



1º LUGAR - DEFESA DA CONCORRÊNCIA
AUTOR: ANDRÉ LUIZ PEREIRA DE OLIVEIRAS
PASSOS - MG

TUTELA DE URGÊNCIA E EFETIVIDADE NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO ANTITRUSTE BRASILEIRO

III PRÊMIO SEAE – 2008

TEMA 1: DEFESA DA CONCORRÊNCIA

**TUTELA DE URGÊNCIA E EFETIVIDADE NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO ANTITRUSTE BRASILEIRO**

Monografia submetida a apreciação como
requisito para obtenção do III Prêmio
SEAE/MF.

RESUMO

O trabalho apresenta um modelo de aplicação das modalidades de tutela de urgência no processo administrativo antitruste, de acordo com suas peculiaridades. Efetiva-se a análise do processo administrativo regulamentado pela lei 8884/94 pela sua efetividade, a fim de se detectar a possibilidade de aplicação das medidas de tutela de urgência oriundas do processo civil. . A efetividade no antitruste então pressupõe não somente uma atuação regular do Estado por meio do processo, mas também que esta seja tempestiva, de forma a atender realmente aos fins a que se predestinam.

Partindo da concepção do processo como instrumento de promoção de uma Administração Pública democrática e consensual e de uma análise crítica do sistema constitucional da ordem econômica, por meio tanto da revisão bibliográfica dos principais autores da área quanto de pesquisa documental acerca dos posicionamentos jurisprudências do órgão de defesa da concorrência, procuramos demonstrar serem aplicáveis os mecanismos processuais de urgência no processo administrativo antitruste, os quais devem ser aplicados pré-requisito à efetividade tanto do processo quanto da atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

PALAVRAS-CHAVE

(1) Processo Administrativo antitruste; (2) Direito concorrencial; (3) Efetividade processo administrativo antitruste; (4) Tutela de urgência no processo administrativo antitruste.

LISTAS DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC Ato de Concentração

AI Auto de Infração

AL - Acordo de Leniência

AP - Averiguação Preliminar

APRO – Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Co Consulta

CPC – Código de Processo Civil

MC - Medida Cautelar

MF – Ministério da Fazenda

MJ – Ministério da Justiça

MP- Medida Preventiva

PA - Processo Administrativo

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE – Secretaria de Direito Econômico

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

RV - Recurso Voluntário

RA - Restauração de Autos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA E A PROCESSUALIDADE JURÍDICO ADMINISTRATIVA	9
1.1 – Considerações iniciais.....	9
1.2 – A ordem econômica na Constituição de 1988.....	10
1.3 – Intervenção do Estado no domínio econômico.....	12
1.4 – Processo Administrativo enquanto instrumento de defesa da ordem econômica.....	14
2. PROCESSO ADMINISTRATIVO NA LEI 8884/94.....	18
2.1 – Considerações iniciais.....	18
2.2 – O processo administrativo na lei antitruste	19
3. TUTELA DE URGÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTITRUSTE DA LEI 8884/94.....	31
3.1 – Considerações iniciais.....	31
3.2 – Tutela de urgência e garantia constitucional da ação	36
3.3 – As modalidades de tutela de urgência e o antitruste.....	42
4. APLICABILIDADE DO ARTIGO 273 DO CPC NO PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTITRUSTE.....	46
4.1 – Cabimento e hipóteses de antecipação	48
4.2 – Legitimidade, extensão e momento da medida antecipatória.....	55
4.3 – Instrução, decisão e efetivação da antecipação dos efeitos da tutela.....	58
5. TUTELA CAUTELAR E PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTITRUSTE.....	61
5.1 – Considerações iniciais.....	61
5.2 – A tutela cautelar e a medida preventiva no processo administrativo antitruste.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	75

INTRODUÇÃO

A liberdade de iniciativa figura no Texto Constitucional como um dos fundamentos da República e embasa também a estrutura desenhada pelo constituinte para a ordem econômica, significando que os agentes têm direito de ingressar no mercado de produção de bens e de serviços por sua conta e risco.

O processo é a forma necessária de atuação do Estado para a aplicação da lei na solução de conflitos, nos termos do art. 5º, LIV, e LV, da Constituição da República. O Direito Processual, tradicionalmente denominado “direito adjetivo”, instrumentaliza o direito material, sendo válida a máxima de que “a todo direito corresponde a uma ação que a assegura”.

O processo em si não é suficiente para que sejam evitadas arbitrariedades. É preciso que seja dotado de efetividade, ou seja, que a solução estatal adotada vá ao encontro das necessidades ditadas pelo interesse de coletividade.

No antitruste esta questão se torna ainda mais intrincada, pois a velocidade das relações econômicas travadas é muitas vezes um empecilho para a cognição exauriente da autoridade antitruste no processo. Vale dizer, o tempo é um fator que precisa ser considerado já que o próprio ente estatal não pode, sob o discurso da segurança jurídica, obstar o desenvolvimento de atividades econômicas que gerem eficiência ao mercado.

As medidas processuais de urgência estão dentro da atividade de cautela e são cabíveis no processo administrativo a fim de acautelá-lo diante do perigo da demora natural da decisão final.

Dentre as medidas antecipatórias, há que se distinguir as denominadas “tutela cautelar” e “tutela antecipada”, cuja distinção faz-se diante de finalidades da vida prática, atingindo o interesse social e é por esta razão que devem ser identificados os limites entre as mencionadas modalidades de tutela de urgência.

Por meio do presente trabalho efetiva-se análise do processo administrativo antitruste pela sua efetividade, a fim de detectar a possibilidade de aplicação das medidas de tutela de urgência oriundas do processo civil.

Este aspecto geral da pesquisa é rodeada pela construção de uma teoria acerca da efetividade do processo administrativo antitruste construída a partir de uma visão multidisciplinar a respeito das principais construções acerca do tema.

O estudo que aqui se propõe se justifica em primeiro lugar devido a ausência de obras doutrinárias que tratam do processo administrativo da lei 8884/94. Tem se muito dedicado á análise de temas do direito material antitruste em detrimento da sua efetivação por meio do processo. Em segundo lugar, tema referente à defesa dos interesses difusos e coletivos em face do interesse público envolvido reveste-se de atualidade e de importância, notadamente a partir da Constituição de 1988. Assim, devem existir institutos processuais aptos a assegurar a proteção dos direitos difusos em caráter de urgência na via administrativa. Por último, deve-se ressaltar que a proteção do mercado bem como da livre iniciativa e da livre concorrência exige intervenção do Estado, mediante mecanismos tais como a tutela cautelar e a tutela antecipada.

Utilizando como procedimento metodológico comum o raciocínio dedutivo, as o trabalho visa explorar seu objeto de investigação por meio tanto de uma revisão bibliográfica dos principais autores referente ao tema quanto de uma pesquisa documental na análise da jurisprudência tanto do CADE quanto dos tribunais superiores.

Para tanto, o presente trabalho foi organizado da seguinte forma: o primeiro capítulo versa sobre o processo administrativo enquanto instrumento idôneo e necessário de defesa da ordem econômica. Pelo sistema constitucional em vigor, à Administração Pública foi outorgada a competência para promover a manutenção da liberdade de iniciativa concorrencial. Ressalta-se, nesse ponto, que a defesa da sanidade do mercado constitui interesse difuso, demandando, portanto, atuação razoável da autoridade administrativa.

O segundo capítulo é a exposição do processo administrativo na lei 8884/94, contrastando os dispositivos legais com os ensinamentos doutrinários e também com a práxis do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

O terceiro capítulo é dedicado ao estudo da tutela de urgência no processo administrativo antitruste. Para tanto, propõe-se a extensão do direito constitucional de ação ao exercício da função administrativa no antitruste. O quarto capítulo é um estudo da possibilidade de aplicação das medidas antecipatórias do efeito da tutela, por meio da análise da aplicação do artigo 273 do CPC no antitruste. O quinto capítulo visa investigar o cabimento da tutela cautelar na lei 8884/94. Finalmente o sexto capítulo traz as conclusões.

CAPÍTULO 1

DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA E A PROCESSUALIDADE JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado exerce as funções que lhe são típicas por meio do processo. O poder estatal, uno e indivisível, se transforma de forma legítima em atos materiais necessariamente por meio do processo.

Esta perspectiva¹⁵, inerente ao exercício dos poderes do Estado, guarda estreita relação com os avanços do direito processual moderno, principalmente ao que se refere à instrumentalidade do processo¹. Na seara administrativa e no campo do antitruste, o processo constitui-se em um instrumento que confere legitimidade à intervenção do Estado no domínio econômico, restrita às hipóteses do art. 173, §4º da Constituição Federal de 1988.

¹ Tal concepção metodológica vislumbra o direito processual, na lição de Dinamarco (2005, p. 38), como “[...] um conjunto de princípios, institutos e normas estruturados para o exercício do poder em conformidade com determinados objetivos. Desta concepção instrumental, a noção de processo migrou para abranger cada vez mais o exercício dos Poderes Executivo e Legislativo”.

Analisar-se-á neste capítulo o processo administrativo enquanto instrumento de controle legítimo estatal da ordem econômica. Para tanto, faz-se necessário examinar o modelo que o constituinte desenhou para a ordem econômica, com enfoque no conteúdo dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Após serão estudadas as maneiras pelas quais o Estado pode intervir na economia e por fim a imprescindibilidade do processo enquanto instrumento de legitimação desta atuação no campo econômico.

1.2 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nos termos do art. 170 da Constituição da República, no conceito de *ordem econômica* está compreendida tanto uma parcela da ordem jurídica, (ou seja, do *dever ser*) quanto o próprio modo de ser da economia brasileira, a articulação do fenômeno econômico como fato².

O estudo da ordem econômica e, em específico, do antitruste, coloca em confronto as ciências jurídica e a econômica. O Direito, por meio da prescrição de normas destinadas à imposição de determinada conduta, espelha o modelo econômico adotado em princípios e regras jurídicas. O campo de atuação da ciência jurídica é maximizado, passando a funcionar como instrumento de implantação de políticas públicas³.

² Grau (2007) considera que, no *caput* do artigo 170, a expressão *ordem econômica* foi empregada para designar uma realidade do *mundo do ser*, nos preceitos seguintes, a dispor normas que estão integradas na parcela da ordem jurídica que se refere como ordem econômica, no chamado *mundo do dever ser*.

³ Bucci (2002, p.241) estabelece que políticas públicas “[...] são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”, Constituem instrumentos da ação governamental para um setor da sociedade ou um espaço determinado, buscando, assim, a concretização de determinados objetivos previstos em nossa Constituição. No âmbito do antitruste, a

A livre concorrência deve ser compreendida, na classificação Dworkin (1987) *apud* Grau (2007, p.158) à condição de *princípio*, sendo um postulado jurídico que orienta o legislador e o operador do direito no caso concreto.

De acordo com Mendes *et al* (2008) a *livre concorrência* está intimamente ligada ao princípio da *livre iniciativa*, valor que embasa a ordem econômica na forma do caput do ar. 170 da Constituição. Esta significa a possibilidade de os agentes econômicos poderem atuar sem embaraços juridicamente justificáveis, em um determinado mercado, visando à produção, à circulação e ao consumo de bens e serviços.

Neste diapasão, a Constituição consagrou na realidade o que tem se denominado doutrinariamente de *liberdade de iniciativa concorrencial*, de forma que a livre iniciativa somente é legítima se coadunar-se com a livre concorrência. A iniciativa que obstacularizar a livre concorrência será contrária a Constituição, sobretudo aos ditames da valorização do trabalho e da existência digna⁴.

defesa da livre iniciativa concorrencial além de um fundamento do Estado Brasileiro, constitui num dos fundamentos da ordem econômica. Assim, por estes fundamentos, torna-se imperativa a implementação pelo Estado de instrumentos que visem a defender a concorrência e a manutenção das condições de mercado para os agentes econômicos.

⁴ “Ora, livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-lhe valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados artigos 1º e 170. [...] Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando que o “princípio econômico” segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado. Houve por conseguinte iludível opção de nossos contribuintes por dado tipo de política econômica, *pelo tipo liberal do processo econômico*, o qual só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate de forças competitivas privadas que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando o aumento arbitrário dos lucros”. (REALE, 1992, *apud*, MENDES *et al*, 2008, p.1358).

A proteção da concorrência assume valor instrumental de maior garantia de proteção à empresa e a coletividade. O mercado não tem aptidão de sozinho distribuir as riquezas. Os agentes econômicos são movidos pelo espírito da acumulação, cerne do sistema de produção capitalista. Em contrapartida cabe ao ente estatal viabilizar a liberdade de iniciativa e também a livre concorrência, como medida de democracia no campo econômico.

Há, portanto, espaço para a convivência harmônica de um modelo econômico centralizado no dogma da livre iniciativa com a possibilidade de intervenção do Estado para a preservação das diretrizes desenhadas pela Constituição.

1.3 INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

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

Na medida em que o *ente público* passa a ser exigido para garantir condições mínimas de competição, sua atividade interventiva é expressão daquilo que Sundfeld (1997) conceitua como *administração ordenadora*. Com este tipo de atuação, procura-se garantir melhores condições de vida àqueles excluídos do sistema das forças produtivas do capitalismo, sem considerar seu *status* no mercado

de trabalho e ainda corrige o funcionamento das forças de mercado, estabelecendo parâmetros a serem seguidos⁵.

No antitruste em específico a administração ordenadora⁶ possibilita ao Estado a utilização de instrumentos jurídicos cujo objetivo é a limitação dos efeitos do comportamento dos agentes econômicos, sem utilizar-se de um sistema de poder ostensivo⁷.

O Poder Público interfere em primeiro lugar editando leis, dentro da legalidade que rege a sua atuação. Por outro lado, apóia a iniciativa privada e estimula determinados comportamentos. É a atividade de *fomento*. Interfere ainda mediante *atuação direta*, no caso de prestação de serviços públicos e da exploração de atividades econômicas. Por fim, estabelece *sanções* punitivas aos agentes privados que desempenham determinadas atividades econômicas e sociais com transgressão das normas predefinidoras.

Deve-se ressaltar que as normas do antitruste, tais quais as demais decorrentes da atividade regulatória do Estado, não se destinam em última instância nem a definir nem a impor imperativamente qualquer espécie de interesse público nas relações privadas. Ao contrário, buscam apenas a harmonizá-los com os demais

⁵ Neste contexto, a atividade de intervenção do Estado na ordem econômica por meio do antitruste pode ser definida por Moreira Neto (2003 p. 3) como “toda e qualquer conduta estatal (comissiva ou omissiva) que vise a alterar o comportamento econômico dos agentes privados, seja com os fins de prestígio ao mercado concorrencial, seja com fins estranhos ao próprio mercado concorrencial (mas vinculados ao interesse público, tal como definido em lei)”.

⁶ Segundo Bandeira de Mello (2008, p.487) considera que “[...] a administração pública não tem título jurídico para aspirar reter, em suas mãos, poder de outorgar aos particulares o direito de desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que empresários por ventura intentem efetuar. De acordo com termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida, assim como o *quantum* a ser produzido ou comercializado resultam numa decisão livre dos agentes econômicos”.

⁷ No campo da ordem econômica, Administração Pública não mais detém a competência para interferir no poder de escolha do agente econômico sobre qual atividade será empreendida e tampouco sobre a quantidade a ser produzida ou comercializada. Deste modo, ao Poder Público cumpre estimular os particulares a exercer suas atividades num sistema de competição.

interesses juridicamente relevantes e protegidos, ditados pela liberdade de iniciativa concorrencial.

A atividade regulatória abrange o antitruste já que ambos primam pela eficiência. Segundo Valério (2006, p.239-240) “a regulação pelo controle direto de preços, quantidades, condições de entrada e saída etc.; o antitruste, que atua indiretamente, pela promoção e preservação do processo natural que tende a alcançá-la”.

Por este raciocínio, podemos considerar a intervenção estatal no antitruste uma espécie de intervenção regulatória. De acordo com Possas (2002, p.102-107), a defesa da concorrência “é uma forma de regulação consistente em princípios gerais que limitam condutas legalmente possíveis, geralmente por meio de balizas negativas. Conforma o espaço de legalidade ampla em sua definição tradicional, qual seja a de *que se pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe expressamente*.”

1.4 PROCESSO ADMINISTRATIVO ENQUANTO INSTRUMENTO DE DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA

O Direito Administrativo, numa perspectiva democrática, procura enfatizar as garantias do cidadão em detrimento do Estado. De acordo com Ávila (2001), a Administração não possui autonomia de vontade, cabendo-lhe apenas o dever de exercer a função pública executando a finalidade instituída pelas normas jurídicas constantes na lei dando-lhe ótima aplicação no caso concreto.

Ao lado da supremacia do interesse público, há ainda que se mencionar a *indisponibilidade* pela Administração deste mesmo interesse. Trata-se de outro pilar

do regime jurídico administrativo, impondo ao administrador público e àqueles que os façam as vezes no uso das prerrogativas públicas o dever de pautar suas ações de acordo com as finalidades predeterminadas pela legalidade.

Entre o interesse público e o privado está situada também uma terceira classe de interesses, chamados *transindividuais*⁸, compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas. Segundo Cappelletti (1975) *apud* Mazzili (2007, p.48) “são interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público”.

A preservação do livre funcionamento de mercado, inserida na proteção à ordem econômica é interesse público. É interesse difuso, uma vez que é indivisível, cuja titularidade é indeterminada e decorre de uma situação de fato (e não de um instrumento jurídico e tampouco de um vínculo concreto). É ainda interesse público concreto referente ao Estado enquanto comunidade e a sua realização diz respeito a toda sociedade civil e implica em direito ao cidadão de provocar o Poder Público para resguardá-lo. Demandam ainda *informação* (publicidade), *participação* em contraditório e *processo*, diante do direito plurissubjetivo público dos respectivos titulares de se manifestarem na via processual antes da decisão final. (MELLO, 2003).

A lei antitruste trouxe para a processualidade administrativa a competência para a tutela da ordem econômica. A atuação do Estado na ordem econômica se dá por meio de sua função administrativa. Pela relevância do tema e principalmente dos

⁸ Nos termos do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, os interesses difusos são aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Os interesses ou direitos coletivos, por sua vez, são aqueles “de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Por fim, os interesses ou direitos individuais homogêneos são aqueles “decorrentes de origem comum”.

interesses manejados, somente é legítima se realizada mediante instrumento que proteja efetivamente os direitos dos cidadãos ante a superioridade natural do Poder Público ante a coletividade⁹.

Sendo integrante a Administração Pública, a atuação do Estado não pode ser arbitrária e, justamente por manejar interesses difusos, devem necessariamente ser atribuídas transparência e publicidade a seus atos além de ampla possibilidade de participação do particular na formação da vontade estatal. Estes imperativos somente serão observados por meio do *processo administrativo*¹⁰.

Além disso, Mello (2003, p.273) enfatiza que “[...] não se pode negar que o processo administrativo é mais célere, menos formal e a isso se acrescenta à possibilidade da solução da controvérsia sem a instauração do contraditório judicial”.

A tutela estatal da ordem econômica deve efetivamente assegurar plenas condições de obtenção tempestiva da proteção requerida. No antitruste, tratando-se das condutas tipificadas em seus artigos 20 a 23 e considerando o alto potencial lesivo das práticas à coletividade, deve a autoridade ser dotada de instrumentos realmente eficazes no sentido de promover uma imediata reparação do dano causado.

No controle preventivo de estruturas, em função da própria dinamicidade das relações econômicas, que se aproveitam de conjunturas muitas vezes instantâneas, aos agentes econômicos deve ser assegurada possibilidade de realizar ligações

⁹ Ressaltamos que, no campo das agências reguladoras, ao lado das funções puramente administrativas, estes entes da administração indireta detêm também competências decisórias. A lei da ANATEL (nº. 9472/97) prevê que ela comporá administrativamente os conflitos de interesse entre as prestadoras de serviços de telecomunicações (art.19, XVII); a lei da ANEEL (nº. 9247/96) atribuiu a essa agência o poder de dirimir divergências entre os delegatários, bem como entre eles e os consumidores (art. 3º, V), a lei da ANP (nº. 9478/97) também contém previsões nesta linha. (MOREIRA NETO, 2003, p.54).

¹⁰ De acordo com Moreira (1999, p.57) dispõe que o “processo administrativo significa meio ativo de exercício e garantia de direitos aos particulares, que têm condições de participar e controlar a seqüência predefinida de atos anteriores ao provimento final”.

societárias sem que para tanto seja preciso esperar uma cognição plena sobre a questão. Estando presentes os requisitos autorizadores, o CADE deve possibilitar a celebração do ato, ainda que precária, desde que possível a reversibilidade dos efeitos da operação, caso seja julgada improcedente a operação.

É aí que se justifica a adoção dos mecanismos de tutela de urgência, originados do processo civil, também ao antitruste. Estes provimentos, como se verá, exerce função tipicamente instrumental em relação àqueles destinados à produção dos efeitos no plano material. Protege com eficácia tanto a coletividade quanto também os interesses dos agentes econômicos no exercício do livre de poder de mercado que lhes é assegurado em sede constitucional.

CAPÍTULO 2

PROCESSO ADMINISTRATIVO NA LEI nº 8884/94

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

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

A doutrina processualista moderna tem considerado que o termo “processo” envolve procedimentos que interferem na realidade jurídica dos administrados, seja para a determinação de uma obrigação ou para aplicação de alguma sanção, devendo sempre ser desenvolvida sob a luz do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Já o vocábulo “procedimento” refere-se a uma seqüência de atos e

formalidades não tendentes a interferir decisivamente na esfera jurídica do administrado, que precedem uma manifestação administrativa. (CASTRO, 2005, p.114).

Haverá processo administrativo desde que esse procedimento seja realizado em contraditório e em sintonia com outras garantias processuais que devem ser estendidas também à processualidade administrativa. Na realidade, a presença da relação jurídico-processual no processo é a posição jurídica e a instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório. Terem as partes poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro, significa que o processo é realizado em contraditório. (DINAMARCO *et al*, 2005, p.293).

Nesta concepção, há um único processo administrativo regulado pela lei 8884/94, que é aquele destinado a proteger a livre iniciativa concorrencial. O Regimento Interno disciplina então, na realidade, uma série de procedimentos, que por permitirem o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, são espécies do Processo Administrativo regulado pela lei antitruste.

2.2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO NA LEI ANTITRUSTE

Na estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência existe uma separação entre as instâncias decisória e investigatória. A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, nos termos do artigo 35 da lei antitruste, é o órgão responsável pela coleta de informações e produção de provas enquanto o

CADE, nos termos o artigo 39 da mesma lei, é a autarquia responsável pelo julgamento.

Essa separação, conforme Salomão Filho (2008), é bastante relativizada em algumas hipóteses, como por exemplo com a possibilidade de a SDE proferir decisão de arquivamento e com a possibilidade de o Conselho exercer seu papel persecutor com pedidos de documentos e informações bem como a realização de reuniões para fins de instrução processual¹¹.

Sendo a apuração no antitruste realizada em contraditório, é pré-requisito para sua legitimação consiste no dever de todos serem ouvidos pela autoridade na fase investigatória, inclusive os concorrentes (exceto as informações confidenciais que fazem parte da *intimidade da empresa* e por isso devem ser mantidos em autos apartados).

Em decorrência do caráter institucional da tutela concorrencial, é de extrema amplitude os interesses envolvidos, o que por si só traz maior necessidade de eficiência da atuação estatal. Ao mesmo tempo, não se deve perder de vista que o processo é em essência um instrumento de garantia do cidadão frente à administração. Assim, conforme assinala Gabardo (2002, p.122), “[...] para garantir-se a regulação adequada, há que se resguardar a proporcionalidade na configuração do procedimento, que não pode ser excessivamente complexa ou demasiado simplificada”.

O justo procedimento é exigência intrínseca ao Estado Social e Democrático de Direito. Como direito fundamental de primeira geração, traz uma maior faixa de

¹¹ Separar os órgãos que fazem instrução e julgamento não significa, entretanto, que se apliquem princípios processuais diversos em cada fase. Ambas são fases do mesmo processo administrativo. Trata-se portanto de procedimento em contraditório e não de procedimento inquisitivo. (SALOMÃO FILHO, 2008, p.184)

liberdade e segurança contra o Estado Autoritário. Significa também garantia de acesso do cidadão ao poder além de ser meio de respeito aos direitos fundamentais¹².

Segundo entendimento de Moreira (1999) o processo administrativo regulado pela lei antitruste somente terá atributos de efetividade se houver celeridade, simplicidade, predefinição da finalidade, economicidade e efetividade. Deve pois a autoridade, tanto aquela que desenvolve poderes instrutórios quanto a instância julgadora, consoante Gabardo (2002), promover a garantia do direito a informação, facilitar a vista aos autos, proceder à correta intimação dos atos processuais, garantir a publicidade efetiva e ainda a impossibilidade de aplicação de efeito retroativo à mudança na interpretação legal.

Ainda, no tocante ao processo antitruste, deve-se levar em conta a qualidade da atuação do agente público responsável. Os agentes competentes para promover a defesa da concorrência devem buscar, por meio de seus atos processuais, atingir sempre que possível um resultado prático, que alie maior satisfação do interesse público imediato com o menor sacrifício possível de outros interesses constitucionalmente protegidos, tal qual a própria liberdade de iniciativa concorrencial.

Segundo o artigo 23 do Regimento Interno do CADE, aprovado por meio da Resolução nº. 45 do ano de 2007, os procedimentos relacionados à defesa da concorrência são distribuídos por um total de 10 classes, quais sejam: Acordo de

¹² Tal como a garantia do devido processo legal, o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo. Em verdade, a aplicação escorreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização de barbárie. A guisa de informação básica, advirta-se que os direitos fundamentais de caráter processual são dotados de âmbito de proteção marcadamente normativo. Anote-se que em todas as normas legais referentes a esses direitos individuais têm o propósito de restringir ou limitar poderes e faculdades (MENDES ET al, 2008, p.493)

Leniência (AL), Ato de Concentração (AC), Auto de Infração (AI), Consulta (Co), Medida Cautelar (MC), Medida Preventiva (MP), Processo Administrativo (PA), Recurso Voluntário (RV), Averiguação Preliminar (AP) e Restauração de Autos (RA). Destes, são dois os aqueles que com mais freqüência tramitam no SBDC, quais sejam o Processo Administrativo (PA) ¹³ e o Ato de Concentração (AC).

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

Há, portanto, um único processo administrativo regulado pela lei 8884/94, que é aquele destinado a proteger a livre iniciativa concorrencial. O Regimento Interno disciplina uma série de procedimentos que são espécies do processo administrativo antitruste.

Os procedimentos descritos, de acordo com seu objeto, podem ser agrupados em dois grupos, quais sejam: (a) aqueles para apuração de condutas e (b) aqueles para análise de atos de concentração e por fim (c) os procedimentos incidentais, que dotam a autoridade de meios para agir em situações de urgência.

¹³ O PA, espécie de processo administrativo regulado pela lei antitruste, é instaurado quando já existem fortes indícios de práticas lesivas ao mercado, quer tenham sido constatadas em averiguações preliminares ou mesmo de imediato, caso estes indícios possam ser constatados desde logo (artigos 20 e 21 da lei 8884/94).

2.2.1 Procedimentos para apuração de condutas

Nos termos do artigo 30 da lei 8884/94, o procedimento para apuração de conduta tem início na SDE, por meio de averiguações preliminares de competência da Inspeção Geral. Este procedimento pode ser iniciado de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado e deve ser concluído, nos termos do artigo 31 da mesma lei, em até sessenta dias, quando o processo administrativo deverá ser instaurado ou, na falta de elementos, arquivado, devendo ao CADE ser recorrido de ofício neste último caso.

Pela sistemática da lei, se houverem indícios já considerados suficientes para a instauração do processo administrativo, não é necessário a instauração das averiguações preliminares. Neste caso, nos termos do artigo 32 da mesma lei, o processo administrativo deverá ser instaurado em até 08 (oito) dias a partir do conhecimento do fato ou da representação. O ato que o inicia é um despacho fundamentado do Secretário da SDE, especificando os fatos a serem apurados.

A partir de então, o representado será integrado à relação processual administrativa por meio de notificação a apresentar defesa no prazo de quinze dias. Nos termos do art. 34, é considerado revel quando não apresentar em defesa no prazo legal, incorrendo em confissão quanto à matéria de fato.

Devido à forte carga de interesse público envolvido, os direitos envolvidos são indisponíveis. Deve ser, portanto, buscado aquilo que doutrinariamente se denomina por “contraditório efetivo”, por meio do qual a reação se impõe como absolutamente indispensável. Portanto os efeitos da revelia, em que pese a falta de

menção expressa na lei concorrencial, especialmente nos procedimentos de apuração de condutas (viés repressivo da atuação do SBDC), afrontam a efetividade do contraditório, de forma que o CADE deva sempre buscar a reação do representado das condutas lesivas que lhe foram imputadas¹⁴

Após o decurso do prazo de apresentação de defesa, inicia-se a fase instrutória, com a determinação de realização de diligências e a produção de provas, no prazo de 15 dias. A mesma liberdade probatória conferida ao órgão deve ser também ser atribuída ao representado. A Administração atua como parte e portanto em posição de igualdade com o representado e portanto ampla iniciativa probatória deve ser franqueada também a ele

Nesta fase foram conferidos amplos poderes instrutórios à SDE, podendo inclusive realizar busca e apreensão necessitando de autorização judicial, nos termos do artigo 35-A (com a redação dada pela lei nº. 10.149 de 22 de dezembro de 2000).

Concluída a instrução processual, o representado deve ser notificado para apresentar alegações finais no prazo de cinco dias. Após isso, em relatório circunstanciado, deve a autoridade da SDE decidir pela remessa dos autos ao CADE para julgamento ou pelo seu arquivamento, cabendo recurso de ofício à autarquia nesta última hipótese (art. 39, lei nº. 8884/94).

Recebido o processo, deverá o mesmo ser distribuído por sorteio ao Conselheiro Relator, quem deverá abrir vistas à Procuradoria para manifestar-se no prazo de 20 (vinte) dias.

¹⁴ “[...] em qualquer momento da vida, o ato de defesa não é apenas um direito natural ou constitucional, é bem mais que isso, revelando-se insofismavelmente como o esforço humano que enobrece o indivíduo e o reconhece como digno de integrar o processo que a humanidade lhe conferiu, além de configurar o traço mais proeminente e característico de toda uma civilização”. (COSTA, 1997, p. 107)

A direção do processo é feita em primeiro lugar pelo impulso do procedimento. A oficialidade atribui sempre a movimentação do processo administrativo à Administração pois uma vez iniciado passa a pertencer ao Poder Público, a quem compete seu impulso até a decisão final. Para Medauar (1993, p.11) “o caráter abrangente da atuação da Administração no processo não se limita aos aspectos suscitados pelas partes”.

Assim, impõe-se à autoridade, de acordo com Dinamarco (2001, p.132), “[...] o poder-dever de direção do processo, também mediante a atividade de “saneamento”, que é por definição inquisitiva e, portanto, independe de aprovação das partes”. No âmbito do processo administrativo, deve-se afirmar que, de acordo com Costa (1997, p.18), “[...] a administração tem o direito e o dever de apurar, no Processo Administrativo, todos os documentos, dados e informações relativas ao objeto processual, sem limitar-se às considerações dos administrados ou servidores envolvidos”.

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

Por muito tempo os processualistas tradicionais entendiam, pelo princípio do dispositivo, que caberia somente às partes a atividade probatória e a autoridade deveria permanecer inerte, recebendo as provas que lhe eram trazidas pelos interessados, a fim de que, ao final, pudesse examiná-las e valorá-las.

Todavia, conforme Dinamarco (2001, p. 133-134) “[...] o processo é hoje encarado como um instrumento público que não pode ser regido exclusivamente pelos interesses, omissões, condutas dos [interessados], ele é uma instituição do

Estado, não um negócio em família”. Assim, caiu em desuso esta concepção tradicional do “princípio do dispositivo”, oriunda do Estado Liberal clássico por não mais se coadunar com os valores do paradigma moderno de Estado.

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

Assim, instrução no antitruste é *dever* da autarquia, por meio do Conselheiro Relator, de forma que o processo não pode restar inativo devido a omissões dos particulares envolvidos. O artigo 33 da lei 9784/99 (lei geral de processo administrativo) assegura às partes o direito de *na fase instrutória e antes da tomada de decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.*

O inciso III do art. 9º da lei concorrencial atribui ao conselheiro relator ampla possibilidade de requisição de quaisquer informações e documentos e também de determinar diligências que se fizerem necessárias. Este dispositivo foi regulamentado pelos artigos 63 e 64 do Regimento da autarquia, que atribuem ao Presidente e Conselheiros da autarquia a faculdade de requisição de documentos ou informações de quaisquer autoridades públicas ou privadas.

Em uma análise da práxis antitruste no Brasil é possível perceber que esta prerrogativa tem sido pouco utilizada pelas autoridades em geral em virtude da ênfase que se tem procurado conferir à celeridade na tramitação dos procedimentos. Além disso, a instrução do processo realizada pela SDE e por algumas agências

reguladoras no âmbito de suas competências tem sido considerada, em sua maioria satisfatória, de forma que na maioria dos casos tem-se chegado a uma decisão baseando-se naquilo que nos autos consta.

Um caso a se mencionar é a AP 08012.002034/2005-24 em que dois dos conselheiros também determinaram a realização de uma instrução complementar, as quais demonstraram que a instrução até então realizada não era ainda suficiente para embasar uma decisão do Conselho, determinando assim a volta dos autos à Secretaria de Direito Econômico.¹⁵

As decisões do processo serão tomadas, nos termos do art. 49 da lei antitruste, por maioria absoluta com a presença mínima de cinco membros. Em qualquer hipótese, deverá ser fundamentada, cuja execução deve ser imediata, nos termos do art. 50 da lei concorrencial.

2.2.2 Procedimentos para análise de atos de concentração

Conforme já afirmamos, nos termos do artigo 54, §3º da lei 8884/94, devem ser submetidos ao controle do SBDC os atos de concentração que visem de qualquer forma de concentração de empresas que implique em participação de empresa ou grupo de empresa resultante em vinte por cento de um mercado relevante ou em que qualquer dos participantes tenham registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente à R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

¹⁵ No entanto, esta mesma postura não foi adotada quando da análise do PA nº 08012.007042/2001-33. É possível constatar nos votos freqüentes menções a insuficiência da instrução até então realizada sem, contudo, ter-se determinado a realização de diligências complementares.

O pedido de autorização deve ser feito no prazo máximo de 15 (quinze) dias de sua realização¹⁶, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias. Então, a SDE determina a divulgação do ato no Diário Oficial da União, no intuito de receber manifestações de quaisquer interessados sobre os efeitos da operação. A SEAE e a SDE emitem pareceres técnicos no prazo de trinta dias.

A Resolução nº. 15 de 19 de agosto de 1998 informa os documentos e informações essenciais dos requerimentos de autorização de ato de concentração, além de regular alguns detalhes dos procedimentos.

Recebidos os autos originais devidamente instruídos e autuados, o Relator poderá abrir vista dos autos à Procuradoria para exarar parecer. Pode ainda ser determinada instrução complementar, com novas diligências¹⁷. Após, o CADE delibera em 60 (sessenta) dias, sob pena de presunção de aprovação.

Podemos citar como exemplo, o ato de concentração nº. 8012.000311/2007-26, na qual, dois dos conselheiros, quando da realização da 397ª sessão ordinária, determinam a realizações de diligências complementares, o que foi aceito pela maioria do Plenário. O caso voltou à pauta na 402ª sessão ordinária, tendo as diligências complementares sido determinantes para a decisão.

A decisão do CADE na apreciação dos atos de concentração pode ser (a) aprovação, (b) aprovação com restrições e (c) reprovação.

¹⁶ Nos termos do art. 98 do atual Regimento Interno, considerar-se-á como momento da realização do ato a data da celebração do primeiro documento vinculativo

¹⁷ Em 2006, tiveram seus julgamentos convertidos em diligência os seguintes procedimentos: AC 08012.009497/2004-36, AC08012.008433/2005-07, AC 08012.009181/2003-63, AC 08012.003315/2004-13, AC 08012.005539/2004-60, AC 08012.009183/2005-14, AC 08012.006534/2003-73, AC 08012.008995/2005-42, AC 08012.011058/2005-74, AC 08012.008446/2005-78, AC 08012.006008/2005-75, AC 08012.005539/2004-60. Em 2007, consideramos os procedimentos: AC 08012.009680/2005-12, AC 08012.010340/2006-15, AC 08012.007690/2006-02, AC 08012.011261/2005-41, AC 53500.002400/2004, AC 08012.000311/2007-26, AC 08012.003409/2004-92, AC 08012.010081/2007-11, AC 08012.009058/2006-95, AC 08012.011611/2007-31, AC 08012.003426/2007-72. Disponíveis no sítio <www.cade.gov.br>. Acesso em 22.jan.2008.

2.2.3 Procedimentos Incidentais

Dado o tema central de nosso trabalho, cumpre fazer observações a respeito dos chamados procedimentos incidentais, disciplinados pelo Regimento Interno do CADE em seus artigos 132 à 146 do documento. São os procedimentos de urgência, destinados a proporcionar decisão não exauriente, provisória e dotada do atributo da *reversibilidade*.

O primeiro procedimento incidental disciplinado foi a medida cautelar para a qual, consoante o artigo 136 do mesmo regimento, foram eleitos os requisitos para a concessão do *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Pela análise destes requisitos, a medida cautelar, como seu próprio nome diz, tem eminentemente natureza cautelar já que não visa a antecipar os efeitos da tutela pretendida e sim apenas adotar medidas conservativas dos resultados possíveis do processo principal que está em trâmite no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

O segundo procedimento é o Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação. Tem por objetivo, de acordo com o parágrafo único do artigo 139 do Regimento do CADE, estabelecer *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*.

O APRO é um instrumento incidental que pode ser utilizado pelo Conselheiro Relator com a finalidade de antecipar os efeitos da tutela pretendida pelos requerentes do Ato de Concentração. Na medida em que é voltado para estabelecer

as condições da reversibilidade da operação, a celebração do referido acordo viabiliza então que já seja concedida aos requerentes a antecipação dos efeitos da tutela almejada.

Estando assegurada a reversibilidade da operação e não tendo sido adotada nenhuma medida de natureza cautelar, sendo este instrumento revogável ou modificável a qualquer tempo, torna-se possível, então, a aplicação do artigo 273 do CPC. Introduziu-se portanto no processo antitruste a figura da antecipação de tutela pois se a operação em tese não oferece risco à livre concorrência, seria ilógico obstar a sua eficácia, ou seja a produção de seus efeitos, até o julgamento de mérito pelo Plenário.

Por último, a medida preventiva é aquela que pode ser adotada pelo Relator, no caso de controle repressivo, para impor a cessação da prática nociva à liberdade de iniciativa concorrencial e a reversão à situação anterior. Tem natureza cautelar já que visa assegurar os resultados práticos do processo administrativo.

Analisada toda a estrutura do processo administrativo antitruste é possível já inferir que o mesmo apresenta procedimentos incidentais destinados a tutelar situações de urgência que demandam atuação rápida e eficaz da autoridade. Assim, tornou-se possível admitir a aplicabilidade das medidas de urgência oriundas no processo civil no antitruste já que os procedimentos incidentais dão suporte às medidas que devem ser tomadas por meio de cognição não exauriente.

CAPÍTULO 3

TUTELA DE URGÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTITRUSTE DA LEI 8884/94

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O caráter instrumental do processo constitui premissa inafastável da ciência jurídica como um todo. Para Cintra *et al* (2004, p.42) “o direito processual é assim do ponto de vista de sua função, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico”.

Por outro lado, o direito material – ou substancial – é, segundo Bedaque (2006, p.11) “[...] formado por um conjunto de regras abstratas de conduta,

destinadas à solução de conflitos de interesses entre as pessoas, determinando qual deve prevalecer e conferindo situação de vantagem ao seu titular”.

Estas duas realidades – direito material e direito processual – não são autônomas. Mantêm entre si uma relação de interdependência, explicada pelo fato de que, sem o direito material, o direito processual não teria razão de ser. Em sentido oposto, o direito material também depende intimamente do direito processual na medida em que sua atuação coercitiva não pode dispensar o processo, sob pena de ser voltar a autotutela. Daí, a importância da efetividade processual uma vez que dela depende da atuação das regras substanciais¹⁸.

O processo é tradicionalmente visto como um veículo para ajustar disputa entre partes privadas a respeito de direitos privados. No entanto, a constitucionalização dos direitos e os movimentos pelos direitos humanos e pela efetividade dos direitos fundamentais (direitos humanos constitucionalizados) levaram o Direito a um novo patamar pós-positivista e principiológico, exigindo uma nova postura da sociedade em relação aos direitos.

A proibição estatal à autodefesa transcende à competência tradicionalmente atribuída à função jurisdicional. Constitui na realidade uma atribuição ao Estado em si que deve ser levada em conta no desempenho de suas atividades. Na seara administrativa, por meio do processo, faz-se também necessário proporcionar ao titular de um interesse juridicamente protegido exatamente aquilo que o direito substancial lhe concede, mas que, não foi possível efetivar naturalmente.

¹⁸ Na medida em que a tutela deve ser adequada às especificidades do direito material, não se pode pensar na construção de um instrumento absolutamente neutro, puramente técnico. Inexiste a suposta indiferença do instrumento em relação ao objeto. A variedade de meios procedimentais, formas e espécies de tutelas está relacionada às necessidades específicas das relações de direito substancial (BEDAQUE, 2006, p.14)

Conforme já afirmado, o antitruste consubstancia-se modelo de intervenção regulatória e assim a liberdade de atuação dos agentes econômicos na economia sofre certa restrição, na medida em que a eficácia de alguns de seus atos está condicionada a aprovação pela autoridade competente. Ainda, não pode ser desempenhada de maneira totalmente livre, uma vez que *o mercado não é autoregulatório por excelência*.

Por outro lado, pela própria dinâmica das relações econômicas atuais, o exercício pelo agente econômico de seu regular poder de mercado não pode ser obstado pela própria Administração além do que for estritamente necessário, sob pena de configurar intervenção estatal desarrazoada na economia. O simples fato de o direito permanecer insatisfeito, ou ainda desprovido de eficácia durante todo o tempo necessário ao desenvolvimento do processo já, por certo, configura dano ao seu titular. Além disso, acontecimentos também podem ser verificados neste *ínterim*, colocando em perigo a efetividade da tutela administrativa.

O exercício do direito de ação implica formulação do pedido, dirigido ao órgão jurisdicional do Estado, de tutela para determinada situação da vida, que segundo se afirma encontra amparo no ordenamento jurídico material. No entanto, a tutela estatal deve atribuir ao titular da situação jurídica proteção efetiva, não só reconhecendo o direito, mas principalmente fazendo-o de modo que esse resultado prático possa ser útil a quem dele precisa.

Segundo Bedaque (2006, p.117), “[...] o tempo decorrido entre o pedido e a concessão da tutela satisfativa, em qualquer de suas modalidades, pode não ser compatível com a urgência de determinadas situações, que requerem soluções imediatas”. É o chamado *dano marginal*, aquele causado ou agravado pela duração do processo.

Além da preocupação genérica com a demora, é preciso considerar que determinadas situações requerem soluções urgentes a fim de que a tutela estatal seja completamente útil. é preciso levar em conta, segundo Dinamarco *apud* Bedaque (2006, p.1199) “*o tempo como fator de corrosão dos direitos*”.

São variados os expedientes de que se vale o direito na busca da efetividade do processo e na coibição dos efeitos do tempo sobre os resultados do processo. Estas medidas formam o gênero “tutela de urgência”, pois segundo Theodoro Júnior (2007, p.734) “representam providências tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo, para afastar situações de grave risco do dano à efetividade do processo, prejuízos que decorrem da sua inevitável demora e que ameaçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva”.

As medidas de urgência têm por escopo a função auxiliar de garantia do processo. Devem ser inerentes ao processo, qualquer que seja ele¹⁹. A manifestação do poder estatal por meio de suas funções se dá necessariamente pelo processo. No plano da função administrativa, a autoridade, decorrente de seu dever de eficiência, tem a atribuição de tutelar o processo, atendendo as necessidades da coletividade da forma mais imediata possível.

As medidas de urgência adotadas no plano administrativo consubstanciam-se em última análise atos administrativos, sujeitos normalmente aos princípios gerais do Direito Administrativo os quais representam garantia da coletividade. Apresentam, pois, aspecto vinculado também aos requisitos impostos pela lei processual e às garantias processuais constitucionais.

¹⁹ Vale ressaltar que a própria Constituição prevê, na hipótese do procedimento legislativo, a edição de medida provisória como mecanismo de urgência. No processo jurisdicional, estas medidas são representadas tanto pelas medidas cautelares quanto pelas antecipadoras de tutela. Assim também o deve ser no processo administrativo, já que representa mecanismo estatal de solução de conflitos e de aplicação da lei no caso concreto, devendo ser dotado de medidas hábeis a preservar a sua efetividade diante de situações emergentes.

O Estado é responsável pelo bem estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem e o processo é o que legitima a sua atuação no escopo de buscar a pacificação social e o atendimento dos interesses da sociedade envolvidos.

O direito processual, na medida em que instrumentaliza o exercício do poder estatal mediante suas funções é uno. É possível segundo Porta 2003 (p.51) concluir que “em todos os instrumentos jurídico-estatais é possível detectar a existência de um núcleo essencial comum à processualidade jurídico-estatal, cujo estudo pertence à teoria geral do processo, ou em grau mais abstrato à teoria geral do Direito”.

A efetividade do processo por meio das tutelas de urgência tem se tornado um assunto que é inerente à teoria geral do processo e não mais restrito aos limites da processualidade jurisdicional cível. Na medida em que o processo está presente em todas as funções estatais, desde que respeitadas as garantias constitucionais, ele deve ser *efetivo*, ou seja, dar a melhor resposta possível ao cidadão. A situação deduzida deve ser tutelada de forma imediata a fim de acautelá-la do risco marginal de a solução deduzida em juízo venha a ser intempestiva ou inútil.

No antitruste, a adoção dos mecanismos de tutela de urgência assume especial relevância. Em primeiro lugar, pela própria dinamicidade das relações econômicas atuais, é preciso que a autoridade seja dotada de reais instrumentos capazes de garantir o regular funcionamento do mercado, o que, por sua vez, não pode esperar à demora da decisão plenária do CADE.

Outro aspecto que merece ser ressaltado é a de que no transcurso do processo antitruste podem surgir inúmeros incidentes que retardam a sua conclusão. Não se pode admitir que durante todo este período em que o processo

administrativo esteja em tramitação no CADE, o agente econômico continue lesando o interesse da coletividade.

Por outro lado, no caso dos atos de concentração, é também interesse público que os agentes econômicos busquem a eficiência do mercado. Assim, o Estado não pode retardar os efeitos gerados pela ligação societária quando aparentemente benéfica à sociedade.

Entre as técnicas processuais destinadas a evitar o risco de dano para o direito deduzido, a função cautelar se exaure quando assegurado o resultado prático de outro pedido e a antecipação de tutela supõe necessariamente uma decisão de tomada de posição da autoridade, ainda que sem compromisso definitivo. No antitruste as providências de tutela de urgência sempre são tomadas mediante procedimentos incidentais já analisados.

É claro que esta maior liberdade de atuação do Estado necessita de vinculação aos requisitos previstos na lei. É decorrente da legalidade que a autoridade antitruste atue nos limites traçados pelo ordenamento jurídico. Assim, a adoção de medidas de urgência não pode exaurir a cognição estatal. A razão da adoção destas medidas consiste na probabilidade de existência do direito e tem como requisito a verificação da verossimilhança do direito e a necessidade de antecipar provisoriamente sua satisfação. Fora destes requisitos, a medida torna-se evitada de abuso de poder e escapa aos limites da legalidade estrita.

3.2 TUTELA DE URGÊNCIA E GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AÇÃO

Os direitos fundamentais desempenham funções múltiplas na sociedade e na ordem jurídica. Um esforço de sistematização que se tornou clássico e ainda mantém atualidade é a chamada *teoria dos quatro status de Jellinek*, que tem por escopo demonstrar os quatro *status* que o indivíduo pode colocar-se diante do Estado²⁰.

A partir desta construção teórica pode-se dizer que os direitos fundamentais podem ser agrupados em duas categorias principais, quais sejam os chamados *direitos de defesa* e os *direitos à prestação*. Assinala Mendes *et al* (2008, p.257) que “enquanto os direitos de defesa visam assegurar o *status quo* do indivíduo, os direitos a prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades, com isso estabelecendo moldes para o futuro da sociedade”.

O traço característico dos *direitos à prestação* está em que se referem a uma exigência de prestação positiva e não uma omissão. A ação do Estado pode-se referir a uma prestação material ou a uma prestação jurídica.

Há direitos fundamentais que são concebidos com o propósito de atenuar as desigualdades de fato na sociedade, visando ensejar que a libertação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos. São os direitos à *prestação material*. Por outro lado, há direitos cujo objeto se esgota na satisfação pelo Estado de uma prestação de natureza jurídica.

²⁰ Demonstra Andrade (1987, p.192) *apud* Mendes *et al* (2008, p.255) que o indivíduo pode achar-se em posição de *subordinação* aos Poderes Públicos, caracterizando como detentor de deveres para com o Estado. Ainda, por outro lado, impõe-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desencilhado do *jus imperium* estatal. Por vezes, em algumas situações o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, por meio da realização de prestações. Por fim, o último status seria aquele em que, por meio do exercício dos direitos políticos, o indivíduo desfruta de competência para influir na formação da vontade do Estado.

O processo é um direito fundamental de prestação jurídica uma vez que se constitui no método de que dispõe o Estado para proporcionar uma solução segura e justa para as questões deduzidas. E, na medida em que o direito processual também abrange o processo administrativo, pode-se concluir que a proteção constitucional deve se estender aqueles processos e procedimentos desenvolvidos na seara do direito administrativo.

O direito de ação, em uma noção de processualidade ampla, significa em última instância o direito ao processo, que tem por função precípua conferir proteção efetiva aos direitos e interesses jurídicos. No entanto, podemos dizer que a qualificação jurídica dos direitos e interesses não se restringe àqueles que são deduzidos no Poder Judiciário. Ao contrário, o Estado, enquanto sociedade política, tem por escopo promover o bem estar social e desta atividade não pode se eximir a Administração Pública sob pena de estar desviar do interesse público que rege a sua atuação.

Na medida em que o processo administrativo foi elevado à espécie de direito fundamental, podemos afirmar que a ele também devem ser aplicadas os princípios processuais constitucionais, que não estão limitados aos vários incisos do próprio artigo 5º da Constituição da República. Estes princípios, em síntese, procuram dotar o *processo* (gênero que abrange o processo administrativo e também o jurisdicional) de justiça, ou seja, o instrumento que a sociedade politicamente organizada entende necessário para assegurar adequada via de acesso à solução dos litígios e, sobretudo a proteção do interesse público.

O direito ao processo, assegurado em sede constitucional, não se confunde com outro, aquele violado ou ameaçado para o qual se pede a tutela estatal. A garantia constitucional da ação, nesta relação de instrumentalidade, estabelece nexos

entre os instrumentos processuais de tutela dos direitos e as situações concretas de direitos substanciais. Assim não está relacionado à existência de um direito e embora haja uma pluralidade de procedimentos existentes, segundo Bedaque (2006, p.71) “a ação é única, voltada à obtenção de mecanismos aptos a assegurar o direito afirmado”.

A ação está pois relacionada ao processo e à sua estrutura, constituindo-se uma garantia de acesso efetivo ao meio necessário à satisfação de um interesse. Representa, então, uma garantia de *meio* e de *resultado*, que se desvincula do relacionamento entre direito e processo para se relacionar aos instrumentos processuais adequados e a um resultado útil suficientemente eficaz para quem necessita valer-se da atividade estatal.

As regras que compõem o devido processo constitucional destinam-se a estabelecer as bases do modelo processual brasileiro, conferindo-lhe efetividade, ou seja, aptidão para produzir resultados úteis a todos que necessitarem recorrer ao processo. (BEDAQUE, 2006).

A garantia constitucional da ação representa garantia de tutela adequada à situação substancial. Segundo Cintra *et al* (2004, p.263) “[...] caracteriza-se por uma situação jurídica de que desfruta o autor perante o Estado. [...] a garantia constitucional da ação tem como objetivo o direito ao processo, assegurando às partes não somente a resposta do Estado, o direito de influir sobre a formação do juiz”.

A efetividade, segundo posicionamento consagrado na doutrina italiana expresso por Comoglio (1994) *apud* Cintra *et al* (2004) significa que todos devem ter pleno acesso à atividade estatal, sem qualquer óbice; têm a seu dispor meios

adequados para a obtenção de um resultado útil, isto é, suficiente para assegurar aquela determinada situação da vida reconhecida pelo ordenamento jurídico material.

Nos processos relacionados à intervenção do Estado na ordem econômica, e em especial no antitruste, a garantia do direito de ação representa o direito a uma atuação eficiente do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A proteção da ordem econômica é interesse difuso e nisso recai uma maior necessidade de uma proteção efetiva, devendo a autoridade dispor de uma gama de instrumentos capazes a atender as pretensões ditadas sobretudo pelo interesse público envolvido, *em tempo hábil*.

Pela garantia da ação, o Estado deve colocar a disposição das pessoas e, sobretudo, das autoridades competentes meios adequados para a satisfação dos direitos. Compreende, no caso do antitruste, o poder de pleitear a tutela estatal-administrativa para determinado direito, o poder de se valer de todos os meios para a obtenção deste direito e se tiver sucesso o direito de obter o provimento tecnicamente idôneo a assegurar a tutela adequada.

No caso de lesão ou até mesmo de ameaça de lesão à ordem econômica, não raro torna-se evidente uma contraposição de interesses e a necessidade de conciliá-los exige maior reflexão a respeito de determinadas posturas e posições, voltadas exclusivamente para beneficiar um dos pólos da relação processual. Por isso, segundo Bedaque (2006, p.82) “a preocupação em atender o direito de acesso à justiça do autor não pode desprezar direito de igual natureza, que assegura a ambas as partes o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal”.

As soluções urgentes devem ser provisórias com a única finalidade de assegurar a efetividade da tutela final e definitiva. Somente em casos absolutamente excepcionais deve o sistema permitir a resolução da situação de direito substancial pela via do processo de cognição sumária. Toda vez que isso ocorre tem-se a amputação das garantias constitucionais da parte contrária, que também são inerentes ao processo administrativo, nos termos do próprio texto constitucional. (BEDAQUE, 2006)

No antitruste, esta necessidade de provimento eficaz se manifesta sobre duas formas. De um lado, é assegurada ao agente econômico a possibilidade de atuar no mercado, sendo em alguns casos necessária a interferência estatal a fim de serem prevenidos eventuais prejuízos a liberdade de iniciativa concorrencial. Por outro lado, no caso de evidente lesão à ordem econômica, este comportamento nocivo à coletividade não pode se perdurar na espera de uma decisão final do órgão competente, sob pena de irreparável dano à sociedade.

Nestes termos, tal qual ocorre no processo jurisdicional, a garantia constitucional da ação não está limitada às tutelas definitivas. Segundo Bedaque (2006, p.84), “[...] trata-se sem dúvida de proteção inerente à garantia constitucional da ação, que não pode ser objeto de restrição por parte do legislador ordinário”.

As medidas de urgência devem ser encaradas pois sob o ponto de vista de impedir que as garantias impostas pelo devido processo legal acabem por transformar a tutela estatal em promessa formal.

Disso decorre a observação de Didier Jr. *et al* (2007, p.518), para quem o sistema processual brasileiro passou a dotar a autoridade julgadora tanto de um poder geral de cautela, mas também de um poder geral de antecipação.

O poder geral de cautela é aquele atribuído ao magistrado para que conceda medidas provisórias e urgentes de natureza cautelar, mesmo não previstas expressamente em lei, desde que presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora. Trata-se de previsão legal de *atipicidade* da tutela cautelar. Já o poder geral de antecipação de tutela é aquele conferido ao órgão jurisdicional para que conceda medidas provisórias e sumárias que antecipassem a satisfação do direito afirmado, quando preenchidos os respectivos pressupostos legais. (art. 273 e §3º do art. 461 do CPC).

Se na seara administrativa reconhecidamente um poder geral de cautela, não se deve excluir também a possibilidade de um poder geral de antecipação de tutela. Embora com suas especificidades, no processo administrativo sobressai também a necessidade de o administrado ter os efeitos da tutela pretendida antecipados. Conforme já afirmados, a relação administrativa pressupõe a participação do particular dotada do atributo de cidadania, ou seja, de administrado, o indivíduo deve ser considerado *cidadão*, sujeito ativo e crítico da própria realidade em que está inserido.

Analisamos até este ponto a tutela de urgência, enquanto gênero, como garantia constitucional. Para um exame mais detido torna-se necessário em primeiro lugar identificar a estrutura de cada modalidade de tutela de urgência a fim de contrastá-las com os procedimentos de urgência previstos no direito antitruste.

3.3 AS MODALIDADES DE TUTELA DE URGÊNCIA E O ANTITRUSTE

A tutela jurisdicional oferecida pelo estado-juiz pode ser *definitiva* ou *provisória*. A doutrina considera a tutela definitiva aquela obtida com base em cognição exauriente, com amplo e profundo debate acerca do objeto do processo, garantindo-se o devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

A tutela provisória é muitas vezes também denominada por tutela de *urgência*, quando se estiver diante de uma situação fática de risco ou embaraço à efetividade do direito. Neste raciocínio, podemos dizer que a tutela será urgente quando houver risco de dano ao direito, quando houver risco de dano ao direito e por fim quando houver abuso de direito de defesa por parte do réu.

De acordo com Nery Junior (2006) a tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é espécie do gênero tutelas de urgência sendo providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos²¹.

Por outro lado, a tutela cautelar não se limita a assegurar o resultado prático do processo e tampouco assegurar a realização do direito afirmado pelo autor. Ao contrário da tutela antecipatória, tem por objetivo garantir a *futura* satisfação do direito material deduzido.

Podemos considerar que assim como a cautelar, a tutela antecipada é inerente à processualidade administrativa. O direito de acesso a ordem jurídica justa se dá principalmente mediante o processo, sendo este considerado o meio participativo pelo qual o Estado materializa suas funções em atos. Assim o sendo, na medida em que a própria Constituição reconhece o processo administrativo, a este, por consequência, também se aplica o princípio do devido processo legal, o

²¹ A lei 8952/94 operou uma verdadeira reforma no Direito Processual brasileiro pois introduziu no ordenamento jurídico o que denominamos de *poder geral de antecipação de tutela*. Assim restou consignada a possibilidade de ser antecipado, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva, desde, é claro, que se atendam os requisitos indispensáveis enunciados pelo atual art. 273 do CPC.

qual deve tutelar também as situações de urgência, que são intrínsecas ao processo.

Se o processo é estreitamente relacionado ao conceito de função estatal e de poder-dever, podemos, por silogismo afirmar que aonde há função, há um dever geral de produzir atos *efetivos*, ou seja, dotados de capacidade de satisfazer as pretensões deduzidas no processo. Assim, no processo administrativo, há também a necessidade de efetividade dos atos e decisões da autoridade administrativa, os quais devem ser aqueles que melhor atendam as necessidades ditadas pelo interesse público de forma imediata.

As medidas de urgência são acessórias ao processo, ou seja, existem na exata medida da necessidade ditada pela situação deduzida perante o ente estatal. Ainda, devemos considerar que também no processo administrativo o tempo é um fator que pode prejudicar a efetividade da decisão e também o administrado, tal qual o litigante, tem direito a uma prestação estatal *tempestiva*, de forma a resguardar a efetividade de seus direitos.

Na seara da processualidade administrativa estão presentes os requisitos autorizadores tanto da concessão de medidas cautelares mas também daquelas antecipatórias do mérito. É latente a possibilidade frustração da prestação administrativa e neste sentido à autoridade deve ser garantida a possibilidade de adotar *medidas de urgência não exaurientes* a fim de que o processo administrativo produza os efeitos devidos e não se torne inútil ante as conseqüências previsíveis.

A adoção de medida cautelar no processo administrativo, segundo Mello (2003), é permitida expressamente pela lei geral de processo administrativo (nº. 9784/99) que também é aplicável ao antitruste. Esta permissão está esculpida em

seu artigo 45, que dispõe que *em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.*

O direito processual civil tem natureza subsidiária em relação à processualidade administrativa. No antitruste, em específico, esta possibilidade está expressamente consignada nos termos de seu artigo 83, que possibilita a aplicação subsidiária *aos processos administrativo e judicial previstos nesta lei as disposições do Código de Processo Civil.*

A lei antitruste (nº. 8884/94) é anterior à lei nº. 8952/94, que regulamentou a antecipação de tutela no ordenamento jurídico brasileiro. Por interpretação teleológica, há que se notar uma evolução no direito processual na direção de agilizar a prestação do órgão julgante e de contornar as crises dos procedimentos clássicos mediante expedientes comprometidos muito mais com um processo efetivo e com o incentivo à real tutela dos direitos coletivos violados ou ameaçados

Neste sentido, tendo em vista as modernas concepções de efetividade do processo e a alta relevância dos interesses manejados, deve-se considerar, no âmbito do processo administrativo antitruste, a possibilidade de o órgão julgante não só de adotar medidas que visem garantir o processo mas também, desde que comprovados os seus requisitos que lhe são inerentes, a possibilidade de antecipar os efeitos da tutela pretendida.

CAPÍTULO 4

APLICABILIDADE DO ARTIGO 273 DO CPC NO PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTITRUSTE

Decorrente da garantia constitucional referente ao direito de ação, a finalidade maior da antecipação de tutela é conferir *efetividade* à função jurisdicional. Segundo *Didier Jr et al (2007)*, a medida antecipatória só deve ser concedida quando mostrar-se apta a alcançar esse fim. Conclui-se, nessa linha, que tal qual no processo judicial, no processo administrativo a antecipação de tutela é razoável se a tutela definitiva falhar em proteger o direito em tempo hábil²².

No antitruste, tal constatação assume relevância singular, em especial no que concerne ao controle de estruturas de mercado, disciplinado pelo artigo 54 da Lei 8.884/94. Pela sistemática da lei, estabeleceu-se prazo de trinta dias para a

²² A tutela estatal existe enquanto perdurar o processo. Portanto, na hipótese do artigo 273, o que se antecipa são os efeitos dela provenientes. Por meio da decisão do órgão competente, permite-se que o requerente usufrua dos efeitos práticos do direito que quer ver tutelado imediatamente, antes de seu reconhecimento final pela autoridade.

manifestação da SEAE e encaminhamento do processo à SDE, dispondo este órgão de prazo semelhante para sua manifestação. Em seguida, o caso é remetido ao CADE, que tem o prazo de 60 dias para julgamento. Assim, o SBDC analisa preventivamente se uma concentração de empresas (fusões, aquisições, *joint venture*, etc.) pode causar efeitos nocivos à concorrência.

Assim, para que seja dotado de eficácia, a análise do ato de concentração pode levar um total de 120 (cento e vinte) dias, o que é bastante considerável na dinâmica da sociedade globalizada. A medida que as relações econômicas são quase instantâneas, seria um contra-senso admitir que uma operação econômica, que aparentemente gere eficiência ao mercado, leve quatro meses a fim de garantir eficácia.

Pela sistemática do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o processo administrativo chega ao CADE instruído tanto pelos requerentes quanto pelos órgãos encarregados. Em muitos dos casos temos que admitir que a instrução presente nos autos já é suficiente para a formação de uma convicção provisória acerca da viabilidade ou não da operação em termos de defesa da liberdade de iniciativa concorrencial.

Nestes casos, o CADE estaria dotado de elementos satisfatórios para que, a fim de um ato administrativo, antecipar aos requerentes a possibilidade de usufruir os efeitos práticos do direito que quer ver tutelado imediatamente.

A medida de antecipação de tutela se justifica na medida em que estão sendo antecipados somente os efeitos fáticos ou sociais da tutela, ou seja, aqueles que dependem de prática de atos materiais. É o caso dos atos de concentração que para

sua efetividade dependem da execução efetiva do instrumento em que se materializa.

Por outro lado, no controle repressivo de condutas nocivas à liberdade de iniciativa concorrencial, resta inviabilizada a concessão de medida antecipatória de tutela uma vez que as ordens de cessação da conduta lesiva, por meio de medida preventiva, nos termos do artigo 52 da lei 8884/94, revestem-se de caráter cautelar de forma a assegurar que ocorra um mal irremediável consistente na frustração da decisão final.

Nestes casos, segundo Mello (2003), a finalidade das medidas tomadas pela autoridade da concorrência é essencialmente resguardar a plena produção dos efeitos da decisão final do CADE, evitando que cause ao mercado lesão de difícil reparação que possa tornar ineficaz o resultado final do processo.

4.1 CABIMENTO E HIPÓTESES DE ANTECIPAÇÃO

O artigo 273 do CPC prevê duas hipóteses em que a antecipação de tutela é admitida no direito brasileiro, quais sejam: (i) quando houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e ainda (ii) quando caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Em todas as hipóteses, mostra-se presente a *urgência* do provimento, como expediente justificador da repressão à injustiça do retardamento da tutela jurisdicional. Segundo Theodoro Junior (2007), tanto quando se evita o risco de dano ao direito material do requerente como quando se afasta a resistência abusiva

do réu, o que se valoriza é o processo *justo*, aquele que proporciona tutela plena e efetiva ao titular do direito lesado ou ameaçado.

Enuncia Didier Jr. *et al* (2007, p.537) que “a concessão de tutela antecipada é efeito jurídico decorrente de um enunciado normativo composto por conceitos juridicamente indeterminados, como, por exemplo, prova inequívoca e perigo de dano irreparável”. Preenchidos os pressupostos legais, é direito subjetivo de a parte obter a providência, não restando à autoridade nenhuma discricionariedade.

Ao admitirmos que a tutela antecipada é cabível nos casos de controle preventivo dos atos de concentração, a hipótese que se mostra mais freqüente para a sua concessão é aquela descrita no inciso I do artigo 273 do CPC. No caso de atos de concentração, é de interesse das partes que a operação seja conhecida e provida pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Assim, na medida em que a instrução dos autos aponte para uma maior verossimilhança da não produção de dano à liberdade de iniciativa concorrencial então é dever do Conselheiro Relator de antecipar provisoriamente os efeitos da tutela pretendida, desde que presentes os outros pressupostos, quais sejam a existência de prova inequívoca, verossimilhança das alegações e, por fim reversibilidade dos efeitos do procedimento, os quais passaremos a analisar a seguir.

4.1.1 Prova inequívoca e verossimilhança das alegações

Por se tratar de medida satisfativa tomada antes de completar-se o debate e instrução da causa, a lei condiciona certas precauções de ordem probatória. Segundo Theodoro Junior (2007, p.755-6), “mais do que a simples aparência do

direito (*fumus boni iuris*) reclamada para as medidas cautelares, exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em prova *inequívoca*".

A jurisprudência tem entendido que prova inequívoca deve ser aquela que seja hábil a convencer o julgador de que o pedido de antecipação cabe no âmbito de incidência das hipóteses descritas anteriormente, quais sejam a verossimilhança das alegações do autor quanto ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e ainda quanto caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

Ainda, cabe acrescentar, segundo *Didier Jr et al* (2007) que a prova inequívoca deve ainda ser aquela produzida em contraditório, regularmente e que não contenha defeitos e seja idônea. De todo o exposto, podemos concluir que a mera alegação do demandante, não acompanhada de prova, não permite a concessão da medida, por mais verossímil que seja.

Por fim, em relação a tutela cautelar, deve ser registrado que a *prova inequívoca* aqui tratada é exigência mais rigorosa que o *fumus bonis iuris*, pressuposto da tutela cautelar. Isso porque, "enquanto a tutela antecipada exige verossimilhança fundada em prova, a cautelar só demanda mera plausibilidade/probabilidade, independente de prova" (*DIDIER JR et al*, 2007, p.541).

Por sua vez, o juízo de verossimilhança, segundo Bedaque (2006, p.336), é aquele que permite chegar a uma verdade provável sobre os fatos, a um "elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor".

No antitruste, o requisito da prova inequívoca pode ser demonstrado a partir dos elementos trazidos aos autos pelos requerentes, os quais sejam analisados ao CADE pelos pareceres da Secretaria de Defesa Econômica (SDE/MJ) e ainda da

Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/MF). Pela análise dos documentos e destes laudos técnicos, o Conselheiro Relator deve se convencer suficientemente de que é provável que a operação seja conhecida e provida pelo Plenário do CADE.

4.1.2 Reversibilidade dos efeitos do provimento

Nos termos do artigo 273, §2º, a reversibilidade dos efeitos do provimento é também pressuposto para a concessão da tutela antecipada. Segundo Bedaque (2006, p.340) “ao mesmo tempo em que foi ampliada a possibilidade de antecipação para qualquer procedimento, procurou-se delimitar, com precisão possível a sua área de incidência”.

No entanto, existem situações em que existe um *liame* entre efetividade e segurança jurídica. Vale dizer, em razão da urgência e da evidência do direito da parte/requerente, é imprescindível que se conceda a tutela antecipatória, entregando-lhe, de imediato, o bem da vida, de forma a resguardar seu direito fundamental à efetividade da jurisdição.

Assim, segundo Didier *et al*(2007, p.544) “torna-se imperioso que seja invocado o princípio da proporcionalidade a fim de que estes sejam devidamente compatibilizados”. Neste conflito, há ainda que se levar em conta o que dispõe o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, cuja exigência de atendimento dos fins sociais aos quais a lei se dirige e deverá atender ao bem comum deve ser estendida também a todo e qualquer processo e não somente àquele jurisdicional.

Aconsensualidade é um princípio que deve informar as relações dentro de um direito administrativo democrático. O próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem dado aplicação a este princípio, evitando a tomada de decisões de caráter unilateral. Vejamos:

[...] Nesse sentido entendo que a assinatura de um APRO seja uma solução superior à uma decisão cautelar unilateral, uma vez que, dada as particularidades dessa operação, a manutenção do valor dos ativos depende *crucialmente do comportamento das requerentes na manutenção desses em plenas condições operacionais*. (Medida Cautelar nº. 08700.000502/2004-80 referente ao AC nº. 08012.011518/2006-45. Rel.: Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Data: 21.mar.2007). Grifo nosso.

Por aplicação deste princípio, deve ser aberta a possibilidade de a reversibilidade da operação seja pactuada entre os próprios requerentes, em instrumento próprio. Conforme afirmou o próprio Conselheiro relator no julgado mencionado, a reversibilidade da operação depende muito mais do comportamento das requerentes do que de uma decisão unilateral por parte do CADE.

O regimento interno do CADE consagra em seu artigo 139 e seguintes o instituto do *Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação – APRO* – ao que se refere o Conselheiro Relator em seu despacho. O acordo tem como base a lei de ação civil pública (nº. 7347/85), que em seu artigo 5º, §6º institui a possibilidade de celebrar Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Pela redação literal do dispositivo no regimento interno da autarquia, o referido acordo tem natureza *cautelar*, haja vista que 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 (artigo 139, parágrafo único do Regimento Interno do CADE).

No entanto, mais adiante, em seu artigo 141, institui a necessidade de o instrumento conter a obrigação das requerentes de informarem ao Relator em relatório pormenorizado que contemple as mudanças que já ocorreram na empresa adquirida desde a notificação do ato e aquelas programadas a ocorrer.

Assim, se fosse meramente cautelar, bastava fosse instituída somente a obrigação de não realizar quaisquer medidas na estrutura das requerentes até o julgamento final do ato. No entanto, ao instituir que devem também ser informadas aquelas mudanças programadas a ocorrer, o instrumento se presta também a decisão antecipatória posto que permite à autoridade maior controle sobre a provisoriedade da tutela concedida.

Ainda, deve-se notar que nos termos do artigo 798 do Código de Processo Civil, que embasa subsidiariamente a legislação antitruste, a reversibilidade da operação não é requisito para a concessão de medida cautelar, como o é nos casos de antecipação de tutela.

Ainda, no próprio parágrafo único do artigo 139 do regimento interno da autarquia, ao se prever que o APRO deve servir para prevenir alterações irreversíveis, não pode ser apontada a sua incompatibilidade para servir também como um instrumento indispensável para a concessão da tutela antecipada. Vale dizer, pode ser utilizado como um instrumento pelo meio do qual a autoridade tem maior controle da operação previamente autorizada por meio da antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

No processo judicial, a concessão de tutela antecipada possibilita ao juiz que comine *astreintes*, em casos de descumprimento da decisão pretendida. Essa possibilidade também é dada à autoridade da concorrência, pois os artigos 142 e 143 do regimento possibilitam a imposição de multa diária a ser fixada no corpo da mesma, até o limite de 90 (noventa) dias. Assim, trata-se de um meio de execução indireta que força os requerentes a cumprirem o que foi previamente acertado no acordo.

Neste sentido, o acordo de preservação de reversibilidade pode ter sua aplicação estendida também aos casos de antecipação da tutela pretendida. Não se retira do instrumento o seu caráter cautelar, apenas deve ser ampliado seu âmbito de incidência para instrumentalizar ambas as modalidades de tutela de urgência.

4.1.3 Pressupostos alternativos

Os requisitos expostos no item anterior são cumulativos, ou seja, a concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida está subordinada ao atendimento de todos eles, de maneira cumulada. Há ainda, pela sistemática do artigo 273 do CPC a necessidade de a autoridade julgadora verificar o preenchimento de ao menos um dos seguintes pressupostos, qual seja receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I) ou ainda quando houver abuso do direito de defesa ou manifesto protelatório do réu (inciso II).

A hipótese de antecipação de tutela cabível no antitruste é aquela prevista no inciso I retro mencionado, que seja o *receio de dano irreparável ou de difícil reparação*. Para *Didier Jr et al (2007)*, o que justifica a antecipação da tutela assecuratória é aquele risco de dano concreto, atual e grave, ou seja, com aptidão para prejudicar a impedir a fruição do direito.

No antitruste, haja vista que se está lidando com a dinamicidade própria das relações econômicas em que as variáveis são instantâneas, o receio de dano irreparável autoriza aos requerentes a já exercer faculdades que são inerentes do próprio princípio da livre iniciativa. Vale dizer, não estamos aqui tratando de uma

norma constitucional de caráter *programático*, mas sim de eficácia plena, que não pode ser obstado pela própria atuação do Estado.

A Constituição traçou para a ordem econômica brasileira um panorama de cunho neoliberal, em que a atuação estatal visa prevenir a ocorrência do abuso do poder econômico. Assim, do que já expusemos até então, podemos concluir que se a instrução dos autos é satisfatória, as demais autoridades integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência se manifestaram no sentido de aprovar a operação e, por fim, há ainda a possibilidade de celebrar um Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação, não pode haver óbice para o exercício imediato da livre iniciativa, claro que com as devidas restrições.

Por sua vez, *dano de difícil reparação* é aquele que provavelmente não será revertido. Carneiro (2004) *apud* Didier et al (2007, p.546) explica que “o dano aludido no artigo 273 não diz necessariamente ao perecimento da pretensão; pode ser um dano externo à pretensão”. Assim, no antitruste, podemos citar, por exemplo, o caso de aquisição de uma empresa por outra para evitar a falência da primeira; ainda, no caso de transação econômica internacional em que o negócio a ser fechado é facilitado pelas condições momentâneas do câmbio e da conjuntura internacional.

4.2 LEGITIMIDADE, EXTENSÃO E MOMENTO DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA

A tutela judicante estatal, na qual se encontra inserida também a tutela na seara administrativa, deve ser encarada como o resultado prático favorável proporcionado a quem tem razão.

Em se tratando dos atos e contratos descritos no artigo 54 da lei 8884/94, a legitimidade para requerer a tutela antecipada é adstrita aos requerentes, uma vez que eles são os diretamente interessados com a concessão da medida de urgência. A legitimidade também pode ser estendida para terceiros interessados, como extensão própria da garantia imposta do contraditório.

Na sistemática do artigo 273 do CPC, é possível que a antecipação seja total ou parcial, podendo corresponder tanto a satisfação integral do pedido ou apenas parte daquilo que se espera alcançar com a decisão.

No antitruste, podemos também dizer que a extensão da medida antecipatória a ser concedida não necessariamente deve ser total. De qualquer forma, a autoridade deve em seu ato motivar a sua decisão, explicando o porquê de acolher ou não os pedidos formulados. Ainda, deve expor de maneira clara em qual fundamento legal concedeu o ato de urgência, sob pena de ilegalidade.

A extensão da tutela concedida antecipadamente deve atender não o interesse das partes mas sim o interesse público envolvido na questão. O processo é público e assim também o é em toda a sua extensão. No antitruste, esta questão assume especial relevância haja vista que se maneja interesses da coletividade, como já expusemos.

O ato administrativo que concede a tutela de urgência é infralegal e como todos os demais está sujeito a medidas de invalidação pelo Poder Judiciário. Entendemos que a motivação é parte necessária do ato, uma vez que estamos sob a égide de um Estado Democrático de Direito pelo qual o administrador maneja função pública e como tal deve prestar contas inclusive dos motivos pelos quais levou a prática do ato.

Ainda, a tutela de urgência se reveste de um caráter excepcional e neste sentido a sua concessão deve estar sob o manto da legalidade sob pena de configurar inegável dano à ordem econômica e configurar sobretudo hipótese de abuso de poder. O poder geral de antecipação cinge-se a todas as limitações intrínsecas às demais prerrogativas estatais de forma que sua finalidade é dotar a autoridade de meios eficazes para atender ao interesse público.

A tutela antecipada pode ser requerida e concedida a qualquer tempo dentro do processo: desde início do processo até seus momentos finais, não havendo limite temporal.

Na sistemática do antitruste, o poder geral de antecipação de tutela deve ser exercido de forma privativa pelo Conselheiro relator, uma vez que ao receber o processo dos demais órgãos instrutórios integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, será capaz de avaliar a presença ou não dos pressupostos que autorizariam a concessão da medida de urgência. A partir de então, sempre que presentes os requisitos e pressupostos, deve a autoridade adotar a medida de urgência.

No processo civil, é possível que seja concedida antes da ouvida do réu, quando o perigo de dano se der antes ou durante o ajuizamento da demandada. Segundo Didier Jr et al (2007) não havendo risco de ocorrência do dano antes da citação do réu, não há que se concedê-la em caráter liminar visto que haveria injustificável motivo para a postergação do exercício do contraditório por parte dos demandantes.

Na sentença é possível também que seja concedida, sendo de grande valia quando interposta apelação com efeito suspensivo pois autoriza a sua execução

imediate (da medida antecipatória). Ainda, em grau recursal também é possível utilizar-se do remédio de urgência, em requerimento dirigido ao próprio tribunal, cujo deferimento conduzirá a imediata eficácia da sentença.

No antitruste, merecem atenção especial os aspectos referentes ao momento de concessão da medida antecipatória. Não tem aplicação a possibilidade de seu deferimento em sede de *liminar* uma vez que, no caso de atos e contratos do artigo 54, não há lide entre as partes e sim administração pública de interesses privados. Assim, a relação processual se forma já com a presença de ambos os requerentes e seria ilógico admitir a concessão de tutela antecipada liminarmente.

Sendo um julgamento colegiado, pelo Plenário do CADE, também não é lógico que seja concedido na data do julgamento. É que nesta hipótese, por se tratar de ato administrativo, dele não poderá ser interposto recurso, tal qual na sistemática do processo jurisdicional. As hipóteses de recurso voluntário, nos termos do artigo 118 do Regimento Interno da autarquia são restritas à adoção de medida preventiva, que tem cunho cautelar e não antecipatório e, ainda que fosse, detém efeito meramente devolutivo.

4.3 INSTRUÇÃO, DECISÃO E EFETIVAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

Na sistemática do processo civil, segundo Didier et al (2007), em princípio, não se faz necessária a instauração de um incidentes processual, com fase probatória específica para que se aprecie o pedido de tutela antecipada. Na verdade, para a concessão da medida de urgência, a prova inequívoca das

alegações que embasam o direito material da parte deve ter sido apresentada juntamente com a petição inicial.

No antitruste, também não é necessária a formação de procedimento incidental para fins de instrução. Apenas para a verificação da reversibilidade da operação, na forma em que já expusemos, torna-se necessária a celebração entre as partes do APRO, o que exige a formação de um procedimento apartado, apenso aos principais.

Como exigência do princípio da participação e ainda da garantia processual do contraditório, deve ser admitida nos casos de antecipação de tutela a manifestação de interessados, condicionada a situações de *excepcionalidade*, nos termos do art. 36 do Regimento Interno do CADE²³.

A partir do artigo 273, §1º do CPC, o conselheiro relator ao conceder ou denegar tutela antecipada deve *indicar de modo claro e preciso as razões do seu convencimento*. Passos (1995) *apud* Didier et al (2007, p.563) menciona que “[...] decisão sem fundamento ou sem fundamento aceitável como tal é decisão nula, que não obriga e deve ser reformulada, com punição do culpado por essa violência desnecessária a uma garantia constitucional básica”.

No antitruste, a decisão consubstancia-se ato administrativo típico e portanto deve ser motivada. De acordo com Carvalho Filho (2006, p.103) “[...] sendo um elemento calcado em uma situação anterior à prática do ato, o motivo deve ser sempre ajustado ao resultado do ato, ou seja, aos fins a que se destina”.

²³ Conforme já afirmamos anteriormente, este dispositivo deve ser interpretado com cautela pela autarquia, vez que estão sendo manejados interesses eminentemente difusos. A supressão arbitrária de interessados na lei antitruste poderá configurar abuso de poder da autoridade administrativa e violação do contraditório.

A lei de ação popular, nº. 4717/65, considera nulo os atos que tenham vício de inexistência de motivo. Seu artigo 2º, parágrafo único, “d” dispõe que *inexistência de motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido*”.

Assim, é de aplicabilidade integral ao antitruste o dispositivo em comento (art. 273, §1º do CPC). Ainda, ao fazer menção à exigência de fundamentação, a intenção do legislador foi ao que tudo indica afastar a possibilidade de fundamentações concisas de decisões interlocutórias sobre tutela antecipada.

No antitruste, a efetivação da medida antecipadora da tutela está condicionada ao compromisso de reversibilidade de operação, que deve ser celebrado entre as partes e a autoridade antitruste. Este instrumento possibilitará à autarquia um maior controle da operação, uma vez que nos termos do artigo 143 do regimento interno da autarquia, *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*. Por fim, as condições do acordo podem ser modificadas a qualquer tempo a pedido das partes ou da autoridade, nos termos do artigo 145 do mesmo regimento.

Deve-se ressaltar que a medida não relativiza a autoridade do Conselho em si, posto que nos termos do artigo §3º do artigo 140 do regimento, a proposta poderá ser encaminhada à Procuradoria e ao fim deve ser submetida à homologação do Plenário. O conhecimento por parte do Conselho é condição de eficácia para o ato.

CAPÍTULO 5

TUTELA CAUTELAR E PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTITRUSTE

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pela efetividade do processo, a solução estatal para as questões colocadas por meio do processo devem ser úteis tanto para as partes mas, sobretudo, para o interesse público, *atribuindo o direito a quem tem direito*. Assim, quanto mais célere a marcha do debate perante o ente estatal, mais idôneo se mostrará o processo para cumprir sua função de tutelar a ordem econômica, sobretudo a liberdade de iniciativa concorrencial. O princípio da economia processual torna-se então uma tônica do direito processual contemporâneo.

Por outro lado, como já vimos, a segurança jurídica também embasa a processualidade administrativa, uma vez que está incluído dentre o *rol das garantias processuais fundamentais individuais*, como um aspecto do chamado devido processo legal, extensível também ao processo administrativo por meio do artigo 5º, LV da Constituição da República.

Neste sentido, Theodoro Junior (2007) considera que atuam sobre o processo duas forças opostas: aquela que exige solução estatal rápida estatal para a questão deduzida em juízo e por outro lado a necessidade de delonga da atividade judicante estatal para a devida efetivação do contraditório e ampla defesa.

Segundo Mello (2003) as medidas cautelares são cabíveis no processo administrativo a fim de acautelá-lo diante do perigo da demora natural da decisão final. No processo administrativo estas medidas são denominadas *medidas preventivas*, sendo atos processuais praticados pela autoridade julgadora.

O processo administrativo, conforme já afirmamos, é instrumento do Estado de Direito uma vez que a disciplina da atuação administrativa confere aos administrados as garantias processuais constitucionais, agrupadas sob o signo do *due process of law*. Segundo Mello (2003, p.461) “cabe, portanto, ao Direito Processual Administrativo traçar o perfil e a extensão das formas processuais no exercício da função administrativa, mesclando, nas devidas proporções, princípios de Direito Administrativo e de Direito Processual, a fim de melhor servir ao interesse público, com a participação dos administrados”.

A cautela é acessória ao processo e por isso a medida adotada deve restringir-se aos limites do direito cuja realização se pretende assegurar, não podendo ser concedidas em se tratando de hipótese de mera expectativa de direito. O que se garante é um direito já adquirido, não sendo protegido aquele que depende do acolhimento de uma ação constitutiva.

Segundo a teoria tradicional da tutela cautelar, as medidas preventivas cabíveis ao processo administrativo sujeitam-se a dois pressupostos, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Assim, tem por finalidade garantir o processo,

o que, por consequência lógica, implica em afirmar que a sua validade está condicionada a existência da relação processual.

Tal qual já expusemos, a Constituição assegura a existência do processo administrativo. Se para haver cautela é necessária à existência de processo, então na processualidade administrativa deve a autoridade ser dotada de competência para adotar medidas cautelares.

A lei geral de processo administrativo, em seu artigo 45, prevê expressamente a possibilidade de autoridade *adotar medidas conservatórias sem a prévia manifestação do interessado em caso de perigo iminente*. Pela previsão do referido dispositivo, as medidas visam a assegurar o resultado prático do processo, garantindo que a solução final do processo tramitando perante a Administração realmente produza os efeitos devidos e não se torne inútil ante as consequências previsíveis. (MELLO, 2003).

Vale ressaltar que pelo referido dispositivo, é possível que a autoridade competente conceda a medida em sede de *liminar*, sem a oitiva prévia das partes e interessados. Segundo Theodor Junior (2007, p.735) “[...] liminar é o provimento judicial emitido no momento mesmo em que o processo vai se instaurar”. Vale dizer que não ofende o contraditório, pois o requerido terá ampla oportunidade de defesa durante o processo administrativo futuramente podendo inclusive recorrer administrativa ou judicialmente contra o ato da autoridade que aplicou a medida.

Assim como os atos antecipadores de tutela, as medidas preventivas se consubstanciam em atos administrativos típicos, o que implica em dizer que são medidas infralegais cuja validade está sujeita à observância dos princípios gerais do

Direito Administrativo além daqueles que regem a ordem econômica, analisados no primeiro e segundo capítulos deste trabalho.

5.2 A Tutela Cautelar E A Medida Preventiva No Processo Administrativo Antitruste

Nos termos do artigo 52 da lei concorrencial, *em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator 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 que torne ineficaz o resultado final do processo.*

Segundo Mello (2003, p. 483), trata-se de “medidas cautelares inominadas incidentais ao processo administrativo”. Por serem inominadas, seu fundamento repousa sobre o direito constitucional de ação e de forma mediata no poder geral de cautela.

A função cautelar então não é limitada pelas providências típicas uma vez que a vontade do legislador é assegurar meios de coibir *qualquer* situação de perigo que possa comprometer a eficácia e a utilidade do processo principal. Segundo Theodoro Júnior (2007, p.555) “este poder de criar providências de segurança, fora dos casos típicos já arrolados recebe doutrinariamente o nome de *poder geral de cautela*”.

Portanto, em sendo estendido à processualidade administrativa, visto que está presente o perigo de dano pela demora da decisão final, deve ser atribuição da autoridade antitruste exercer a tutela cautelar nos processos de sua competência a atividade destinada a evitar um perigo proveniente de um evento possível ou

provável, que possa suprimir ou restringir os interesses tutelados por meio da liberdade de iniciativa concorrencial.

O artigo 30 da lei 8884/94 atribui ao Secretário da SDE a titularidade para conduzir as averiguações preliminares *quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo*. Considerando que processo é procedimento qualificado pelo contraditório então nesta fase ainda não há processo administrativo. É um procedimento instrutório preparatório, semelhante ao inquérito policial no processo penal.

Nesta fase o que se avalia é a presença de indícios a infração a ordem econômica quando os mesmos não forem suficientes para a instauração do processo administrativo. Assim sendo, é um procedimento do qual o processo administrativo prescinde uma vez que ele já pode ser instaurado diretamente, havendo indícios suficientes.

Pela redação do artigo 53, a medida preventiva pode ser adotada em qualquer fase do *processo*. Tal qual o inquérito policial não faz parte do processo penal, quando em fase de averiguações preliminares ainda não terá havido processo administrativo. Assim, não é cabível na fase de averiguações preliminares. Em segundo lugar, a presença dos requisitos exigidos na lei autoriza já a instauração do processo administrativo, visto que o receio de dano irreparável deve ser fundado, ou seja, havendo maior certeza, o procedimento adequado será o processo administrativo nos termos do artigo 32 da lei concorrencial (e não as averiguações preliminares). Vejamos o entendimento de Coelho (1995, p.118) a respeito:

Ordem preventiva de cessação poderá ser decretada em qualquer fase do processo administrativo. Significa dizer que a lei somente autoriza a providência somente após a regular instauração daquele. No transcorrer das averiguações preliminares, qualquer decreto de natureza cautelar carece de fundamento legal.

Esta questão foi amplamente discutida na Representação nº. 08700.003431/2001-31 em que o CADE se posicionou no sentido da impossibilidade de se conceder medida preventiva sem prévia instauração de processo administrativo.

Segundo Schuartz (1996), as medidas preventivas são funcionalmente equiparáveis as liminares em ações cautelares, ações civis públicas e em mandado de segurança, sendo-lhes a todas inerente a natureza cautelar de urgência. Tem por função, de acordo com Fonseca (1998, p.132), “fazer com o que o órgão julgante tenha tempo suficiente para instruir adequadamente o processo e chegar a decisão final. São preventivas porque vêm antes da decisão final e acautelatórias porque se destinam a evitar que ocorra um mal irremediável consistente na frustração da decisão final”.

Os requisitos para a adoção da medida preventiva consistem na possibilidade de um dano potencial em razão do *periculum in mora* e ainda a o *fumus boni iuris*, ou seja, a plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança. Verificados estes requisitos, a concessão da medida liminar pode mesmo ser concedida de ofício, conforme entendimento do CADE em julgamento da Medida Preventiva nº. 08700.003174/2002-19.

Mesmo que não houvesse qualquer pedido formulado, poderia, de ofício, o Conselheiro Relator adotar medida preventiva quando presente os requisitos autorizadores (*fumus boni iuris e periculum in mora*), em razão da necessidade de resguardar e preservar a utilidade do processo administrativo, bem como a eficácia da decisão final. [...] Ademais, deve-se considerar que não temos na concessão da Medida Preventiva a defesa do direito de parte, mas sim o interesse da coletividade. A Medida Preventiva visa necessariamente a manutenção da ordem econômica em caráter precário, *com vista a permitir a eficácia e a viabilidade de uma futura decisão final.*

No mesmo despacho, o relator afirma que *fumus boni iuris* é “[...] plausibilidade, a possibilidade de existência do direito invocado, no caso, a

possibilidade da existência de prática anticompetitiva”. (p.32) Por sua vez, o *periculum in mora* significa “[...] fundado temor de que, enquanto se aguarda a tutela definitiva, venham a ocorrer fatos que prejudiquem a apreciação do processo administrativo” (p.48). Verificados os requisitos e não sendo concedida a medida, podemos dizer que fica garantida a continuidade da possível prática anticompetitiva.

Assim, a tutela cautelar é cabível no antitruste por expressa disposição legal, tendo os mesmos requisitos do que aqueles exigidos para as medidas cautelares típicas e atípicas do Código de Processo Civil. Na prática do SBDC, a adoção de medidas cautelares, sendo utilizadas com excepcionalidade e cautela por parte dos legitimados a sua adoção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da intervenção do Estado na ordem econômica por meio do antitruste é por certo aquele que mais sensivelmente demonstra o relacionamento entre o ente estatal e a sociedade. Vale dizer, evidencia com clareza que a linha de separação entre o *público* e o *privado* é por demais tênue, se é que ela existe.

É que a Constituição da República ao consagrar a liberdade de iniciativa concorrencial como princípio basilar da ordem econômica, desenhou um modelo econômico marcado sobretudo pelo liberalismo. Vale dizer, conferiu aos agentes econômicos uma enorme margem discricionária para desenvolverem suas atividades, reservando ao Estado atuar somente nas hipóteses em que ocorra abuso de direito por parte destes agentes.

Assim, pelo o que vimos, o exercício da atividade econômica é, em regra, marcado por uma enorme margem de liberdade deixado ao agente, sendo o Estado legítimo para agir somente naquilo que excede esta discricionariedade, ou seja, quando há um abuso do poder econômico.

O estudo da regulação econômica estatal é recente no Brasil sendo mais freqüente na última década do século passado quando o país integrou-se efetivamente na dinâmica da economia mundial globalizada, promulgando seu primeiro diploma normativo que realmente disciplina a manutenção da liberdade de

iniciativa concorrencial. É a lei 8884/94, lei antitruste, que serviu de embasamento legislativo para todo este trabalho que desenvolvemos.

É interessante notar que este diploma normativo inovou na ordem jurídica ao estabelecer não somente regras de direito material, mas também disciplinou o processo administrativo antitruste. Vale dizer, reconheceu que toda a atuação estatal, além de excepcional, deve se dar por meio do processo. Ainda, conferiu legitimidade à função administrativa para promover a defesa da ordem econômica tal qual traçada pelo Texto Constitucional em vigor.

Esta atividade estatal escapa aos limites da atividade administrativa típica. Trata-se na realidade de uma *atividade judicante da Administração Pública*, que muito mais do que a simples aplicação da lei ao caso concreto, soluciona e previne eventuais conflitos entre a liberdade de iniciativa conferida ao agente econômico em particular e a livre iniciativa, bem jurídico difuso cujo titular é a própria sociedade.

A existência da processualidade administrativa, com suas peculiaridades, torna-se então evidente. Não há como negar que o *processo*, muito mais do que um meio de solução de conflitos privados, torna-se o meio que legitima o Estado para o exercício das funções que lhe são típicas.

No antitruste, a atuação do ente estatal deve ser, pois, desenvolvida mediante processo administrativo, no qual sejam assegurados aos interessados as mesmas garantias do processo jurisdicional, nos termos do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

A efetividade do processo, tal qual defendida por Liebman, tem por pressuposto básico o respeito às garantias processuais traçadas pela Constituição.

Dentre elas, o contraditório, que embasa o modo de atuação não só das partes, mas também da própria autoridade julgadora, enquanto sujeito da relação processual.

Por estas exigências, temos que a autoridade antitruste deve desenvolver suas atividades de forma democrática. As prerrogativas que lhe são inerentes no exercício da função devem ser utilizadas na exata medida das necessidades ditadas pelo interesse público. Deve pois procurar tomar suas decisões de maneira consensual, transparente e ainda consoante os princípios constitucionais administrativos explícitos e implícitos.

Não podemos deixar de mencionar que a legitimidade da atuação estatal impescinde da mesma ser efetiva. Por esta exigência, é preciso que seja dado ao agente econômico a possibilidade de exercer sua atividade nos limites dos princípios constitucionais supramencionados sem que para isso a burocracia gerada pela necessidade da segurança jurídica seja considerada um entrave.

Nas hipóteses de infração a ordem econômica, o ente estatal deve agir tempestivamente de forma que toda e qualquer sanção seja considerada inócua. O direito de defesa é *individual* e constitucional, advém do próprio Estado de Direito. De outra feita, não se pode deixar de mencionar que é também função do Estado a manutenção da liberdade de iniciativa concorrencial, bem jurídico *difuso*, conforme analisamos neste trabalho.

Neste conflito de valores é que se torna possível a aplicabilidade das medidas de urgência. O tempo é certamente um entrave para o direito processual e se torna ainda mais intenso no antitruste, já que as atividades comerciais são cada vez mais instantâneas ao passo que o Estado encontra limitações para sua atuação, tornando-o muitas vezes pouco eficiente.

Não se pode conceber uma atividade estatal que não atenda de imediato aos interesses da sociedade. Também, já afirmamos que o processo é o meio necessário para o desempenho das funções públicas, devendo o mesmo prezar pela observância dos princípios constitucionais individuais que regem a ciência processual. Deste relacionamento crítico surge então a necessidade de a autoridade ser dotada de mecanismos que a possibilitam agir, dentro da legalidade, nas situações de lesão ou perigo de dano iminentes ao interesse público.

A efetividade no antitruste então pressupõe não somente uma atuação regular do Estado por meio do processo, mas também que esta seja tempestiva, de forma a atender realmente aos fins a que se predestinam.

O direito constitucional de ação pode ser definido como o direito de que dispõe o indivíduo ao processo efetivo que promova a conciliação dos interesses deduzidos em tempo hábil. Na medida em que o fator *tempo* tem sido colocado em discussão como fator de efetividade, isso pressupõe o poder de pleitear a adoção de medidas idôneas e suficientes para adequar, em tempo hábil, a situação de fato à realidade jurídica afirmada.

Sendo o tempo fator crítico que permeia o desenvolvimento de toda e qualquer atividade estatal, é possível observar que os mecanismos de urgência são inerentes a todo em qualquer processo. Vale dizer, a efetividade das medidas antitruste abarca a possibilidade do manejo das medidas cautelares e antecipatórias de tutela, quando presentes os requisitos estabelecidos em lei.

Em que pese as divergências doutrinárias acerca do tema, acreditamos que tutela de urgência é gênero da qual são espécies a medida cautelar e as antecipatórias dos efeitos da tutela.

A primeira tem por objetivo assegurar os resultados práticos a serem advindos do processo principal enquanto por sua vez a segunda antecipa não a tutela mas seus efeitos objetivando ao titular do direito o seu exercício ainda que mediante uma cognição não exauriente.

Ambas as espécies são cabíveis no antitruste, conforme analisado. Tanto a liberdade de iniciativa quanto a livre concorrência são princípios constitucionais de eficácia plena, ou seja, de aplicabilidade imediata que não podem ser obstados nem pela atividade legislativa estatal e tampouco por sua atuação por meio da função administrativa.

A lei antitruste (nº 8884/94) é anterior à lei nº 8952/94, que regulamentou a antecipação de tutela no ordenamento jurídico brasileiro. em que pese a redação do referido dispositivo, por interpretação teleológica, há que se notar uma evolução no direito processual na direção de agilizar a prestação do órgão julgante e de contornar as crises dos procedimentos clássicos mediante expedientes expeditos, comprometidos muito mais com a garantia de justiça e com o incentivo à real tutela dos direitos coletivos violados ou ameaçados com a prática antitruste

Analisamos que as medidas antecipadoras dos efeitos da tutela é cabível nos casos de controle preventivo das estruturas de mercado. Estando o processo administrativo devidamente instruído, restando claro que há verossimilhança nas alegações dos requerentes, qual seja, a regularidade do exercício da atividade econômica pretendida sem que haja prejuízos à ordem econômica, desde que possível a reversibilidade, não há qualquer motivo que venha justificar a necessidade de se esperar *burocraticamente* a decisão final colegiada do CADE.

Condicionar o exercício da livre iniciativa, quando manifestamente legítimo, a um prazo superior ao estritamente necessário representa em última instância a uma forma velada de intervenção do Estado na margem de liberdade dado ao agente econômico, traduzindo arbitrariedade por parte do ente estatal.

Estas medidas, sendo desenvolvidas em sede administrativa, devem guardar consonância não só aos requisitos expostos na lei processual civil mas também aos princípios que regem a atividade administrativa estatal *democrática e participativa*.

Nestes termos, conforme já afirmamos anteriormente, preenchidos os pressupostos exigidos tanto pela lei quanto pela Constituição, é direito subjetivo de a parte obter a providência, não restando à autoridade nenhuma discricionariedade em relação à possibilidade ou não de adoção das medidas antecipadoras da tutela.

Conforme já afirmamos, a medida cautelar é espécie de tutela de urgência e decorre do direito constitucional de ação e do poder geral de cautela. É cabível no antitruste nas hipóteses de controle repressivo dos abusos de poder econômico nas quais, por se tratarem de medidas de direito penal econômico, é essencial que seja mantida a presunção da inocência do representado. Por outro lado, não pode ser afastada a possibilidade de o Estado, decorrente do poder extroverso, fazer cessar o dano à liberdade de iniciativa concorrencial.

É neste aspecto que se mostra cabível a tutela cautelar, disciplinada expressamente pela lei antitruste. A autoridade deve pois usar de seu poder geral de cautela para adotar medidas coercitivas que visem recompor a normalidade jurídica da ordem econômica.

Além da medida prevista tipicamente no artigo 52 da lei antitruste, a doutrina aponta para a possibilidade de adoção de medidas cautelares atípicas no processo administrativo antitruste, tal qual é possibilitado no processo civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguierre de. *Processo Administrativo e controle da atividade regulatória*. São Paulo: Editora Fórum, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria Geral do processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro: comentários a lei n. 8884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995

COSTA, Néelson Nery. *Processo Administrativo e suas espécies*. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Salvador, Edições Podivim, 2007.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador, Edições Podivim, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

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

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT: 1993

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

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann . *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/99*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MOREIRA NETO, . *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: Ed. Forense, 2006.

PORTA, Marcos. *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2003.

POSSAS, Mário; *et al.* Defesa da Concorrência e regulação de setores de infraestrutura em transição. *Revista do Ibrac.*, nº 8, São Paulo, 2002, p. 102-107.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SCHUARTZ, Luís Fernando. As medidas preventivas no art. 52 da lei 8884/94. *Revista do IBRAC*, v.3, n.5. São Paulo: IBRAC, maio/1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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