

Direito Concorrencial

[Mauro Grinberg](#) | [Livia de Melo](#)

DO QUE SOMOS ACUSADOS?

O futuro do antitruste: duas importantes nulidades processuais no sistema antitruste brasileiro e como corrigi-las

INTRODUÇÃO

Para o futuro do antitruste, os autores têm duas recomendações para ajustar aspectos processuais importantes relativos às investigações de supostas práticas anticoncorrenciais conduzidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o órgão antitruste brasileiro. Ambas visam assegurar que o devido processo e a segurança jurídica sejam fielmente aplicados pelo CADE em seus processos administrativos, dado, acima de tudo, seu caráter sancionador. É importante lembrar que esta é a opinião dos autores e não do escritório do qual são membros ou das organizações para as quais cooperam.

A primeira recomendação diz respeito à necessidade de definições do mercado relevante e do poder de mercado, mesmo em casos de condutas horizontais. Como será detalhado na Seção II, os autores discordam da recente jurisprudência do CADE, que consolidou que qualquer coordenação horizontal é ilegal *per se*, e que a definição do mercado relevante é desnecessária, dado que a mera demonstração da materialidade da conduta é suficiente para a condenação das empresas supostamente envolvidas. A ausência de análise de mercado restringe o direito à ampla defesa, uma vez que os agentes econômicos sem poder de mercado são incapazes de gerar efeitos negativos para o mercado. No mínimo, entende-se que a medida do poder de mercado deve ser pesada para a dosimetria das penalidades.

Por sua vez, a segunda recomendação está intrinsecamente ligada à primeira. No parágrafo anterior, os autores explicam que o mercado relevante deve ser delimitado para que o representado possa exercer plenamente o direito de defesa; agora os autores destacam a relevância do momento processual para delimitar o objeto. De acordo com a regra da estabilização do processo, após um determinado momento processual o objeto litigioso precisa

se estabilizar e não é mais possível sua modificação. Como será explicado na Seção III, para proporcionar um processo justo e eficaz, é essencial que o objeto da investigação seja previamente estabelecido, a fim de garantir ao acusado o pleno conhecimento do objeto do processo e dos efeitos legais resultantes da decisão¹.

Nas próximas Seções, os autores apresentam seus entendimentos e suas melhores recomendações para adaptar estes aspectos processuais ao devido processo legal.

II. A necessidade de definições de mercado relevante e de poder de mercado para assegurar o direito à ampla defesa

Em um mercado hipotético no qual existem três concorrentes, um acordo entre dois dos concorrentes, cada um com 10% do mercado, pode ser considerado neutro do ponto de vista dos efeitos antitruste, mesmo que apenas potencial; ou, a depender, até ser pró-competitiva para melhor enfrentar o terceiro concorrente com 80% do mesmo mercado. Embora haja um acordo horizontal, a conduta pode ser incapaz de gerar impactos anticoncorrenciais e pode até mesmo gerar eficiências para o mercado, como preços mais baixos e maior inovação ou melhores produtos. Ao contrário dos cartéis *hard core*, um suposto conluio como este não resultaria na eliminação da concorrência, no domínio do mercado ou em um aumento arbitrário dos lucros, excluindo a aplicação do artigo 36, I, da Lei 12.529 / 2011 (doravante denominada "Lei de Defesa da Concorrência" ou "LDC") e, mais importante, do § 4 do artigo 173 da Constituição Federal brasileira. Portanto, como tal conduta poderia ser considerada anticompetitiva?

Para o CADE, pode ser e pode levar a multas elevadas, principalmente porque o CADE criou uma tradição de definir o mercado relevante com base nos participantes das condutas coordenadas, independentemente de suas participações de mercado e independentemente de quantos concorrentes possam ser encontrados fora da alegada conduta. Ou ainda pior. O Tribunal do CADE já decidiu que não é necessário definir o mercado relevante ou aferir o poder de mercado porque a simples demonstração de tal conduta é suficiente para provar os danos potenciais da atividade ilegal². Esta é a primeira nulidade que os autores querem apresentar neste artigo.

O CADE entende que os cartéis não exigem uma análise econômica mais detalhada, uma vez que o custo social líquido é inerente a tal conduta. Entretanto, o que este artigo pretende demonstrar é que a definição do mercado relevante é uma condição necessária para a efetividade do direito ao contraditório e à ampla defesa, em toda e qualquer análise de suposta infração

¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi* no Processo Civil, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 192.

² Processo Administrativo nº 08012.004472/2000-12, voto da conselheira relatora Ana Frazão, em outubro de 2014; Processo Administrativo nº 08012.004039/2001-68, voto da conselheira relatora Ana Frazão, em maio de 2013; Processo Administrativo nº 0801.006923/2002-18, voto do conselheiro relator Veríssimo, em fevereiro de 2013; Processo Administrativo nº 08012.002127/02-14, voto do conselheiro relator Prado, em julho de 2005, Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41, voto do conselheiro relator Resende, em julho de 2019; Processo Administrativo nº 08012.006043/2008-37, parecer da Procuradoria Geral do Cade, em março de 2020.

anticompetitiva, e não apenas nos casos que investigam condutas unilaterais. Além disso, sem definir o mercado relevante, nenhuma acusação de violação da livre concorrência é suportada. Essa nulidade processual deve ser corrigida porque as revisões judiciais estão começando a surgir, anulando as decisões do CADE que não cumpriram com o devido processo legal.

Temos visto, no passado recente, condenações em condutas concertadas sem nenhum escrutínio do mercado relevante. Por exemplo, no Brasil, os postos de gasolina são obrigados pela autoridade reguladora a divulgar seus preços em *outdoors*, o que pode levar a um paralelismo tácito entre os *players*, acomodando os preços ao mesmo nível. Entretanto, o paralelismo não está necessariamente relacionado a um contato anticompetitivo entre concorrentes para fixar preços ou à troca de informações concorrencialmente sensíveis com a intenção de dividir o mercado.

Mas o que pode ser feito sobre isso, além de mostrar que se trata de uma nulidade? O Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), que pode ser utilizado no processo administrativo no CADE em determinadas circunstâncias – exceto por especificações legais diretas – fornece algumas pistas que podem ser facilmente seguidas.

Na verdade, o artigo 319, inciso III, do CPC estabelece, como requisito da petição inicial, a indicação de "*o fato e os fundamentos jurídicos do pedido*". Além disso, o artigo 36, inciso I, da LDC diz que uma infração da ordem econômica, para ser considerada como tal, deve, entre outras, "*limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa*". Combinando os dois dispositivos, podemos concluir que a nota técnica final do inquérito administrativo – perfeitamente equivalente à petição inicial, segundo o artigo 69 da LDC³ – deve demonstrar claramente como uma conduta específica pode causar qualquer dano à concorrência.

A esta altura é preciso lembrar que o Brasil é um país de *civil law* e, por isso, herdeiro da tradição ibérica, o que é muito formal. Isto significa, para nosso propósito aqui, que somos guiados por leis que vão (na medida do possível) a muitos detalhes. Não temos algumas abstrações que são muito utilizadas no *common law*. Além disso, a jurisprudência, embora importante, tem seus limites, e um Juiz pode sempre ir contra alguma decisão anterior, mesmo sabendo que ela poderá ser anulada por um Tribunal Superior. Tomando o exemplo do Supremo Tribunal Federal (STF) (o equivalente brasileiro da Supreme Court), os Ministros geralmente emitem medidas provisórias que podem durar anos e o fazem individualmente. Um ponto importante é que, embora estranho ao direito brasileiro, os conceitos de regra da razão e regra *per se* são amplamente utilizados pelo CADE, embora o Judiciário seja muito cético a esse respeito. Tais regras não são encontradas nem em nossas leis nem em nossa tradição jurídica. Como consequência, não podemos simplesmente dizer que um cartel sempre prejudica o mercado, independentemente de uma análise minuciosa; devemos demonstrar que tal prejuízo existe.

³ Art. 69. O processo administrativo, procedimento em contraditório, visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final, aprovada nos termos das normas do Cade, constituirá peça inaugural.

Portanto, um ponto para começar a corrigir tal nulidade processual é estabelecer a necessidade de provar não apenas que houve um conluio, mas também que ele prejudicou (mesmo que apenas potencialmente) a concorrência de alguma forma. Assim, na hipótese 80/10/10 acima mencionada, um conluio pode ter acontecido, mas sem prejudicar a concorrência. Na verdade, que tipo de dano à concorrência este exemplo 80-10-10 pode causar? De que concorrência estamos falando? Isto significa que devemos definir, da forma mais restrita possível e/ou viável, o mercado relevante. O resultado da definição levará ao mercado e à concorrência de que estamos falando. Algumas perguntas devem ser respondidas, principalmente: quem são os participantes do conluio? Estes participantes da colusão podem impor preços e condições aos concorrentes? Quais são as participações de mercado? Existem outras influências de um sobre os outros? Qual é o alcance regional de cada concorrente?

As respostas a estas perguntas são diferentes de mercado para mercado, mas é muito importante saber se um certo conluio realmente prejudica a concorrência ou não tem nenhum efeito. De acordo com a legislação brasileira, uma violação à LDC deve sofrer algum tipo de dano à concorrência, mesmo que apenas potencial; caso contrário, é uma coordenação sem efeitos sobre a concorrência, sem relevância para a discussão antitruste.

Portanto, é possível corrigir a primeira nulidade definindo o mercado relevante, mesmo que esta correção possa soar (e talvez seja) um pouco infantil.

III. Delimitação do objeto e estabilização do processo: aplicabilidade aos processos administrativos sancionatórios do CADE

A correção da segunda nulidade está relacionada ao artigo 357, incisos II e IV, do CPC: "(...) *deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo*": "*delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória(...)*" e "*delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito*". Traduzindo este artigo para a LDC, devemos apenas mudar "juiz" para "Superintendente-Geral (SG)" – que é o órgão de investigação do CADE – e é possível ver como surge a obrigação. Como podemos ver, esta nulidade é a falta de uma acusação bem delimitada contra o acusado.

Resta claro que, quando a SG tem que limitar as questões de direito que estarão em discussão no caso, o CADE está fixando os termos em que os acusados têm permissão para apresentar argumentos e provas. Nenhuma mudança deverá acontecer a partir deste momento, mesmo se e quando a SG entender que existem outros argumentos. Estes novos argumentos podem ser utilizados em um novo caso, mas não no mesmo caso em que a SG, agindo de acordo com a lei, já deixou claro quais são os pontos a serem considerados no processo e nenhum outro ponto é mais permitido. Se estes novos argumentos forem incluídos no mesmo processo, a SG deverá reabrir o prazo para apresentação de nova defesa, para que os representados possam emendar seus argumentos e provas.

É a regra da estabilização do processo que se baseia no interesse público, que deve responder de maneira certa e definitiva à provocação no pedido do autor. Um sistema legislativo que permitisse livremente a alteração dos elementos da ação geraria instabilidade na disposição jurisdicional e, conseqüentemente, nas relações jurídicas em geral⁴. Desta forma, a estabilidade do processo está enraizada na própria segurança jurídica. Puro *civil law*!

Além do interesse público, a estabilidade do objeto do processo também está intimamente relacionada ao direito a um julgamento justo, garantido pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal Brasileira, que prevê que "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*". Para que haja um direito à ampla defesa, é essencial que o objeto da demanda seja estabelecido previamente, a fim de garantir ao representado o pleno conhecimento do objeto do processo e dos efeitos legais resultantes da decisão.

Esta não autorização de novos elementos para discussão sobre o mérito é válida não apenas para o representado, mas também para o CADE, embora o CADE raramente o entenda desta forma. O CADE aqui tem duas funções, que podem parecer - e de certa forma são - opostas: como promotor público (abrindo a investigação e acompanhando-a), que basicamente acusa o representado de alguma infração antitruste e como juiz de primeira instância decidindo que existe ou não tal conduta. É justo dizer que a LDC permite ao CADE, seja através da SG ou através de seu Tribunal, usar dois chapéus.

A regra da estabilidade do processo é consolidada no sistema processual civil brasileiro, que prevê que uma vez que a ação judicial tenha sido ajuizada e o acusado seja notificado, há uma estabilização do objeto contestado, que não pode mais ser alterada pelo autor sem o consentimento do acusado (artigo 329 do CPC)⁵. Esta regra também está presente no processo penal brasileiro que, embora conceda ao juiz a possibilidade de modificar a definição legal dos fatos apresentados pelo autor, não permite a alteração da descrição do fato contido na queixa, nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal (CPP). Se ao final da fase probatória houver uma nova "definição legal do fato" devido a novos fatos ou outros elementos não contidos na acusação inicial, deve haver uma nova reclamação e, naturalmente, uma nova possibilidade de apresentar defesa. Conforme declarado por BADARÓ, "*o objeto da acusação [...] deve permanecer inalterado durante todo o processo [...]. Se o processo serve para verificar a acusação, a sentença [...] deve confirmar ou refutar a acusação [...] e não pode ser baseada ou levar em conta algo diferente, que não faz parte da acusação*".⁶ Mais uma vez, puro *civil law*!

Naturalmente, a regra da estabilização dos processos também se aplica aos processos administrativos sancionatórios do CADE. Como a segurança jurídica e o direito ao contraditório e à ampla defesa são igualmente válidos e aplicáveis ao processo administrativo, é imperativo

⁴ GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro, II, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 57.

⁵ THEODORO JR., Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil, in: Revista de Processo, 2017, p. 195-204.

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique, Correlação entre acusação e sentença, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 81.

que o objeto do processo – delimitado na nota técnica de instauração do processo administrativo – permaneça estável; e, se não permanecer, então uma nota técnica saneadora deverá ser emitida para garantir a oportunidade de apresentar nova defesa e para garantir que a produção de provas seja reaberta.

Portanto, a correção da segunda nulidade é fácil: a SG deve seguir a lei e delimitar, no início da investigação, quais são as acusações imputadas e seguir tal delimitação sem permitir exceções. Isto significa que não só a acusação não pode ser alterada, mas também os argumentos para as discussões.

IV. COMENTÁRIOS FINAIS

Os autores utilizaram estas duas nulidades porque elas têm correções fáceis sob as leis existentes e não há necessidade, para corrigi-las, de criar algo novo porque o sistema legal já nos dá as soluções. Os autores esperam ter abordado o futuro do antitruste corrigindo essas nulidades.

Em suma, o início do processo administrativo delimita as acusações – incluindo a definição de mercado relevante – que são imputadas aos representados e, conseqüentemente, o ônus da alegação e da prova. Portanto, admitir o simples fato de que a autoridade judicante pode trazer novos fatos ao processo, após a apresentação das defesas e a análise das provas, desrespeita o sistema processual brasileiro e viola o direito constitucional à ampla defesa.

V. Bibliografia

BADARÓ, Gustavo Henrique, Correlação entre acusação e sentença, 3ª ed., São Paulo, in: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro, II, São Paulo, Saraiva, 1984.

THEODORO JR., Humberto. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil, in: Revista de Processo, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no Processo Civil, 2ª ed., São Paulo, in: Revista dos Tribunais, 2001.