



REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

FIESP
5 DE NOVEMBRO DE 2010



REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES
DO CONSELHO ADMINISTRATIVO
DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)

PESQUISA EMPÍRICA E APLICADA SOBRE OS CASOS
JULGADOS PELOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS
(TRFs), SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) E
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Sumário Executivo – Divulgação de Resultados

Pesquisa

REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES
DO CONSELHO ADMINISTRATIVO
DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)

PESQUISA EMPÍRICA E APLICADA SOBRE OS CASOS
JULGADOS PELOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS
(TRFs), SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) E
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)
Instituição Responsável

Fabricio Antonio Cardim de Almeida
Coordenador

Fernanda Elias Zaccarelli Salgueiro
Flávio Beicker Barbosa de Oliveira
Ligia Lamana Batochio
Mariana Ferreira Cardoso da Silva
Pesquisadores

Belo Horizonte



2010

© 2010 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
André Ramos Tavares
Carlos Ayres Britto
Carlos Mário da Silva Velloso
Carlos Pinto Coelho Motta
Cármem Lúcia Antunes Rocha
Clovis Beznos
Cristiana Fortini
Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Egon Bockmann Moreira
Emerson Gabardo
Fabrício Motta
Fernando Rossi
Flávio Henrique Unes Pereira
Floriano de Azevedo Marques Neto
Gustavo Justino de Oliveira
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
José Nilo de Castro
Juarez Freitas
Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)
Luciano Ferraz
Lúcio Delfino
Márcio Cammarosano
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Paulo Modesto
Romeu Felipe Bacellar Filho
Sérgio Guerra



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa

Revisão: Marcelo Belico

Capa, projeto gráfico e formatação: Walter Santos

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º/16º andares – Funcionários – CEP 30130-007
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Esta é uma obra coletiva de autoria dos pesquisadores da SBDP. Não reflete necessariamente uma orientação institucional da SBDP, CADE ou FIESP, tampouco um entendimento pessoal de qualquer membro dessas instituições.

SUMÁRIO

PARTE I

APRESENTAÇÕES

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO (SBDP)
Carlos Ari Sunfeld

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)
Arthur Sanchez Badin

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (FIESP)
Paulo Skaf

PARTE II

INTRODUÇÃO

Fabricio Antonio Cardim de Almeida

PARTE III

RELATÓRIO FINAL DE ATIVIDADES

**Fernanda Elias Zaccarelli Salgueiro, Flávio Beicker Barbosa de Oliveira,
Ligia Lamana Batochio, Mariana Ferreira Cardoso da Silva**

Agradecimentos

Abreviações

1 Apresentação

2 Objetivos

3 Delimitação do objeto de pesquisa: fontes e recorte do material

4 Nota metodológica

5 Análise quantitativa

5.1 Introdução

5.2 Fatores de “entrada”: resultados exemplificativos

5.2.1 Tipo de procedimento: A.C. ou P.A.

5.2.2 Setores econômicos envolvidos

5.3 Fatores de “saída”: resultados exaustivos

5.3.1 Tempo de duração dos processos

5.3.2 Resultado das medidas judiciais: pro ou contra o CADE?

6 Análise qualitativa

6.1 Introdução

- 6.2 Houve exame do mérito judicial?
- 6.3 Houve revisão da decisão do CADE?
- 6.4 Revisão judicial: forma e/ou mérito do ato administrativo?
 - 6.4.1 Definição terminológica
 - 6.4.2 Revisão das decisões do CADE em razão do mérito
 - 6.4.3 Revisão das decisões do CADE em razão de aspectos formais
- 6.5 Recursos argumentativos: doutrina e jurisprudência
- 6.6 Análise temática
 - 6.6.1 TRF 1ª Região: questões institucionais
 - 6.6.2 Taxa processual
 - 6.6.3 Termo de Cessação de Conduta
 - 6.6.4 Competência CADE x BACEN
 - 6.6.5 Dever de agir do CADE (Ação Civil Pública)
 - 6.6.6 Tabela de honorários médicos
 - 6.6.7 Unimilitância
 - a) Casos em que não houve revisão do mérito da decisão do CADE
 - b) Casos em que houve revisão de mérito da decisão do CADE
 - c) STJ e vedação da unimilitância
 - 6.6.8 Multa por intempestividade
 - a) Acerca da legalidade do art. 2º da Resolução nº 15/98
 - b) Critérios para identificar o primeiro ato vinculativo de uma operação ou a data de sua realização
 - c) Limites do valor da multa aplicada pelo CADE
- 7 Considerações finais
- 8 Lista dos casos analisados

ANEXO I – Convênio de Cooperação Técnico-Científica nº 2/2009

ANEXO II – Instituição responsável

ANEXO III – Equipe de pesquisa

ANEXO IV – Tabelas analíticas dos casos

ANEXO V – Fichas da análise qualitativa

RESUMO/ABSTRACT

PARTE IV

FECHAMENTO

José Antonio Batista de Moura Ziebarth

PARTE I

APRESENTAÇÕES

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO (SBDP)

Por que pesquisar sobre o controle judicial do CADE?

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é uma entidade fundamental para a manutenção do equilíbrio da economia brasileira por meio da defesa da concorrência. Ao exercer sua competência de zelar por um ambiente econômico saudável e aberto à competição, o Conselho lida, para além das questões jurídicas, com informações de outras ordens, relativas aos múltiplos aspectos das operações que chegam até ele. Seu processo de tomada de decisão é, portanto, bastante complexo, ultrapassando a dicotomia legal e ilegal com que tradicionalmente trabalha o Poder Judiciário. Daí um primeiro conjunto de dúvidas sobre o controle judicial das decisões do CADE. Devem existir limites à apreciação judicial? Na prática, o Judiciário é muito ou pouco interventivo?

As decisões do CADE precisam ser implementadas com celeridade, tendo em vista a dinâmica do mundo dos negócios e os impactos que as operações nele realizadas podem trazer para a sociedade. Ocorre que tem sido cada vez mais comum que as partes envolvidas questionem suas decisões junto ao Poder Judiciário, o que tem gerado uma potencial dificuldade para a disciplina dos mercados feita pelo CADE. Por isso, é preciso conhecer em detalhes como tem funcionado concretamente a atuação judicial. Quais são os tempos envolvidos? Liminares costumam ser confirmadas na sentença? Há uniformidade entre as várias instâncias?

Com o apoio do próprio CADE e da FIESP, o Núcleo de Pesquisas da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) realizou

a presente investigação com a finalidade de oferecer subsídios para entender melhor esse fenômeno de judicialização das decisões da autoridade da concorrência. Para tanto, identificou os atores que procuram o Judiciário, mapeando os argumentos apresentados por eles para justificar a atuação jurisdicional. Além disso, verificou qual o grau de intervenção do Poder Judiciário ao revisar decisões previamente tomadas pelo Conselho. Por fim, identificou e analisou as várias etapas dos processos.

A presente publicação contém o resultado desta pesquisa, que oferece parâmetros seguros em que os interessados podem basear seus estudos e suas ações. Além disso, os resultados obtidos permitem novas reflexões, que podem contribuir para o aperfeiçoamento do CADE e do próprio sistema de revisão judicial de suas decisões.

Todo o esforço que deu origem a esta pesquisa teve início em 1993, quando surgiu a Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), com o objetivo de incentivar novas abordagens no ensino jurídico e na compreensão do Direito. Isso envolve a realização de pesquisas empíricas de jurisprudência sobre temas relevantes para o desenvolvimento do país. Uma das iniciativas mais importantes nesse sentido é a Escola de Formação da SBDP, um programa iniciado em 1998, voltado a alunos de graduação em direito, para formar pesquisadores e futuras lideranças intelectuais. Durante um ano muito intenso, os alunos desfrutaram de um ambiente democrático de debate, que conta com a participação de docentes e pesquisadores de diversas instituições, para estimular a reflexão e o senso crítico.

Inúmeros jovens pesquisadores passaram pela Escola de Formação da SBDP desde o início de suas atividades. A maior parte deles deu continuidade a seus estudos, inclusive em cursos de pós-graduação no Brasil e no exterior, e vem construindo suas carreiras profissionais, no setor privado, no serviço público e na docência. Vários desses talentos integram o Núcleo de Pesquisas da SBDP. É o caso da equipe que elaborou e desenvolveu a presente pesquisa. Ela é toda formada por ex-alunos da Escola de Formação da SBDP e incluiu Fabricio Antonio Cardim de Almeida (coordenador), Fernanda Elias Zaccarelli Salgueiro, Flávio Beicker Barbosa de Oliveira, Ligia Lamana Batochio e Mariana Ferreira Cardoso da Silva. A característica comum que os uniu nessa empreitada, também um traço marcante da SBDP, é a vontade de produzir trabalhos científicos de qualidade, capazes de contribuir para o desenvolvimento do país.

Ao trazer a público os resultados desse trabalho, a Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) cumpre sua missão institucional. A parceria com o próprio CADE, que colaborou intensamente em todas as fases, e com a FIESP, que deu suporte material, é a prova do quanto amadurecemos no Brasil na valorização do Direito. É também um bom caminho para o futuro. Esperamos que isso seja apenas o início de uma parceria fecunda da academia com as entidades empresariais, que assumem assim mais um relevante papel na sociedade.

Carlos Ari Sundfeld

Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)

Prezado Leitor,¹

É com muita satisfação que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em conjunto com a Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) e a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), apresenta a *Revisão Judicial das Decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)*, resultado da celebração de um convênio envolvendo as três entidades.

O trabalho representa mais do que o sério e comprometido resultado de uma iniciativa acadêmico-científica coordenada: da parte do CADE, é claramente o resultado de uma mudança de pensamento e de perspectivas do direito concorrencial no cenário jurídico-econômico brasileiro.

Foi longo caminho traçado para a consolidação institucional de um órgão de proteção da concorrência, que remonta à edição do Decreto-Lei nº 7.666/45 (a “Lei Malaia”), e passa ainda pela criação do CADE em 1962 como comissão de atividade incipiente por quase três décadas, pela promulgação da Constituição Federal de 1988, com a inserção de princípios nos artigos 170 *et seq.*, bem como pela implementação de uma economia de mercado, chegando finalmente à Lei nº 8.884/94 e aos últimos 16 anos de consolidação de atividades de controle de condutas anticompetitivas e estruturas por meio de uma autarquia independente.

Nesses últimos anos, o CADE passou a investir também em um terceiro escopo — o educativo — destinado ao fortalecimento da cultura de concorrência em nosso país por meio de instrumentos que desbordassem o efeito pedagógico das penas e das restrições.

¹ Esta obra surgiu a partir de projeto de disseminação da cultura da concorrência perante a academia e a sociedade civil, previsto em Planejamento Estratégico da Presidência do CADE para o Biênio 2009-2010. Não reflete necessariamente a orientação ou entendimento institucional de qualquer membro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

A autarquia passou a reconhecer que os mais de cem anos de estudos do direito antitruste, para serem absorvidos por um Brasil ainda *púbere* na matéria, deveriam ser colocados ao alcance dos administrados por outros meios, valendo-se não só de instrumentos *informativos*, como também daqueles destinados à *formação*, acadêmica e consciente, de pessoas capazes não só de pensar o direito da concorrência, como também de aplicá-lo com excelência.

Não por outro motivo que dentre os cinco macro-objetivos previstos no Planejamento Estratégico da Presidência do CADE para o biênio 2009/2010, estipulou-se:

(...) em dois anos o CADE: (...) terá promovido o fortalecimento da cultura da concorrência (*advocacy*), mediante:

- (i) difusão de informações que conscientizem a população em geral da importância da proteção da concorrência no seu cotidiano;
- (ii) priorização de ações que visem à formação e capacitação de operadores do direito, como juízes, promotores, delegados, PROCONs e sociedade civil organizada, cujas competências legais ou atividades institucionais tenham o condão de contribuir para o aumento do enforcement da política antitruste, em parceria com a Secretaria de Direito Econômico (SDE);
- (iii) maior pró-atividade junto às agências reguladoras, mediante ações concertadas com a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) que visem a incluir a concorrência como vetor intrínseco a toda regulação de infraestrutura, sobretudo em casos julgados ou a serem julgados pelo CADE;
- (iv) indução da pesquisa acadêmica para temas de interesse da política de defesa da concorrência.

A concretização desse macro objetivo se deu por meio da realização de ações concretas de incentivo à pesquisa acadêmica em seminários, cursos e convênios.

Daí a satisfação inicial do CADE na celebração do Convênio de Cooperação Técnico-Científica nº 2/2009, porque condizente com o escopo das políticas antitruste e com as metas estabelecidas para esta gestão. Ver o trabalho, agora concluído, traz o sentimento de um dever cumprido e a gratificante sensação de objetivo alcançado.

No contexto do fenômeno da progressiva judicialização das decisões do CADE, ao tomar posse como Procurador-Geral do CADE em 2005, disse em meu discurso que o CADE era um “leão sem dentes”, pois suas decisões não eram cumpridas tampouco

cobradas. O dado mais ilustrativo disso era o fato de que menos de 4% das multas aplicadas pelo CADE até então haviam sido pagas, segundo relatório de auditoria feita em 2005 pelo Comitê de Concorrência da OCDE.² As correlações entre a atividade do CADE e do Poder Judiciário foram erigidas a tópico prioritário, contribuindo sobremaneira para a nova e positiva avaliação da OCDE em 2010:

CADE's attorneys are respected, both by the courts and by the private bar. They are considered to be professional and hard working (...). CADE has enjoyed a good rate of success in court, since 84% of CADE's decisions were not overruled by the Judicial Branch. (...) CADE has achieved notable success in the past few years in one aspect of its activity in court — the collection of fines. (...) The effort produced immediate results.

Nesse panorama, a pesquisa apresenta uma inestimável contribuição para o tema da efetividade das decisões do CADE. Os pesquisadores da SBDP examinaram com profundidade as decisões já julgadas e transitadas em julgado referentes a processos judiciais originados de comandos do CADE; esmiuçaram o embrião dessa intensa relação entre o CADE e o Poder Judiciário, oferecendo aos leitores a exata medida da perspectiva institucional das decisões da Autarquia; por outro lado, a Autarquia sente-se também beneficiada por ter à disposição levantamento que poderá demonstrar eventuais equívocos materiais ou procedimentais passíveis de solução conceitual ou legislativa, a partir da perspectiva histórica de exercícios hermenêuticos. É sempre cônica e sólida a aprendizagem que respeita os acertos e os erros do passado.

Registro que a realização dessa pesquisa é atribuída ao coordenador Fabricio Antonio Cardim de Almeida e aos pesquisadores Fernanda Elias Zaccarelli Salgueiro, Flávio Beicker Barbosa de Oliveira, Ligia Lamana Batochio, Mariana Ferreira Cardoso da Silva, todos da SBDP, a quem agradeço nominalmente. Registro aqui também meus profundos agradecimentos a José Antonio Batista de Moura Ziebarth, idealizador e organizador desse projeto, e que, em conjunto com Bruno Corrêa Burini, auxiliaram, em parceria com a SBDP e FIESP, na organização e acompanhamento das diversas atividades decorrentes do convênio ao longo de mais de um ano

² Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/41/28/38835344.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2010.

e meio. Ressalto também o valioso auxílio do Procurador-Geral do CADE, Dr. Gilvandro Vasconcellos Coelho de Araújo, que disponibilizou dados do trabalho da Procuradoria do CADE.

Agradeço ainda à SBDP, na pessoa de seu Presidente Carlos Ari Sundfeld, e à FIESP, na pessoa de seu Presidente Paulo Skaf, que, imbuídos no espírito de cooperação acadêmica, pró-atividade e dedicação ao desenvolvimento científico e de uma cultura de direito antitruste brasileira, abraçaram a ideia e se mantiveram sempre dispostos a dialogar e contribuir para a consecução dos trabalhos.

Espero agora que as conclusões alcançadas sirvam como estímulo necessário para outras pesquisas, que aprofundem as questões suscitadas no presente livro, estimulando novos pesquisadores, instigando desafios práticos e acadêmicos, provocando novas indagações a justificar novas pesquisas, gerando assim um círculo virtuoso científico, do qual administrados, operadores ou não do direito antitruste, certamente se beneficiarão.

Arthur Sanchez Badin

Presidente do CADE.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (FIESP)

A FIESP e a cultura da concorrência

Uma economia moderna, dinâmica e inovadora não pode prescindir de instituições de defesa da concorrência eficazes e bem aparelhadas. Além disso, sabe-se que marcos regulatórios claros, estáveis e previsíveis atraem investimentos e expandem a confiança dos empresários. Por fim, a ordem jurídica do capitalismo exige Judiciário capaz de garantir expectativas de cumprimento dos contratos e respeito ao direito de propriedade. A reunião desses elementos deixa nítido que o Direito pode oferecer contribuição valiosa ao desenvolvimento. Contudo, também pode, no âmbito dos negócios, se aplicado de maneira paternalista, dissociada da racionalidade econômica e preconceituosa em relação à iniciativa privada, travar o crescimento e criar obstáculos à produção e distribuição de riquezas.

Atenta à importância do bom funcionamento da ordem jurídica para a vitalidade da atividade econômica, a FIESP criou o Grupo de Estudos de Direito Concorrencial. O ativo colegiado, em conjunto com o Departamento Jurídico, tem realizado imenso esforço para reunir e ouvir autoridades, acadêmicos e profissionais dispostos a divulgar e debater a cultura da concorrência. Desse modo, a entidade estuda, acompanha e contribui para o aprimoramento das condições de competitividade da indústria brasileira. Busca, também, orientar o empresariado sobre a observância de legislação concorrencial.

Dentre outras atividades, o Grupo de Estudos de Direito Concorrencial elaborou cartilha de boas práticas nesse tema, publicada pela FIESP. Agora, encontra-se em fase final de elaboração documento análogo, dirigido às associações empresariais. Acompanhamos e oferecemos sugestões ao projeto de lei, em tramitação no Congresso

Nacional, de aperfeiçoamento da legislação concorrencial. Nessa direção, também contribuiremos para realizar, pela primeira vez na América Latina, a mais importante reunião mundial de autoridades em defesa da concorrência: o encontro da *International Competition Network (ICN)*, em 2012, que ocorrerá no Brasil, com nosso apoio.

No contexto desse substantivo conjunto de atividades, a FIESP firmou convênio de cooperação científica com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), para a realização da pesquisa apresentada neste livro. Objetivo do trabalho foi investigar os diversos aspectos de revisão judicial das decisões daquele organismo e em que situações elas ocorrem e assuntos que tratam. O conteúdo também busca esclarecer se o Judiciário confirma ou reforma as decisões do CADE e quanto tempo dura um processo.

O estudo é minucioso e precursor. Trata-se do primeiro trabalho detalhado a respeito do assunto. Por enquanto, o universo pesquisado é relativamente pequeno. Ainda não são numerosas as decisões dos Tribunais Superiores sobre questões apreciadas pelo CADE. No entanto, são muitas as vantagens desse pioneiro relatório. Independentemente de suas virtudes metodológicas e cuidadosas análises, a pesquisa revela tendências e mostra que o Judiciário está atento para confirmar as decisões do órgão, quando pautadas pela legalidade, mas também não hesitará em revê-las, se adotadas sem motivação, de maneira arbitrária, com desrespeito ao devido processo legal ou em desvio de finalidade.

A pesquisa sugere reflexão a respeito da eficiência desse sistema de controle judicial das decisões do CADE. Sem o seu aparato técnico e expertise — que têm conquistado o aplauso e o reconhecimento da sociedade —, o Judiciário estará preparado para rever as decisões administrativas? Caso faltem imparcialidade, respeito aos direitos da defesa e equilíbrio na imposição das penas, estará aquele órgão à altura do desafio de ver suas decisões reexaminadas pela Justiça?

Organismos jurisdicionais não se afirmam pela intransigência irrefletida na aplicação da lei. Racionalidade, razoabilidade, ponderação e justiça — mais do que multas ou penas elevadas — pavimentam o caminho de aprimoramento e legitimidade das instituições. A FIESP confia em que pesquisas como esta poderão contribuir para a maturidade cada vez maior do CADE e do Judiciário, na nobre tarefa de ministrar equidade para os mercados.

Espera, também, que os próprios empresários possam compreender, valorizar e observar, conscientemente, uma ordem concorrencial sem abusos praticados pelo poder econômico ou pelas autoridades.

Paulo Skaf

Presidente da Federação e do Centro das Indústrias do
Estado de São Paulo (FIESP/CIESP).

SUMÁRIO EXECUTIVO

Coordenador da pesquisa:
Fabricio Antonio Cardim de Almeida

Pesquisadores-autores:
Fernanda Elias Zaccarelli Salgueiro, Flávio Beicker Barbosa de Oliveira, Ligia Lamana Batochio e Mariana Ferreira Cardoso da Silva

1 O presente trabalho é fruto de uma parceria inédita entre *governo, indústria e academia*.

2 Em 30 de outubro de 2009, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) e a Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) celebraram o Convênio de Cooperação Científica nº 2 (Convênio) para o desenvolvimento de pesquisa científica sobre o tema “Revisão judicial das decisões do CADE”.

3 Desde a idealização da parceria até a presente divulgação dos resultados da pesquisa, passaram-se cerca de um ano e meio. O período de duração e execução da pesquisa previsto no Convênio era de seis meses.

4 O CADE forneceu o *apoio técnico-operacional*, a FIESP *financiou e proveu os demais recursos materiais necessários* e a SBDP *executou o presente trabalho* por meio da sua equipe de pesquisa.

5 Trata-se de pesquisa empírica e aplicada voltada à análise de acórdãos proferidos pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) tendo por objeto decisões administrativas tomadas pelo CADE desde o advento da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, até abril de 2010.

6 O recorte adotado na pesquisa incluiu: (i) as decisões transitadas em julgado nos tribunais indicados (i.e., aquelas cuja resposta

oferecida pelo Poder Judiciário poderia ser chamada de definitiva); e (ii) as decisões já proferidas pelos referidos tribunais, porém, ainda pendentes de recurso em instâncias superiores.

7 Com esse recorte, no total, foram analisados 52 recursos, correspondentes a 41 processos judiciais distribuídos entre TRFs, STJ e STF, e referentes a 39 casos administrativos distintos (decisões do CADE).

8 Após a seleção e tratamento dos casos, optou-se por submeter o material a um exame dissociado: (i) uma primeira análise de cunho quantitativo; e (ii) uma segunda de natureza qualitativa.

9 A análise quantitativa destinou-se a extrair dados relativos ao que se chamou de (i) “fatores de entrada” (dados produzidos a título exemplificativo), bem como informações agrupadas no que se chamou de (ii) “fatores de saída” (dados esses com caráter exaustivo).

10 Na categoria “fatores de entrada”, verificou-se não haver uma grande diferença numérica entre a judicialização de questões discutidas no âmbito de processos administrativos (PAs), (21/39),³ e aquelas decididas em atos de concentração (ACs”), (18/39).

11 O maior número de PAs cujas decisões foram objeto de processos judiciais diz respeito a condenações por prática de unimilitância, identificada pelo CADE como uma forma específica da prática de cartel (10/19), bem como condenações por tabelamento de honorários (5/19). Verificou-se ainda que as decisões administrativas em PAs que mais deram origem a processos judiciais foram proferidas no âmbito de serviços gerais médicos (15/21).

12 Relativamente aos processos judiciais envolvendo ACs, com exceção de quatro casos, a ampla maioria (13/17) das decisões em ACs levadas ao Judiciário não diz respeito propriamente ao mérito da operação submetida ao CADE (aprovada ou rejeitada pela autarquia), mas, sim, a questões secundárias, tais como a aplicação de multa por intempestividade (9/17) e a obrigatoriedade do recolhimento da taxa processual de notificação ao CADE (4/17). Nesses casos, notou-se ainda que os agentes que buscaram o Judiciário para reverter a decisão administrativa pertenciam a setores econômicos dos mais diversos, tais como: construção civil, extração mineral, produtos fumígenos, mercado atacadista de combustíveis e, principalmente, indústria mecânica de elevadores (6/18).

³ O modelo quantitativo (x/y) passa a ser utilizado neste texto, sendo x o número de casos a que cada afirmação se refere e y o universo de casos a que se compara.

13 Quanto aos fatores saída, foram consideradas duas variáveis: (i) o tempo médio de tramitação dos processos findos; e (ii) o resultado final das medidas judiciais obtidas.

14 Relativamente à primeira variável, verificou-se um tempo médio de tramitação total no Judiciário de 5 anos e 3 meses, com acentuadas diferenças entre os tempos de tramitação na primeira instância (2 anos e 2 meses) e nas recursais (por volta de 3 anos nos TRFs e 1 ano no STJ).

15 No que tange ao resultado final dos processos judiciais transitados em julgado, percebeu-se a existência de índices de manutenção e revisão das decisões administrativas praticamente iguais (revisão da decisão em 10 casos, e manutenção em 11), com uma taxa relativamente reduzida de reversão das decisões judiciais entre as diferentes instâncias (manutenção da decisão da instância inferior em 17, dentre 20 recursos examinados).

16 Isso revela a atual inexistência, no Brasil, de uma tendência geral de sucesso ou fracasso no desfecho das demandas levadas pelos agentes econômicos ao Judiciário referentes às decisões do CADE. Isso significa ainda, ao menos sob uma perspectiva quantitativa, que o Judiciário brasileiro não tem se revelado, necessariamente, mais ou menos interventivo.

17 Notou-se ainda, dentre os casos ainda não transitados em julgado, um relativo aumento na revisão das decisões do CADE (12/17), o que, não obstante, não oferece um parâmetro seguro para interpretações, tendo em vista que, nesses casos, a decisão ainda pode ser revertida em recurso pendente de julgamento.

18 A análise qualitativa do material foi realizada com base no mapeamento da forma de construção dos argumentos, eventuais diálogos com outros precedentes judiciais, e na identificação do processo de formação de certas linhas jurisprudenciais. Além disso, também se buscou verificar se e em que medida os tribunais fazem uso de recursos argumentativos, tais como textos doutrinários ou a citação de precedentes judiciais, bem como se nos acórdãos havia remissão a trechos específicos das decisões do CADE, como forma de tentar estabelecer um diálogo explícito com os fundamentos e as razões de decidir da autarquia.

19 Dentre as decisões administrativas revistas pelo Poder Judiciário, apenas em uma pequena parcela dos casos (2/10) essa revisão se deu em razão de vícios de forma, isto é, de aspectos relativos ao procedimento desenvolvido pelo CADE ou à observância das garantias processuais da ampla defesa e do contraditório. Notou-se que

o fundamento da reforma pelos tribunais, na ampla maioria dos casos analisados, teve por base questões relativas exclusivamente ao mérito das decisões administrativas do CADE (8/10). A discussão, nesses casos, concentrou-se sobre aquilo que os tribunais consideraram como a correta aplicação da legislação antitruste.

20 Na análise das decisões proferidas pelo TRF da 1ª Região, emergiram interessantes questões institucionais, que de alguma forma podem impactar no tempo de tramitação ou mesmo no resultado final do processo judicial. A primeira dizia respeito a problemas decorrentes da indefinição da competência interna entre 3ª e 4ª Seções para processar e julgar ações ou recursos relativos a atos administrativos em geral ou à imposição de multa.

21 Outra variável institucional digna de nota é a grande incidência de juízes convocados para comporem as turmas julgadoras do TRF da 1ª Região. Tais juízes participaram do julgamento da maioria dos casos analisados (20/35), tendo sido relatores em quase todos eles (18/20).

22 A última parte do trabalho foi dedicada à análise temática dos casos, tendo-se verificado algumas tendências jurisprudenciais, dentre as quais se destacam as seguintes.

23 Quanto à taxa processual de notificação de operação ao CADE, o TRF da 1ª Região tem reiteradamente decidido pela legalidade de sua cobrança. Por outro lado, em relação à caracterização de cartel na utilização da tabela de honorários médicos, constatou-se na jurisprudência do mesmo tribunal a consolidação de entendimento no sentido de que não configura, por si só, prática anticoncorrencial, devendo ser comprovada *in concreto* pelo CADE.

24 Com relação à exigência de unimilitância por cooperativas de serviços médicos, a despeito da divergência verificada entre o TRF da 1ª Região e o TRF da 4ª Região, o STJ tem sinalizado entendimento no sentido de reconhecer a ilegalidade das referidas cláusulas, afastando o argumento de que a cláusula de exclusividade encontraria lastro na ideia de livre adesão dos cooperados e do cooperativismo previsto na Lei nº 5.764/71.

25 A respeito das multas por intempestividade, foram identificados precedentes favoráveis e contrários à legalidade e constitucionalidade da Resolução CADE nº 15/1998. Nesse tema, três questões centrais são abordadas e discutidas nos acórdãos analisados: (i) os limites do poder do CADE de regulamentar o art. 54, §3º, da Lei nº 8.884/94; (ii) os critérios para identificar o primeiro ato vinculativo

de uma operação ou a data de sua operação; e (iii) os possíveis limites no valor da multa aplicada pelo CADE. Decisão recente do STJ tem dado respaldo ao entendimento do CADE.

26 Os acórdãos que tratavam da celebração de Termo de Cessação de Conduta (TCC) acabaram concluindo pela existência de direito subjetivo da parte para sua celebração no curso do processo administrativo. Todavia, é preciso ressaltar que esses casos foram julgados com base na antiga redação do art. 53 da Lei nº 8.884/94, não tendo contemplado, portanto, a alteração promovida no ano de 2007, que passou a prever expressamente que a celebração do TCC se sujeita a juízo de “conveniência e oportunidade” da autarquia.

27 Relativamente à discussão da competência do CADE para apreciar operações envolvendo instituições financeiras, que já seriam submetidas à avaliação do Banco Central, o Judiciário procurou responder à alegação da inaplicabilidade da Lei nº 8.884/94 ao Sistema Financeiro Nacional (SFN). Além disso, buscou-se tratar a questão em termos do que se chamou de finalidade institucional e desempenho técnico das instituições.

28 De um modo geral, cumpre ainda destacar que a tecnicidade das decisões do CADE não constituiu um argumento considerado de plano pelo Poder Judiciário para afastar a análise do mérito da decisão administrativa. Em um número bastante reduzido de casos, argumentou-se no sentido de ser a decisão administrativa estritamente discricionária, não sendo possível a sua modificação judicial. Este posicionamento não se consolidou, uma vez que se verificou a revisão judicial justamente das mesmas questões discutidas nos casos em que esse argumento prevaleceu.

29 Mesmo nos casos em que se manteve a decisão do CADE em sua integralidade, foi possível identificar uma forte tendência à análise da motivação externada no processo de tomada da decisão por meio dos votos dos Conselheiros do CADE, sendo possível notar, inclusive, o reexame judicial de questões econômicas, com base nos estudos realizados pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e mesmo na aplicabilidade em abstrato das normas antitruste.

30 Em suma, é possível afirmar, com base nos casos concretos analisados, que os tribunais não têm procurado impor quaisquer limites ou restrições ao exercício do controle judicial sobre as decisões do CADE, rejeitando a idéia de que o mérito dessas decisões não estaria sujeito à revisão por parte do Poder Judiciário. Nesse sentido,

os tribunais, direta ou indiretamente, acabam por afastar o argumento de que a atuação do CADE se daria em bases discricionárias e revestidas de tecnicidade, o que mitigaria as possibilidades e limites do controle judicial que se pretenda exercer sobre suas decisões.

ANEXO I

INSTITUIÇÃO RESPONSÁVEL

A Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) é uma entidade sem fins lucrativos, sediada em São Paulo, que congrega especialistas na área do Direito Público. A instituição tem como principal escopo a pesquisa e o estudo multidisciplinar, bem como a divulgação de sua produção científica por meio de cursos, seminários, congressos, publicações e programas de incentivo à pesquisa.

A SBDP foi fundada em 1993 por um grupo de professores de Direito e advogados, com a iniciativa do Prof. Dr. Carlos Ari Sundfeld, atual Presidente da instituição. Durante os primeiros anos, as atividades da SBDP consistiram, principalmente, na promoção de conferências e seminários sobre direito público. Em 1998, como resultado da percepção de que esse campo do Direito se defrontava com dilemas resultantes das mudanças sociais e econômicas pelas quais o país atravessava, a SBDP passou a oferecer cursos com diferentes enfoques, adotando uma abordagem pedagógica que considera interdisciplinar, aplicada e interativa. A SBDP firmou-se como instituição de apoio de pesquisas aplicadas, elaboração de artigos acadêmicos e pesquisas de iniciação científica.

O objetivo central da entidade é promover o desenvolvimento do direito público por meio do estímulo a estudos sistematizados e metodologicamente lastreados. Para alcançar esse objetivo, a SBDP, além de oferecer cursos e publicar livros — dez até o momento — que abordam questões atuais no âmbito do direito público, desenvolve, desde 1998, um núcleo de estudos e pesquisas chamado Escola de Formação.

Esse projeto tem o objetivo de desenvolver e disseminar uma cultura de reflexão não formalista, interativa e voltada à pesquisa em Direito. Para tanto, reúne alunos de graduação de diferentes instituições, ao longo de um ano, voltados ao estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e produção de pesquisas individuais (monografias) exclusivamente direcionadas a esse tema. Essas pesquisas são publicadas no endereço eletrônico da instituição

como forma de difundir informações sobre a jurisprudência da mais alta corte do país.⁴

No intuito de dar continuidade ao trabalho iniciado na Escola de Formação, a SBDP criou o projeto Extramuros, formado por ex-alunos da Escola de Formação, que se dedicam ao desenvolvimento de pesquisas coletivas voltadas à jurisprudência do STF.

Uma das pesquisas em andamento do grupo Extramuros possui o tema “*Accountability* e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: estudo empírico de variáveis institucionais e a estrutura das decisões” e conta com financiamento do CNPq. Esta pesquisa pretende mapear e analisar o modo como decidem os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), com o objetivo de produzir informações sobre o funcionamento do tribunal, permitindo maior *accountability* e maior controle social do processo de interpretação constitucional. O recorte metodológico escolhido para analisar neste trabalho são as variáveis internas à decisão, que correspondem a elementos que podem ser identificados por meio da leitura e análise metódica de decisões do tribunal. Supõe-se que tais variáveis interfiram na estruturação dos julgamentos influenciando, por exemplo, a origem dos argumentos utilizados nas decisões (uso de precedentes, recurso à doutrina, estudos científicos, matérias jornalísticas etc.).

Em 2009, a SBDP venceu um edital do Projeto Pensando o Direito da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) e desenvolveu a pesquisa “Controle de constitucionalidade dos atos do Poder Executivo” onde foram identificados todos os atos normativos de iniciativa do Executivo federal, cuja constitucionalidade foi questionada perante o STF por via do controle concentrado.

Além desses grupos permanentes de pesquisa, a SBDP funcionou diversas vezes como centro que congregou professores e pesquisadores para o desenvolvimento de pesquisas aplicadas. Como exemplos desses trabalhos podem ser mencionados: Comunidades quilombolas: direito à terra; Parcerias público-privadas; As leis de processo administrativo; e Direito global.

⁴ Para conferir as monografias produzidas pelos alunos da Escola de Formação, cf. <<http://sbdp.org.br/monografia.php>>. Cabe ressaltar que, em 2009, como reflexo da produção científica da Escola de Formação, a SBDP lançou o livro *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?*, organizado pelos professores Diogo R. Coutinho e Adriana M. Vojvodic (São Paulo: Malheiros). O livro contém artigos escritos por ex-alunos da Escola de Formação nos temas interpretação constitucional, controle de constitucionalidade, artigos históricos, direito econômico, direitos sociais, direito administrativo e direitos fundamentais.

ANEXO II

EQUIPE DE PESQUISA

Fabricio Antonio Cardim de Almeida (Coordenador)

Bacharel em Direito (2005) e mestre em Direito do Estado (2009) pela Universidade de São Paulo. Foi aluno (2002) da Escola de Formação na SBDP e, desde 2006, ministra aulas, orienta alunos, participa em bancas de defesa de monografias de conclusão de curso de alunos da Escola de Formação, e desenvolve atividades de estudo e pesquisa na SBDP. Atua profissionalmente como advogado nas áreas de direito econômico e defesa da concorrência. É membro de diversos grupos representativos do setor e participa ativamente de fóruns nacionais e internacionais de discussão sobre o assunto (Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB/SP, Grupo de Estudos de Direito Concorrencial da FIESP/CIESP, Comitê de Concorrência e Relações de Consumo do CESA, “Grupo SBDC” da Força Tarefa de “Marcos Regulatórios” da Amcham, *Antitrust Committee* e *Global Forum for Competition and Trade Policy* da *International Bar Association (IBA)*, e *non-governmental advisor* da *International Competition Network (ICN)*. E-mail: <fcardim@pn.com.br>. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/5504813636188730>>.

Fernanda Elias Zaccarelli Salgueiro

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Graduanda em Filosofia pela Universidade de São Paulo. Foi aluna da Escola de Formação junto à SBDP, com a monografia “Os argumentos dos ministros do STF ao analisarem o poder de polícia contra prostitutas” (2008). Estagiou junto ao Ministério Público Federal, na área de Direitos do Consumidor e Ordem Econômica. Realizou pesquisas de iniciação científica e de extensão financiadas pelo CEPE-PIBIC e pelo CNPq. E-mail: <fernanda_sal@yahoo.com.br>. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/8462633948884863>>.

Flávio Beicker Barbosa de Oliveira

Bacharel em Direito (2009) e mestrando em Direito do Estado (2010-2012) pela Universidade de São Paulo. Participou de programa de intercâmbio acadêmico na Faculdade de Direito da Universidade de Munique, Alemanha (2006), com financiamento do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD). Ex-aluno da Escola de Formação (SBDP), com a monografia “O Supremo Tribunal Federal e a dimensão temporal de suas decisões: a modulação de efeitos e a tese da nulidade dos atos normativos inconstitucionais” (2008). Bolsista de iniciação científica junto à FAPESP (2008-2009). E-mail: <fbeicker@hotmail.com>. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/9405664733963625>>.

Ligia Lamana Batochio

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2010). Foi aluna da Escola de Formação junto à Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), com a monografia “A interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos da decisão no mandado de injunção” (2007). Estagiou em escritório de advocacia na área de direito regulatório administrativo e concorrencial (2008-2009) e no Ministério Público Estadual, na área de Patrimônio Público (2010). Publicou o artigo A interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos da decisão no mandado de injunção. In: COUTINHO, Diogo R.; Vojvodic, Adriana M. (Org.). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009. Atua profissionalmente como advogada na área de direito do consumidor. E-mail: <batocchio@gmail.com>. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/8020631697361466>>.

Mariana Ferreira Cardoso da Silva

Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo (2010). Participou de programa de intercâmbio do *Center of Transnational Legal Studies*, promovido pela *Georgetown University* (2008/2009), e do programa de intercâmbio do Conselho de Administrativo de Defesa Econômica (PinCADE 2008). Ex-aluna da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (2007) com a monografia *O STF como instituição contra-majoritária: uma análise empírica de decisões de Direito Eleitoral*. Desenvolveu pesquisa de iniciação científica com apoio do CNPq/Reitoria-USP. Estagiou junto ao Ministério Público de São Paulo (2007). E-mail: <marianafcs@usp.br>. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/5579192756306304>>.



A Casa Editorial do Direito Público

Visite nossa livreria no site:

www.editoraforum.com.br

livros@editoraforum.com.br

Vendas: (31) 2121-4949