma das vias do requerimento protocolado pelas requerentes, proceder-se-á a distribuição, na primeira sessão de Distribuição posterior a protocolização.

Parágrafo único. Recebido o procedimento, o Relator, se entender necessário, convocará os representantes legais das requerentes para discutir a celebração de APRO ou poderá adotar Medida Cautelar.

Art. 100. Recebidos os autos originais devidamente instruídos e autuados, o Relator poderá abrir vista dos autos à Procuradoria do CADE para exarar parecer, no prazo que assinalar.

Art. 101. Necessitando, para formação de sua convicção, de instrução complementar, determinará o Relator as diligências cabíveis.

Parágrafo único. Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do procedimento.

SEÇÃO II

DA CONSULTA

Art. 102. Qualquer interessado, inclusive os órgãos públicos federais, estaduais, municipais e demais entidades públicas, poderá consultar o Plenário do CADE, em tese, sobre matérias de sua competência, nos termos do inciso XVII, do art. 7º da Lei nº 8.884/94 e deste Regimento.

Art. 103. As Consultas poderão versar sobre condutas, em tese ou em andamento, e atos ou contratos, apenas em tese, e a resposta às mesmas não gera, em nenhuma situação, autorização expressa do CADE para a prática ou concretização destes.

Parágrafo único. As respostas à Consulta não vinculam a decisão de qualquer outro procedimento.

Art. 104. A petição inicial da Consulta conterá:

I - a indicação de seu objeto e fundamentação jurídica;

II – a comprovação do legítimo interesse da consulente; e

III – a comprovação do recolhimento da Taxa Processual, nos termos do art. 6º da Lei nº 9.781/99.

§ 1º A falta de um destes requisitos, como condição de procedibilidade da consulta, poderá acarretar o não conhecimento do pedido pelo Relator, com seu conseqüente arquivamento, ad referendum do Plenário.

§ 2º A consulente deverá apresentar o pedido conforme o Anexo I da Resolução 18, de 25 de novembro de 1998, observando, quando cabível, o glossário contido no Anexo II da referida resolução.

Art. 105. São, também, requisitos para o conhecimento e processamento da Consulta que:

I – a consulente seja a autora da prática, na hipótese de prática em andamento;

II – tal prática em andamento não seja objeto de Averiguação Preliminar ou Processo Administrativo, em trâmite ou julgado;

III - a consulente possa ser considerada potencial participante direta de transação hipotética submetida à análise, nos casos de ato ou contrato em tese, e;

IV - o ato ou contrato objeto da consulta em tese não tenha sido realizado, não esteja na iminência de realizar-se ou, ainda, que não gerem ou possam gerar alterações nas relações de concorrência.

§ 1º Havendo qualquer indício de que a Consulta não se apresenta na versão “em tese”, mas sim de forma concreta, relativa a Ato de Concentração, e potencial ou real de infração à ordem econômica, relativa a Processo Administrativo, o Relator, no seu poder discricionário, remeterá, liminarmente, ad referendum do Plenário, por meio de decisão fundamentada, o pedido ao órgão competente, para as providências cabíveis.

§ 2º Tal decisão não constitui prova negativa contra a consulente, mas sim, prestação jurisdicional do Poder de Polícia da Administração.

Art. 106. A Consulta, quando deferido seu processamento, poderá seguir as normas procedimentais estabelecidas no art. 61 deste Regimento e será incluída em pauta para julgamento no prazo de 90 (noventa) dias, contados de sua protocolização no CADE.

Parágrafo único. Em qualquer fase da consulta, o Presidente, mediante indicação do Relator, poderá convidar a consulente a prestar esclarecimentos específicos perante o Plenário do CADE.

Art. 107. A resposta à Consulta sobre conduta e sobre atos e contratos poderá:

I - indicar a inexistência de infração à ordem econômica sobre a prática da conduta em tese ou em andamento, objeto da consulta.

II - caracterizar a conduta em tese como infração à ordem econômica.

III - indicar a existência de indícios de infração à ordem econômica na prática em andamento, determinando o envio dos autos à SDE/MJ, à ANATEL, ou a qualquer outro órgão competente para a instauração de Averiguação Preliminar ou Processo Administrativo, conforme o caso.

IV - indicar se o ato ou contrato em tese produz os efeitos previstos no caput do artigo 54, da Lei nº 8.884/94 e/ou preenche os requisitos de admissibilidade previsto no parágrafo terceiro do mesmo artigo.

V - emitir juízo sobre aspectos relevantes acerca do ato ou contrato em tese apresentado pela consulente.

VI - determinar outras providências que julgar necessárias.

Parágrafo único. Na hipótese de terem sido tomadas, pela SDE/MJ, pela ANATEL ou por qualquer outro órgão competente, as providências previstas no inciso III deste artigo, poderá ser firmado Termo de Compromisso de Cessação de prática, nos termos do artigo 53 da Lei 8.884/94.

CAPÍTULO II

DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

SEÇÃO I

DO AUTO DE INFRAÇÃO

Art. 108. Verificadas as infrações de que tratam o art. 26, caput e § 5º, da Lei nº 8.884/94, determinará o Relator ou o Presidente, conforme a competência, a lavratura de Auto de Infração que, autuado em apartado como “AI” juntamente com as cópias necessárias à comprovação da infração, constituirá em peça inaugural de procedimento sancionatório, sendo distribuído ao Conselheiro que determinou o ato.

Art. 109. Do Auto de Infração deverão constar, expressamente:

I - qualificação e endereço do autuado;

II - descrição objetiva da infração apurada;

III - indicação da disposição legal infringida;

IV - intimação para pagamento da multa ou impugnação do Auto de Infração;

V - indicação do prazo para pagamento da penalidade ou para defesa;

VI - indicação do número de registro dos autos em que as informações ou documentos foram requisitados, bem como do procedimento sancionatório a que o Auto de Infração deu início;

VII - advertência de que as intimações dos atos processuais serão efetivadas por meio do Diário Oficial da União;

VIII - advertência de que o débito apurado pelo descumprimento da multa poderá ser inscrito na Dívida Ativa do CADE;

IX - advertência de que a aplicação da multa não prejudica a obtenção das informações, documentos, esclarecimentos orais ou por outros meios coercitivos admitidos em direito, nem tampouco exime o faltante das responsabilidades civil e criminal decorrentes;

X - indicação do local e data da lavratura do Auto de Infração;

XI – e assinatura do Relator ou do Presidente, conforme a competência.

Art. 110. Do Auto de Infração deverão constar, ainda, expressamente:

I - no caso da infração prevista no art. 26, caput, da Lei nº 8.884/94:

a) especificação do valor da multa diária e do dia do início de sua contagem;

b) advertência de que a multa diária incidirá até o dia do efetivo cumprimento da requisição, inclusive, ou até o limite de 90 (noventa) dias;

c) informação de que o autuado pode, em 05 (cinco) dias, cumprir a requisição, isentando-se da pena, ou opor Impugnação ao Auto de Infração, com efeito suspensivo;

II – e no caso da infração prevista no art. 26, § 5º, da referida lei:

a) especificação do valor da multa;

b) prazo de 05 (cinco) dias para o pagamento;

c) informação de que o pagamento deve ser feito na forma definida pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos;

d) e informação de que o autuado pode, no prazo de pagamento, opor impugnação ao Auto de Infração, com efeito suspensivo.

Art. 111. O autuado poderá, no prazo de 05 (cinco) dias, contados da intimação da lavratura do Auto de Infração, opor impugnação, que será decidida pela própria autoridade requisitante. Parágrafo único. Verificada a intempestividade da Impugnação, o Relator, ad referendum do Plenário, indeferirá o seu processamento, não sendo esta passível de qualquer recurso ou reconsideração.

Art. 112. A Impugnação deverá ser protocolizada na Unidade de Protocolo do CADE, observada, quando enviada por via postal, a obrigatoriedade do aviso de recebimento e, quando utilizado o fac-símile, o disposto no art. 38 deste Regimento.

§ 1º O oferecimento da impugnação suspende a exigibilidade da multa e, no caso da infração do art. 26, caput, da Lei nº 8.884/94, suspende também a contagem dos dias para o cômputo da multa.

§ 2º Caso a impugnação seja julgada procedente pelo Plenário, o Auto de Infração tornar-se-á insubsistente.

§ 3º A partir da intimação da decisão da rejeição da impugnação pelo Plenário, retoma-se a exigibilidade da multa e, no caso da infração prevista no art. 26, caput, da Lei nº 8.884/94, retoma-se também a contagem dos dias para o cômputo da multa diária.

Art. 113. No caso de a impugnação ser julgada improcedente, no todo ou em parte, o autuado terá o prazo de 10 (dez) dias ou outro que o Relator vier a fixar, para pagamento da multa.

Parágrafo único. Não recolhida a multa no tempo e modo previstos, a autoridade remeterá os autos à Procuradoria do CADE para que providencie a inscrição do débito em Dívida Ativa, bem como promova as medidas judiciais e administrativas cabíveis.

Art. 114. No caso da infração prevista no art. 26, caput, da Lei nº 8.884/94:

I - a contagem dos dias para cômputo da multa diária flui a partir do primeiro dia útil subsequente ao término do prazo assinado no documento que contiver a requisição de informações ou documentos, até o dia do efetivo cumprimento da requisição, inclusive, ou, no máximo, 90 (noventa) dias;

II - o cumprimento da requisição, até o prazo para oferecimento da impugnação, extingue a punibilidade;

III – e o cumprimento da requisição após o prazo de impugnação ou seu não cumprimento até o 90º (nonagésimo) dia, obriga o compute do valor total da multa, com o pagamento após 24 (vinte e quatro) horas da efetiva intimação desta decisão.

Art. 115. O valor da multa será recolhido à conta do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos - FDD, na forma definida pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

Art. 116. Quitado o débito, o autuado deverá encaminhar, por meio de petição devidamente protocolizada junto à Unidade de Protocolo do CADE, o comprovante original de pagamento para juntada ao respectivo procedimento.

Parágrafo único. Devidamente conferido e informado pela Procuradoria do CADE, os autos serão conclusos para o Presidente para despacho de arquivamento.

Art. 117. A aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.884/94 não prejudica a obtenção das informações, documentos, esclarecimentos orais ou a realização de diligências por outros meios coercitivos admitidos em direito, nem tampouco exime o faltante das responsabilidades civil e criminal decorrentes.

SEÇÃO II

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Art. 118. Caberá Recurso Voluntário ao Plenário do CADE, com efeito meramente devolutivo, no prazo de 05 (cinco) dias, em face da decisão do Secretário de Direito Econômico, do Conselho Diretor da ANATEL, de Relator de Processo Administrativo ou de qualquer outro órgão competente, que aplicar a Medida Preventiva prevista no art. 52 da Lei nº 8.884/94.

Art. 119. O Recurso Voluntário será protocolizado no CADE, com os seguintes requisitos: I - a exposição do fato e do direito;

II - as razões do pedido de reforma da decisão;

III - a qualificação da recorrente, de seu representante legal e advogado, se houver, incluindo-se o endereço completo.

Art. 120. Exceto quando interposto de Medida Preventiva adotada pelo Relator, a petição do Recurso Voluntário será instruída:

I - obrigatoriamente, sob pena de indeferimento liminar, com as cópias da decisão recorrida que determinou a adoção da Medida Preventiva, da certidão da respectiva intimação e da procuração outorgada ao advogado da recorrente, se houver;

II - facultativamente, com outras peças que o recorrente entender úteis.

§ 1º O recurso deverá ser interposto por petição diretamente protocolizada na Unidade de Protocolo do CADE, no prazo previsto no art. 118 deste Regimento.

§ 2º O recurso interposto por meio de fac-símile será permitido, observado o disposto no parágrafo único do art. 38 deste Regimento.

§ 3º Interposto o Recurso Voluntário, o recorrente deverá, no prazo de 02 (dois) dias, dar ciência ao prolator da decisão recorrida, da existência deste, com a relação dos documentos que o instruem.

§ 4º Considerar-se-á prejudicado o Recurso Voluntário, caso o prolator da decisão recorrida revogue a Medida Preventiva adotada.

Art. 121. Compete ao Relator relatar, com voto, o Recurso Voluntário interposto da Medida Preventiva que tenha adotado.

Art. 122. Devidamente autuado e distribuído o Recurso Voluntário, o Relator poderá:

I - intimar qualquer interessado que possa ser afetado pelo provimento do recurso para, querendo, integrar a lide como litisconsorte passivo necessário;

II - solicitar informações ao Secretário de Direito Econômico, ao Conselho Diretor da ANATEL ou a qualquer outro órgão competente, para que se manifestem no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. A intimação a que se refere o inciso I será feita por publicação no Diário Oficial da União, com prazo de 10 (dez) dias para resposta e ingresso na lide.

Art. 123. O Relator, independentemente de pauta, levará em mesa o Recurso Voluntário para julgamento no Plenário.

SEÇÃO III

DA RESTAURAÇÃO DE AUTOS

Art. 124. Os autos originais de procedimentos, no âmbito do CADE, quando extraviados ou destruídos serão restaurados.

§ 1º Havendo autos suplementares, nestes prosseguirá o procedimento.

§ 2º Se existir e for exibida cópia autêntica, será considerada como original.

§ 3º Na falta de cópia autêntica, a restauração dos autos far-se-á mediante petição ao Presidente do CADE, que a distribuirá, sempre que possível, ao Conselheiro que funcionou como Relator no procedimento desaparecido ou destruído ou, quando este tiver encerrado seu mandato, àquele que o substituiu.

Art. 125. Na petição inicial declarará a parte interessada o estado do procedimento ao tempo do desaparecimento ou destruição, instruindo-a:

I – com cópia dos requerimentos e petições que dirigiu ao CADE; e

II – com cópia de quaisquer documentos que facilitem a restauração.

Art. 126. As demais partes interessadas, se houver, serão notificadas para se manifestar sobre o pedido no prazo de 05 (cinco) dias, cabendo ao Relator exigir as cópias e reproduções dos atos e documentos que estiverem em seus poderes, sob as penas do art. 26 da Lei nº 8.884/94.

§ 1º Poderá o Relator determinar à Unidade de Andamento Processual do CADE que junte aos autos as cópias de documentos e peças de que dispuser, dando vista aos interessados, pelo prazo de 05 (cinco) dias.

§ 2º Se os notificados concordarem com a reconstituição, lavrar-se-á o respectivo auto que, assinado pelos interessados e pelo Relator, suprirá o procedimento desaparecido.

Art. 127. No trâmite da restauração, aplicar-se-á, também, o previsto no Código de Processo Civil, fazendo-se a restauração, se necessária, por diligência, junto à Secretaria de Direito Econômico, às Agências Reguladoras e demais órgãos, quanto aos atos que nestes se tenham realizado.

Art. 128. Estando em termos os autos, após parecer da Procuradoria do CADE, estes serão pautados para homologação do Plenário e referendada a restauração, os autos respectivos valerão pelos originais.

Parágrafo único. Se, no curso da restauração, aparecerem os autos originais, nestes continuará o procedimento e neles serão apensados os autos restaurados.

SEÇÃO IV

DO COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

Art. 129. Qualquer representado interessado em celebrar o compromisso de cessação de que trata o art. 53 da Lei nº 8.884/94, com redação dada pela Lei nº 11.482/07, deverá apresentar proposta do termo ao CADE, dirigida ao Conselheiro-Relator, se os autos das averiguações preliminares ou do processo administrativo já houverem sido remetidos ao CADE, nas hipóteses dos artigos 31 e 39 da Lei nº 8.884/94, ou ao Presidente do CADE, se as averiguações preliminares ou o processo administrativo ainda estiverem em curso na Secretaria de Direito Econômico.

Parágrafo único. A apresentação da proposta de compromisso não suspende a tramitação do processo administrativo ou da averiguação preliminar.

Art. 129-A. Da proposta de compromisso de cessação de prática deverão constar, os seguintes elementos:

I – a especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como as obrigações que entender cabíveis;

II – o valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, quando cabível;

III – a possibilidade de adoção de um programa de prevenção de infrações à ordem econômica;

IV – em caso de empresa e/ou administrador, o valor do faturamento bruto anual da empresa no exercício anterior à instauração do processo administrativo ou averiguação preliminar, conforme for o caso.

Parágrafo único: Poderá ser deferido tratamento confidencial à apresentação da proposta, aos seus termos, ao andamento processual e ao processo de negociação, bem como ao valor da contribuição pecuniária.

Art. 129-B. A proposta de compromisso somente poderá ser apresentada, ao Conselheiro-Relator ou ao Presidente do CADE, uma única vez.

Parágrafo único. O protocolo da proposta de compromisso não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta objeto do processo administrativo ou da averiguação preliminar.

Art. 129-C. Na hipótese de a averiguação preliminar ou o processo administrativo estar em trâmite na Secretaria de Direito Econômico no momento da apresentação da proposta, o Presidente do CADE determinará a sua imediata distribuição a um Conselheiro-Relator que será responsável pelo processo de negociação do termo, podendo, a seu critério, ser acompanhado pela Secretaria de Direito Econômico.

§ 1º O Conselheiro-Relator sempre será auxiliado por uma comissão técnica (“Comissão de Negociação”) durante as negociações.

§ 2º A Comissão, formada por, no mínimo, três servidores lotados no CADE, funcionará no âmbito do Plenário e será por ele nomeada.

Art. 129-D. Após o recebimento da proposta, o Conselheiro – Relator, informará à Comissão e dará início ao período de negociação de trinta dias, contados de despacho do Conselheiro – Relator que abre este prazo.

§ 1º Por sua iniciativa, ou por solicitação da Comissão, o Conselheiro – Relator, ad referendum do Plenário, poderá prorrogar o período de negociação por mais trinta dias.

§ 2º A Comissão apresentará relatório sobre o andamento da negociação ao Conselheiro – Relator sempre que solicitada.

§ 3º Ao término do processo de negociação, a Comissão apresentará ao Conselheiro – Relator relatório final com recomendação fundamentada pela aceitação ou rejeição da versão final do compromisso.

§ 4º A SDE, a critério do Conselheiro – Relator, poderá ser consultada sobre a proposta e a celebração do compromisso.

Art. 129-E. O CADE, na avaliação do valor da contribuição pecuniária, levará em conta, entre outros, o momento de propositura do compromisso e o mínimo legal estabelecido no artigo 23 da Lei nº 8.884/94.

Art. 129-F. Concluído o período de negociação, a versão final do compromisso será pautada em caráter de urgência pelo Conselheiro-Relator para julgamento pelo Plenário do CADE, que somente poderá aceitá-la ou rejeitá-la, não podendo fazer contraproposta.

§1º A versão final do compromisso obriga o proponente, que não pode dispor o contrário, nem condicioná-la ou revogá-la.

§2º Na hipótese de o processo estar no CADE, nos termos dos artigos 31 e 39, últimas partes, da Lei nº 8.884/94, a proposta será apreciada como preliminar de mérito.

§3º O Compromisso deverá ser firmado individualmente, entre cada representado e o CADE.

Art. 129-G. Nos casos em que houver sido celebrado acordo de leniência pela SDE, o compromisso de cessação deverá necessariamente conter reconhecimento de culpa por parte do compromissário. Nos demais casos, a exigência da confissão de culpa ficará a critério do CADE.

Art. 129-H. Na hipótese de todos os representados de um mesmo processo administrativo ou averiguação preliminar firmarem compromisso de cessação, o CADE deverá declarar todo o processo suspenso, momento em que será verificado o cumprimento do acordo de leniência, quando cabível.

Art. 130. A celebração do Compromisso de Cessação perante o CADE, na forma do art. 53, da Lei nº 8.884/94, com redação dada pela Lei nº 11.482/07, obedecerá ao rito descrito neste artigo.

§ 1º Na hipótese de o compromisso de cessação conter contribuição pecuniária, deverá constar o montante a ser pago; as condições de pagamento; a penalidade por mora ou inadimplência; eventuais beneficiários, assim como qualquer outra condição para sua execução.

§ 2º Aprovada a versão final do termo de compromisso de cessação, o compromissário será intimado a comparecer ao CADE, perante o Presidente, para proceder a sua assinatura.

§ 3º O compromisso de cessação será assinado em pelo menos 02 (duas) vias, de igual teor e forma, destinando-se uma via original a cada compromissário, outra aos autos do Processo Administrativo, no qual deverá conter na capa a anotação da existência do termo.

§ 4º No prazo de 05 (cinco) dias de sua celebração, o inteiro teor do Termo de Compromisso de Cessação (TCC) será disponibilizado no sítio do CADE (www.cade.gov.br) durante o período de sua vigência.

§ 5º Transcorrido o prazo para o cumprimento do termo, a Procuradoria do CADE submeterá Nota Técnica à aprovação de Relator, que atestará ou não a

regularidade do cumprimento integral das obrigações, submetendo o procedimento em mesa ao referendo do Plenário.

SEÇÃO V

DO COMPROMISSO DE DESEMPENHO

Art. 131. No julgamento do Ato de Concentração, o Plenário do CADE poderá, segundo seu juízo de conveniência e oportunidade, condicionar a aprovação da operação à celebração de Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), nos termos do art. 58 da Lei 8.884/94.

§ 1º O Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) será autuado em apartado e poderá ser apensado ao Ato de Concentração.

§ 2º O teor do Compromisso de Desempenho (TCD) poderá ser definido pelo Plenário do CADE no momento do julgamento do Ato de Concentração ou em até 02 (duas) sessões consecutivas.

§ 3º O Relator poderá, caso julgue conveniente e oportuno, negociar o teor do Compromisso de Desempenho (TCD) com os interessados, bem como submeter minutas a Consulta Pública, na forma do art. 31 da Lei nº 9.784/99.

§ 4º Aprovada a versão final do Compromisso de Desempenho (TCD) pelo Plenário, será o compromissário intimado a comparecer ao CADE, perante o Presidente, para proceder a sua assinatura.

§ 5º O Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) será assinado em pelo menos 02 (duas) vias, de igual teor e forma, destinando-se uma via original a cada compromissário e outra para os autos.

§ 6º No prazo de 05 (cinco) dias de sua celebração, o inteiro teor do Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) será disponibilizado no sítio do CADE (www.cade.gov.br) durante o período de sua vigência.

§ 7º Anotar-se-á na capa do Ato de Concentração a existência do termo (TCD).

§ 8º Na elaboração, negociação e celebração do Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), o Relator poderá solicitar a assistência da Procuradoria e da CAD-CADE.

§ 9º Serão encaminhadas à SDE, para observância do disposto no § 2º do art. 58, da Lei nº 8.884/94, cópia das peças necessárias para acompanhamento do seu cumprimento, sem prejuízo das atribuições da CAD-CADE.

§ 10. O CADE, sempre que as circunstâncias recomendem, poderá determinar que os relatórios para acompanhamento do cumprimento do Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) sejam elaborados por empresas de consultoria ou auditoria independentes contratadas para este fim, às expensas da interessada.

CAPÍTULO III
DOS PROCEDIMENTOS INCIDENTAIS

SEÇÃO I

DA MEDIDA CAUTELAR

Art. 132. Admitir-se-ão Medidas Cautelares nas hipóteses e na forma prevista neste Regimento, sem prejuízo do disposto no Código de Processo Civil ou na Lei nº 8.884/94.

Art. 133. A Medida Cautelar protocolizada junto a Unidade de Protocolo do CADE poderá ser formulada por meio de requerimento escrito e fundamentado da SEAE, da SDE, das Agências Reguladoras, da Procuradoria do CADE ou por terceiro interessado, nos termos do art. 36 deste Regimento, bem como pode ser determinada, de ofício, através de decisão fundamentada, pelo Relator do Ato de Concentração.

Art. 134. O pedido cautelar será processado em autos apartados, que serão apensados ao principal. Parágrafo único. Devidamente protocolizado o requerimento ou o ofício do Conselheiro que determinou a instauração de procedimento cautelar, instruído com cópia de sua decisão fundamentada, estes serão autuados e distribuídos, por dependência, ao Relator do Ato de Concentração.

Art. 135. Recebida pelo Relator a Medida Cautelar, as partes serão intimadas a se manifestarem, no prazo de 05 (cinco) dias, após os quais, o Relator apreciará o pedido de liminar. Parágrafo único. Excepcionalmente, a Medida Cautelar poderá ser deferida sem a manifestação das empresas participantes do Ato de Concentração, quando se verificar que a demora decorrente poderá tornar, total ou parcialmente, ineficaz a concessão da medida.

Art. 136. O Relator, ao apreciar liminarmente a Medida Cautelar, verificados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* em face da tutela de defesa da concorrência, poderá, sempre que cabível, determinar que as requerentes mantenham o status concorrencial anterior a assinatura do(s) contrato(s) e se abstenham, até o julgamento do Ato de Concentração, de praticar quaisquer novos atos decorrentes do contrato já realizado no que tange a:

I - qualquer alteração de natureza societária;

II - alterações nas suas instalações físicas e transferência ou renúncia aos direitos e obrigações relativos aos seus ativos, aí também incluídos marcas, patentes e carteira de clientes e fornecedores;

III - descontinuar a utilização de marcas e produtos;

IV - alterações nas estruturas, logística e práticas de distribuição e comercialização;

V - mudanças administrativas nas empresas que impliquem em dispensa de mão-de-obra e transferência de pessoal entre seus estabelecimentos de produção, distribuição, comercialização e pesquisa, quando caracterizadas como objetivando a integração das empresas das requerentes;

VI - interrupção de projetos de investimento pré-estabelecidos em todos os setores de atividade da empresa adquirida e de implementação de seus planos e metas de vendas;

VII – e outras providências que entender necessárias.

§ 1º Da decisão não caberá pedido de reconsideração.

§ 2º A decisão será submetida ao referendado do Plenário na primeira sessão subsequente a sua prolação.

Art. 137. O Relator poderá, sem prejuízo do disposto no art. 7º, IX da Lei nº 8.884/94, caso a urgência o permita e a circunstância o recomende, requerer manifestações da SEAE, da SDE, da Agência Reguladora ou da Procuradoria do CADE.

Art. 138. A Medida Cautelar conserva a sua eficácia até o fim do julgamento do mérito do Ato de Concentração pelo Plenário do CADE, podendo, porém, a qualquer momento, ser revogada ou ter o seu conteúdo modificado.

SUBSEÇÃO I

DO ACORDO DE PRESERVAÇÃO DE REVERSIBILIDADE DA OPERAÇÃO (APRO)

Art. 139. Até a decisão que conceder ou negar a Medida Cautelar poderá ser celebrado Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), que será registrado na capa dos autos.

Parágrafo único. O acordo, conforme os arts. 55 e 83 da Lei nº 8.884/94 e os arts. 5º e 6º da Lei nº 7.347/85, estabelecerá as medidas aptas a preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo alteração irreversível ou de difícil reparação, até o julgamento do mérito do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do procedimento.

Art. 140. O APRO poderá ser celebrado por iniciativa do Relator ou por requerimento das partes envolvidas no Ato de Concentração.

§ 1º O requerimento de celebração do APRO não gera às requerentes direito subjetivo a sua celebração, resguardando-se ao CADE o juízo sobre a conveniência e oportunidade de celebrá-lo.

§ 2º Nas hipóteses em que o Relator entender conveniente a celebração do APRO, serão intimadas as requerentes para apresentação de minuta, as quais serão apreciadas pelo Relator, a quem caberá a redação final.

§ 3º O Relator poderá encaminhar a minuta à Procuradoria do CADE, para parecer, no prazo que estipular e, posteriormente, será levada à homologação do Plenário.

§ 4º Caso o acordo não seja homologado, o Relator deverá submeter, na sessão seguinte, sua decisão acerca da Medida Cautelar para referendado do Plenário, sem prejuízo da elaboração de nova minuta.

Art. 141. Sempre que compatível com os seus termos, a decisão de concessão da Medida Cautelar ou a minuta do APRO conterà a obrigação das requerentes informarem ao Relator, em relatório pormenorizado que contemple as mudanças que:

I - já ocorreram na empresa adquirida desde a notificação do ato;

II – e as programadas a ocorrer. Parágrafo único. O CADE, sempre que as circunstâncias recomendem, poderá determinar que os relatórios referidos no caput sejam elaborados por empresa de consultoria ou auditoria independentes contratadas para este fim, às expensas dos interessados.

SUBSEÇÃO II

DAS SANÇÕES

Art. 142. O descumprimento pelas requerentes de quaisquer obrigações estipuladas na decisão de concessão da Medida Cautelar importará na imposição de multa diária a ser fixada no corpo da mesma, até o limite de 90 (noventa) dias, de acordo com o disposto nos arts. 11 e 12, § 2º da Lei nº 7.347/85 c/c art. 25, da Lei nº 8.884/94, sem prejuízo das demais providências cabíveis.

Art. 143. O Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO) também deverá prever o estabelecimento de sanção para a hipótese de descumprimento de seus termos por parte das requerentes.

Art. 144. Os valores recolhidos em razão de aplicação da sanção de que tratam os artigos supra, reverterão em favor do Fundo Federal de Direitos Difusos.

SUBSEÇÃO III

DA REVISÃO DOS TERMOS DO ACORDO

Art. 145. A revogação ou revisão parcial da Medida Cautelar e do APRO sempre será possível, seja por iniciativa do CADE ou por provocação do interessado, quando se verificar alteração nos requisitos que ensejaram a sua concessão ou celebração.

SEÇÃO II

DA MEDIDA PREVENTIVA

Art. 146. O Relator poderá, em qualquer fase do Processo Administrativo, de ofício ou mediante provocação, adotar Medida Preventiva, na forma do art. 52 da Lei nº 8.884/94.

§ 1º Da intimação deverá constar discriminação precisa da ordem de cessação e de reversão à situação anterior, o prazo para seu cumprimento e a advertência de que o descumprimento de Medida Preventiva sujeita o responsável à multa diária fixada nos termos do art. 25, da Lei nº 8.884/94, sem prejuízo das demais sanções civis e criminais cabíveis.

§ 2º A Medida Preventiva será processada nos mesmos autos do Processo Administrativo.

§ 3º Descumprida a ordem de cessação ou de reversão à situação anterior, o Relator encaminhará os autos à Procuradoria do CADE para as providências judiciais cabíveis.

§ 4º O Relator poderá revogar a Medida Preventiva, caso os pressupostos que lhe serviram de fundamento revelarem-se insubsistentes.

CAPÍTULO IV

DOS PROCEDIMENTOS RECURSAIS

SEÇÃO I

DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Art. 147. Aos acórdãos das decisões proferidas pelo Plenário do CADE, poderão ser opostos Embargos de Declaração, nos termos do art. 535 e seguintes do Código de Processo Civil, no prazo de 05 (cinco) dias, contados de sua publicação, em petição dirigida ao Relator, na qual será indicado o ponto obscuro, contraditório ou omissivo, cuja declaração se imponha.

§ 1º Ausente o Relator do acórdão embargado, o procedimento será encaminhado ao seu substituto regimental.

§ 2º A petição dos Embargos Declaratórios obedecerá às formalidades deste Regimento quanto a sua interposição, inclusive na interposição deste por meio do fac-símile, e a Unidade de Andamento Processual deverá anotar na capa do procedimento a existência destes, com a respectiva indicação das folhas.

Art. 148. O Relator, se assim entender necessário, poderá abrir vista à parte ou interessado a quem eventual modificação do julgado possa causar gravame, para manifestação, no prazo de 05 (cinco) dias e, após, poderá colher parecer da Procuradoria do CADE.

Art. 149. Concluídos os autos, o Relator apresentará os Embargos de Declaração em mesa para julgamento.

Parágrafo único. Quando forem manifestamente protelatórios ou se tratarem de Embargos de Declaração que reiteram outros ou a Reapreciação já improvida, o Relator os rejeitará de plano e apresentará a decisão para homologação do Plenário, com manifestação oral, se assim o desejar, do Procurador-Geral do CADE e do representante do Ministério Público Federal.

Art. 150. Os Embargos de Declaração interrompem o prazo para a interposição da Reapreciação e suspendem a execução do julgado.

SEÇÃO II

DA REAPRECIAÇÃO

Art. 151. A decisão plenária que negar aprovação ao ato ou contrato, ou o aprovar sob condições, bem como aquela que entender pela existência de infração à ordem econômica, poderá ser reapreciada pelo CADE, a pedido das partes, com fundamento em fato ou documento novo, capazes por si só, de lhes assegurar pronunciamento mais favorável.

Parágrafo único. Consideram-se novos somente os fatos ou documentos pré-existentes, dos quais as partes só vieram a ter conhecimento depois da data do julgamento, ou de que antes dela estavam impedidas de fazer uso, comprovadamente.

Art. 152. O pedido de Reapreciação será dirigido, no prazo de 30 (trinta) dias da publicação do acórdão que deu ciência às partes, ao Conselheiro que proferiu o voto condutor do acórdão, mediante petição que indicará:

I - o nome e a qualificação das partes recorrentes;

II - o fato ou documento novo;

III – e as razões do pedido de nova decisão.

Art. 153. O pedido de Reapreciação será anotado na capa dos autos e far-se-á sua juntada pela Unidade de Andamento Processual, independentemente de despacho, sendo imediatamente conclusos ao Relator, originário ou designado, do Ato de Concentração ou do Processo Administrativo.

Art. 154. O Relator da Reapreciação indeferirá liminarmente o pedido, ad referendum do Plenário, quando:

I - apresentado fora do prazo;

II - não satisfeito qualquer dos requisitos do arts. 151 ou 152 deste Regimento;

III - manifestamente improcedente a pretensão.

Art. 155. O pedido de Reapreciação não suspende a execução da decisão atacada.

§ 1º Havendo justo receio de prejuízo de difícil e incerta reparação decorrente da execução, o Relator poderá, ad referendum do Plenário, de ofício ou a requerimento, dar efeito suspensivo ao pedido.

§ 2º Após, os autos serão encaminhados à Procuradoria do CADE para exarar parecer no prazo de 20 (vinte) dias e, posteriormente, exarado o parecer, as partes serão intimadas para se manifestarem no prazo de 05 (cinco) dias.

Art. 156. Restituído os autos, o Relator incluirá, no prazo de 30 (trinta) dias, o feito em pauta para julgamento.

TÍTULO V

DA EXECUÇÃO

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 157. No julgamento do plenário cuja decisão implique imposição de multa, obrigação de fazer ou de não fazer, publicado acórdão, os autos seguirão para Procuradoria do CADE, que fiscalizará e se manifestará, em Nota Técnica, sobre o cumprimento da decisão, nos prazos estabelecidos.

Parágrafo único. Para o cumprimento das decisões, em fase administrativa ou judicial, as sanções poderão ser exigidas em conjunto ou separadamente.

Art. 158. É de responsabilidade do condenado ao pagamento de multa ou de obrigação de fazer e não fazer, independentemente de comunicação administrativa, o cumprimento das obrigações nos termos do acórdão publicado no Diário Oficial da União.

Parágrafo único. As multas pecuniárias determinadas pelo CADE, em fase administrativa, deverão ser calculadas e processadas consoante os arts. 475-B e seguintes, do Código de Processo Civil, com as alterações trazidas pela Lei nº 11.232, de 22.12.2005 c/c art. 83 da Lei nº 8.884/94.

Art. 159. O cumprimento de uma determinação, isoladamente, não extingue a obrigação de cumprimento das demais.

Art. 160. Entendendo pelo cumprimento da decisão, a Procuradoria do CADE submeterá Nota Técnica à aprovação do Presidente, que, atestando a regularidade do cumprimento integral das obrigações, determinará o arquivamento do Processo com o referendo do Plenário.

Art. 161. Vencido o prazo e não comprovado o cumprimento da decisão constante no acórdão, a Procuradoria promoverá a devida execução judicial, nos termos do art. 10, II, da Lei 8.884/94.

Art. 162. Ao Presidente, nos termos do art. 8º, V, da Lei nº 8.884/94, compete submeter os incidentes surgidos no cumprimento das decisões do CADE ao Plenário, bem como determinar prazos para seu cumprimento, na inexistência destes.

§ 1º Entendendo que as providências adotadas pela parte e/ou trazidas aos autos não estão de acordo com a decisão do CADE, a Procuradoria emitirá Nota Técnica a ser submetida à Presidência.

§ 2º Após a submissão à Presidência da Nota Técnica, emitida nos termos do § 1º acima, o Presidente determinará a intimação da parte para que se manifeste, no prazo de 05 (cinco) dias, acerca da Nota Técnica da Procuradoria do CADE.

§ 3º O Presidente encaminhará sua decisão a referendo do Plenário, independentemente de sua inclusão em pauta.

Art. 163. A execução da obrigação de fazer ou não fazer dar-se-á consoante o disposto no Título VIII da Lei 8.884/94 e demais dispositivos aplicáveis.

CAPÍTULO II

DA DÍVIDA ATIVA E DO CADIN

Art. 165. Os créditos pecuniários do CADE e aqueles lastreados em decisão condenatória referentes à Lei nº 8.884/94 serão objeto de inscrição em Dívida Ativa, aplicando-se no que couber os dispositivos da Lei nº 6.830/80.

Art. 166. A Procuradoria do CADE apurará a certeza e liquidez do crédito e efetivará a inscrição em Dívida Ativa, nos termos do art. 17, inciso III, da Lei Complementar nº 73/93.

§ 1º Cabe ao Procurador-Geral ou Procurador Federal por ele designado assinar a Certidão de Dívida Ativa - CDA e o Termo de Inscrição em Dívida Ativa - TDA.

§ 2º Serão apostiladas no Termo de Dívida Ativa – TDA todas as ocorrências referentes ao crédito, tais como cancelamento, quitação e modificação.

Art. 167. Nos termos da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, a inclusão do devedor no CADIN far-se-á 75 (setenta e cinco) dias após a comunicação ao devedor da existência do débito passível de inscrição naquele cadastro, fornecendo-se todas as informações pertinentes ao débito.

Art. 168. O CADE manterá relação atualizada dos devedores com débitos inscritos em dívida ativa ou em execução judicial, para informações aos órgãos interessados, na forma da lei.

CAPÍTULO III

DO ARQUIVAMENTO

Art. 169. O arquivamento de autos somente será ultimado após a publicação do ato que o determinar.

Art. 170. Os autos de procedimentos encerrados devem ser encaminhados à Unidade de Andamento Processual, para guarda definitiva.

Parágrafo único. No termo deverá ser informada a quantidade final de folhas, objetivando prevenir eventual retirada ou inclusão de peças processuais posteriormente ao arquivamento.

Art. 171. A solicitação de desarquivamento poderá ser feita por petição escrita protocolizada e dirigida ao Coordenador-Geral de Andamento Processual.

§ 1º Desarquivados os autos, dar-se-á vista ao peticionário, pelo prazo de 10 (dez) dias, na Unidade de Andamento Processual, observada a confidencialidade.

§ 2º Decorrido o prazo sem qualquer manifestação ou requerimento, devidamente certificado, os autos retornarão ao arquivo.

Art. 172. Os autos dos procedimentos confidenciais arquivados estarão disponíveis para consulta pública após 05 (cinco) anos da decisão final do CADE.

§ 1º Anualmente, o CADE colocará em seu sítio (www.cade.gov.br) a lista de procedimentos que estarão disponíveis para consulta pública, bem como as informações para fins de consultas acadêmicas.

§ 2º Divulgada a relação, as partes legitimadas no procedimento objeto da mesma que queiram manter a confidencialidade anteriormente decretada, deverão, no prazo de 30 (trinta) dias da inclusão no sítio, requerer à Presidência, pelo mesmo período de 05 (cinco) anos, a manutenção do status quo, nos termos do Decreto nº 4.553, de 27 de dezembro de 2002.

§ 3º Findo o prazo estipulado no parágrafo anterior, serão disponibilizados os procedimentos elencados na referida lista.

PARTE III

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 173. O Plenário do CADE, por meio de sua Presidência, dará publicidade do balanço anual de suas atividades.

Art. 174. As alterações a este Regimento serão feitas por meio de Emendas Regimentais, numeradas seqüencialmente, podendo ser votadas e aprovadas somente em sessão ordinária, pelo voto favorável de dois terços dos membros em exercício do Plenário do CADE.

Art. 175. A iniciativa de proposta de Emenda Regimental cabe a qualquer Conselheiro e ao Presidente.

§ 1º Recebida a proposta pelo Presidente, esta será numerada e remetida, por cópia, aos Conselheiros, para o oferecimento de emendas, no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º Com ou sem o oferecimento de proposições pelos demais Conselheiros, decorrido o lapso temporal do parágrafo anterior, a proposta será encaminhada à Procuradoria do CADE, para parecer no prazo de 15 (quinze) dias. Sucessivamente, a mesma será submetida à Consulta Pública, pelo prazo de 30(trinta) dias.

§ 3º A proposta, com os comentários à Consulta Pública e o parecer da Procuradoria do CADE, acompanhada da respectiva emenda ou grupo de emendas, será submetida, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, pelo Presidente à discussão e votação.

Art. 176. Ficam expressamente revogadas as disposições contidas na Resolução nº 12, de 31 de maio de 1998; nos arts. 1º a 17, da Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998; nos arts. 1º a 15, da Resolução nº 18, de 25 de novembro de 1998; na Resolução nº 19, de 03 de fevereiro de 1999; nos arts. 1º a 4º, da Resolução nº 20, de 09 de junho de 1999 e nas Resoluções ns. 21, de 23 de agosto de 2000; 22, de 01 de novembro de 2000; 23, de 26 de setembro de 2001; 26, de 27 de junho de 2002; 27, de 27 de junho de 2002; 28, de 24 de julho de 2002; 29, de 04 de setembro de 2002; 31, de 02 de outubro de 2002; 32, de 30 de outubro de 2002; 34, de 22 de janeiro de 2003; 39, de 23 de fevereiro de 2005; 40, de 27 de julho de 2005 e 41, de 14 de setembro de 2005.

Art. 177. Este Regimento entrará em vigor 30 (trinta) dias após a sua publicação no Diário Oficial da União.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)