

A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE: alguns aspectos

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI
Advogado militante em São Paulo. Pós-
graduado em Direito Penal-Econômico
pela Faculdade de Direito da USP

SUMÁRIO

- 1 — *Conceitos fundamentais. Objetivos da lei*
- 2 — *Origem histórica*
- 3 — *Conceituação do abuso do poder econômico*
- 4 — *Formação da legislação nacional. Embasamento constitucional*
- 5 — *Natureza jurídica da lei antitruste. Objeto jurídico protegido*
- 6 — *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*
- 7 — *Hermenêutica da lei antitruste*
- 8 — *Controle judicial das decisões do CADE*
- 9 — *Competência extraterritorial do CADE*
- 10 — *Formas de abuso do poder econômico*
- 11 — *Elemento subjetivo do abuso do poder econômico. Paralelismo consciente*
- 12 — *Principais condutas restritivas da concorrência (horizontais e verticais)*
- 13 — *Regra da razão. Justificação de abusos restritivos à concorrência*
- 14 — *Assistência. Participação processual da vítima de abuso do poder econômico*
- 15 — *Dificuldades na aplicação da lei antitruste*

1 - Conceitos fundamentais. Objetivos da lei

Consoante ensina PHILLIP AREEDA, emérito Professor da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos (in *Antitrust Analysis*, 2ª ed., p. 6), a competição perfeita, ou seja, a economia de mercado sob a soberania do consumidor somente seria verificável uma vez reunidas as seguintes condições:

a) quando os compradores e vendedores forem tão numerosos, que nenhuma ação, de qualquer deles, produziria impacto no preço de mercado, inexistindo qualquer conluio entre aqueles;

b) quando cada consumidor demonstrar sua preferência subjetiva entre os vários bens e serviços existentes, mediante operações de comércio a preços de mercado plenamente conhecidos;

c) quando todos os preços relevantes de mercado forem patentes a todos os produtores, os quais devem conhecer todos os entrelaces de insumos tecnicamente capazes de produzir qualquer combinação específica de produtos finais, e tomem decisões sobre a dicotomia insumos-produtos finais apenas para ativar o retorno de seu capital; e

d) quando cada produtor tiver igual acesso a todos os mercados de insumos, inexistindo barreiras artificiais à produção e venda de qualquer produto.

Nesse hipotético sistema econômico, prevaleceria o princípio do "laissez-faire", sendo perfeitamente dispensável qualquer intervenção estatal. A realidade, entretanto, se apresenta bem diversa e distante de uma concorrência perfeita, tornando-se imperiosa a intervenção governamental, que pode variar de acordo com as peculiaridades de cada sistema econômico, bem como com as características dos valores adotados pelas comunidades envolvidas. É nesse quadro que surge a legislação antitruste, cujos objetivos, conforme o Estado que a promulgar, ora visam a finalidades políticas, ora econômicas, tais como, por exemplo, a competitividade entre empresas, a defesa da soberania pela independência tecnológica, etc.

Como salienta o igualmente ilustre Professor da Faculdade de Direito de Berkeley, Califórnia, LAWRENCE ANTHONY SULLIVAN (in *Antitrust*, pp. 1 e ss.), a legislação antitruste representa uma interação de conceitos econômicos e jurídicos. De fato, os objetivos da lei e seu desenvolvimento repercutem na maneira como os economistas especializados em organização industrial se apercebem de seu universo intelectual, sendo verdadeira a recíproca em relação aos juristas dedicados ao exame da legislação repressora do abuso do poder econômico. Todavia, como seria natural, as perspectivas de ambos os ramos da ciência, são bastante distintas, embora interdependentes. Assim, enquanto, para os economistas, a legislação antitruste objetiva a eficiência na alocação de recursos, para os

juristas, a matéria está afeita a aspectos políticos e sociais. Consoante o entendimento do Professor JAIME VILLEGAS CAYON (in *Monopolio y Competencia — Las Leyes antitrust de los Estados Unidos — base da la Libertad Económica*, p. 5), as leis antitruste têm, em síntese, quatro objetivos fundamentais, a saber:

a) a proteção das liberdades políticas e individuais, na medida em que permitem ao consumidor optar entre concorrentes, evitando, assim, a dependência à mera tolerância de um grupo monopolista;

b) a proteção ao consumidor quanto à boa qualidade dos produtos e aos preços razoáveis;

c) contribuir para a máxima eficiência econômica, mediante decisões livremente tomadas pelos empresários, sob a égide da concorrência e não sob imposições de monopólios; e

d) a melhor utilização da inventiva e da iniciativa individuais, oferecendo maiores oportunidades de participação na atividade econômica.

Três elementos são essenciais à análise da concorrência sob a legislação antitruste, a saber:

a) a “performance” de mercado;

b) a conduta de mercado; e

c) a estrutura do mercado, podendo esta ser monopolística, oligopolística ou competitiva.

Caracteriza-se o monopólio pelo controle de preços e a exclusão da concorrência. A Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, conhecida como a lei antitruste brasileira, não define com exatidão o monopólio, mas permite, em seus arts. 3º e 5º, a identificação de seus elementos fundamentais. Assim, conjugadamente, entender-se-ia como monopólio a situação em que uma empresa ou grupo de organizações, em relação ao qual exista um restrito número de empresas que não tenha condições de lhe fazer concorrência num determinado ramo de negócio ou de prestação de serviços, controle em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço que passe a exercer influência preponderante sobre os respectivos preços. A conceituação, porém, não exclui, mas ao contrário, reforça, a verificação de monopólio quando, inexistindo outras organizações menores, for o mercado constituído de, tão-somente, uma única empresa, hipótese em que, com maior precisão, teríamos o “monopólio natural” ou “de fato”, a que se refere o art. 2º, inciso II, da Lei Antitruste pátria. Outrossim, a existência de um pequeno grupo de empresas, atuando em condições monopolísticas, configura, também mais precisamente, um “oligopólio”, cuja característica própria é a consciência da interdependência (cf. SULLIVAN, ob. cit., pp. 331 e ss.).

O poder monopolístico, por seu turno, deve ser examinado sob sua triplíce especificação, conforme acima indicado, ou seja, sob o aspecto estrutural (examinando-se, por exemplo, o grau de concentração do mercado, a existência ou não de barreiras ao ingresso de novos empreendimentos nesse mercado etc.), de conduta (verificando-se, v.g., se a conduta é predatória ou não, ou seja, se é ou não excludente da concorrência) e de "performance" (sintomaticamente passível de identificação pela elasticidade em maior ou menor grau da resposta do mercado à imposição de preços supracompetitivos).

A estrutura do mercado, por sua vez, há que ser examinada sob dois aspectos:

a) por produto, levando-se em conta a natureza dos produtos sob exame, a saber, produtos homogêneos, diferenciados, substitutivos ou diversificados; e

b) geográfico, apreciando-se este sob os prismas local, regional, nacional e internacional, conforme o caso.

2 - Origem histórica

Historicamente, a legislação antitruste teve como divisor de águas o surgimento, nos Estados Unidos, da Lei Sherman (Lei Pública nº 190, de 2 de julho de 1890), de iniciativa do Senador John Sherman, seguida da lei da Comissão Federal de Comércio (Lei Pública nº 203, de 26 de setembro de 1914), da Lei Clayton (Lei Pública nº 212, de 15 de outubro de 1914), proposta pelo Senador Henry de Lamar Clayton, e da Lei Robinson-Patman (Lei Pública nº 692, de 1936), as quais constituem o arcabouço do sistema antitruste norte-americano. O período histórico anterior à Revolução Industrial pouco contribuiu para o florescer da novel legislação, posto ser a regulamentação antitruste produto da reação popular e estatal contra o chamado capitalismo selvagem, fenômeno cronologicamente recente. De qualquer forma, conforme relata o Professor GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL, reportando-se a estudos feitos pelos Professores WILBERFORCE, CAMPBELL e ELLES em sua obra *Restrictive Trade Practices and Monopolies* (apud *Teoria Geral do Direito Econômico*, pp. 24 e 25), já na Índia e na Grécia, em época anterior ao nascimento de Cristo, leis tinham sido promulgadas contra a formação de monopólios, contra a elevação arbitrária de preços e a provocação artificial de escassez de gêneros. Embora, por outro lado, em Roma, a *Lex Julia de Annona*, no ano 50 a.C., cominara pesadas multas para os que tentassem açambarcar o mercado de cereais, e um édito de Diocleciano, em 201, cuidara da defesa do comércio contra atividades visando à formação de monopólios, os citados Professores WILBERFORCE, CAMPBELL, e ELLES preferem encontrar a inspiração remota para a promulgação da Lei

Sherman na Constituição de Zeno, que, em 483, buscara ordenar os mercados romanos, criando para a ação restritiva do comércio sanções que iam até o confisco e o banimento. Não deixam, porém, os mestres de fazer menção a leis antimonopólios na Boêmia e nas cidades italianas de Urbino e Viterbo, no século XIII, assim como em certas regiões alemãs, na França e na Inglaterra, a partir do século XIV. Minha família possui uma preciosidade: um edital perfeitamente conservado, baixado em Bologna, em 27 de agosto de 1612, minuciosamente regulamentando o comércio da uva e do vinho e impondo graves penalidades (inclusive tortura) aos atravessadores, especuladores e câmbio-negrístas. Outra curiosidade: o diploma antecípou idéia que ressurgiu séculos depois, a da pena indeterminada, ou seja, a critério da autoridade. Assim, punia certas condutas com tortura explícita (v.g. "*tratti di corda*"), se coisa outra não determinasse o Chefe local e na ocasião, o Eminentíssimo Senhor Cardeal Maffeo Barberino.

No plano jurisprudencial, bem ao gosto dos adeptos do sistema da "Common Law", destacam-se, em seus primórdios, três precedentes (cf. SULLIVAN, ob. cit., pp. 156/158).

No primeiro, chamado "*Dyer's Case*", examinou-se a questão de um tintureiro que contrariara obrigação de não-concorrência, pela qual se comprometera a não exercer o comércio de sua especialidade em determinada cidade pelo período de seis meses. O Tribunal, em 1414, com grande veemência, julgou o autor carecedor de ação, sob o argumento de que era nula a disposição contratual que impedisse alguém de exercer seu comércio.

No segundo, conhecido por "*Merchant Tailor's Case*" (*Davenant vs. Hurdís*), 1599, debateu-se sobre os estatutos da "Guilda de Alfaiates de Londres", que exigiam de seus membros a obrigatoriedade de reservar ao menos a metade do trabalho de acabamento para membros da própria corporação, em detrimento de artesãos independentes. Neste caso, em que se defrontaram Lorde Coke, pelo acusado, e Thomas Moore, prevaleceu o entendimento do primeiro, no sentido de que a disposição estatutária era desarrazoada e, portanto, ilegal, na medida em que permitia à guilda exigir reserva de mercado sem qualquer contra-exigência de qualidade dos serviços e de razoabilidade de preços.

O último referido, ou seja, o "*Case of Monopolies*" (*Darcy vs. Allen*), decidido em 1602, tratava de uma patente concedida pela Rainha Elizabeth ao cortesão Darcy, conferindo-lhe monopólio na fabricação e importação de cartas para jogar. O réu, Allen, violando a patente, produziu e vendeu cartas em Londres. O Tribunal de King's Bench, adotando a defesa apresentada pelo Prefeito de Londres em favor do réu, anulou a patente sob a argumentação de que o privilégio era contrário ao interesse público na medida em que permitia a elevação de preços e a

redução da qualidade das cartas para jogar, além de privar trabalhadores de seu meio de subsistência.

Anota, porém, SULLIVAN, que referidos precedentes não tinham por objetivo primacial a defesa da livre iniciativa, mas antes, questões em geral políticas, tais como as reações contra imposições das guildas e as querelas de poder entre Prefeito e Rainha.

Nitidamente sob o prisma antitruste, os primeiros grandes processos ocorreram nos Estados Unidos, no início de século XX, destacando-se, exemplificativamente, o caso Northern Securities Co. (1904) e o caso Standard Oil Co. of New Jersey (1911) (cf. SULLIVAN, ob. cit., pp. 35/36).

Na demanda "Northern Securities", tratou-se da fusão de ferrovias de forma a deixar sob controle conjunto uma linha-tronco anteriormente disputada por dois grupos econômicos, o Grupo Moran e Hill e o Grupo Harriman. Decidiu-se, na espécie, que era ofensiva à Lei Sherman a consolidação de empresas cujo efeito fora eliminar parte substancial da concorrência entre elas.

No caso "Standard Oil", examinou-se a questão de pessoas físicas e jurídicas que, após constituir a empresa em 1870, obtiveram transporte ferroviário a custos preferenciais e forçaram concorrentes a aderir ao truste, sob pena de serem eliminados do mercado, notadamente mediante redução predatória de preços. Através desses métodos, a Standard passou a controlar acima de 90% do mercado de petróleo refinado. Ao julgar ilegal o truste, a Suprema Corte americana determinou sua dissolução, mediante distribuição das participações acionárias entre os sócios, em base *pro rata*.

A legislação européia relativa a abusos de posições dominantes (cuja diferenciação do conceito estrito da legislação antitruste veremos adiante) constitui, enquanto regulamentação sistemática, fenômeno recente. Embora alguns países já tivessem inserido nos respectivos sistemas jurídicos disposições sobre a matéria (de que são exemplos, na França, os arts. 419 e 420 do Código Penal (1810) e os arts. 50 e 51 da "ordonnance" 45/1483, de 30 de junho de 1945; na Inglaterra, o "Monopolies and Restrictive Practices Act" (1948); na Noruega, a Lei dos Trustes (1926); na Dinamarca, a lei antitruste de 1931 (que não chegou a ser aplicada) e, na Alemanha, as leis aliadas anti-monopólio, notadamente a "U.S. Military Government Law" nº 56, de 2 de fevereiro de 1947 (cf. EDWARD H. CHAMBERLIN, apud *Monopoly and Competition and Their Regulation*), as quais influenciaram a promulgação da lei japonesa anti-monopólio (Lei nº 54, de 14 de abril de 1947), de fato (cf. ALFRED F. CROTTI, in *Trading under EEC and US Antitrust Laws*, p. 13), o primeiro diploma verdadeiramente europeu que tratou da matéria foi o Tratado da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA) (Tratado de Paris, de 18 de abril de 1951), que foi seguido pela promulgação de

leis nacionais em países particulares como as da Alemanha, Holanda, Dinamarca, Bélgica e França. Contudo, não foi senão aos 25 de março de 1957 que, com o Tratado de Roma, criador do Mercado Comum Europeu, a matéria passou a merecer a devida atenção.

Não obstante recente a legislação, o conceito jurídico europeu de “abusos de posições dominantes” ou de abuso do poder econômico (mesmo por que a doutrina do “laissez-faire” é originária do Velho Mundo — cf. CORTI, *op. loc. cit.*) teve larga influência na formação da nossa Lei nº 4.137, notadamente no que tange à rejeição da doutrina norte-americana dos delitos “per se”.

3 — Conceituação do abuso do poder econômico

A Lei nº 4.137, de 1962, teve confessada inspiração e fonte histórica na análoga legislação norte-americana, porém, no dizer do autor de seu projeto original, Agamemnon Magalhães, “com as modificações impostas pelas nossas condições econômicas e políticas” (cf. *Abuso do Poder Econômico*, p. 18). Com efeito, e como primeira diferenciação conceitual, a legislação brasileira, antes de ser tipicamente um conjunto de normas “antitruste”, no sentido restrito da palavra, é um sistema jurídico, tal qual o europeu, repressivo dos “abusos do poder econômico” ou dos “abusos de posições dominantes”. Já observara CORWIN EDWARDS (in *Foreign Anti-Trust Laws in the 1960's*), citado por ALBERTO VENÂNCIO FILHO (apud *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, pp. 291/292), que “em alguns países o conceito de ação contrária ao interesse público é definido na frase “abuso do poder econômico”, que resume atitudes desenvolvidas durante vários séculos, pela inter-relação de instituições religiosas, políticas e econômicas. (...) Antes da Reforma, a atitude da Igreja era de não desafiar a existência do poder econômico temporal, nem preocupar-se com a sua concentração, mas, aceitando as hierarquias do poder, insistir para que tal fosse moralizado e que se tornasse religioso. Toda a conquista de poder trazia uma correspondente conquista de deveres. O fracasso em assumir seus deveres instituíra uma conduta imoral e irreligiosa. Essa concepção é claramente precursora do conceito legal atual de abuso do poder econômico, a qual sobreviveu à Reforma, não somente nos países católicos, mas também naqueles países nos quais o protestantismo adotou a concepção de que as atividades comerciais privadas têm deveres morais correspondentes à sua autoridade”.

Assim, atenta GUILHERME A. CANEDO DE MAGALHÃES (in *O Abuso do Poder Econômico*, p. 16) que o legítimo uso do poder econômico não sofre qualquer restrição, sendo certo que sua amplitude é até mesmo estimulada pelo Estado, uma vez que implica no desenvolvimento econômico do País.

Como resultado da simbiose, adotou o sistema brasileiro posição eclética, na medida em que, por exemplo, se, por um lado, como visto,

repeliu o rígido conceito de delitos "per se" do sistema norte-americano, em favor do mais flexível conceito europeu de abuso do poder econômico, por outro lado, autoritariamente desprezou o princípio do duplo grau de jurisdição (com evidente perigo para as garantias individuais, a tempo resguardadas pelo princípio maior da inafastabilidade do Poder Judiciário, constitucionalmente contemplado no art. 153, § 4º, da Carta Magna vigente), enquanto o sistema norte-americano, expressa e democraticamente, consagrou a recorribilidade das decisões administrativas da Comissão Federal de Comércio perante as Cortes de Apelação dos Estados Unidos (Justiça Federal) (cf. art. 5º, alínea c, da Lei da Comissão Federal de Comércio).

Na genealogia de nossa lei, o começo das dúvidas conceituais e hermenêuticas que até hoje dificultam a inteligência e a aplicação do diploma.

Com raízes em ordenamento jurídico alienígena (Common Law) substancialmente diverso da orientação romanística, foi a matéria introduzida no panorama jurídico nacional, em caráter pré-sistemático, através da legislação relativa aos crimes contra a economia popular. Assim, enquanto a Lei Sherman e os textos que a seguiram, no dizer do Juiz CHARLES E. HUGUES (apud JAIME VILLEGAS CAYON, ob. cit., p. 27), "apresentam generalidade e adaptabilidade comparáveis com as que se consideram desejáveis nos preceitos constitucionais", recomendando, portanto, a adoção de "normas maleáveis" ou *standards*, diante da impossibilidade de especificação taxativa das práticas consideradas abusivas do poder econômico, a legislação repressiva brasileira (em cujo contexto obviamente se incluem os diplomas atinentes às infrações contra a economia popular), está adstrita aos princípios fundamentais da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Exige-se do intérprete da lei antitruste a convivência com a ambigüidade e a flexibilidade de adaptação de conceitos tão díspares entre si, como os da *equity* do sistema anglo-saxão e o da tipicidade; entre o formalismo civilista e o pragmatismo da "regra da razão".

4 - Formação da legislação nacional. Embasamento constitucional

No Brasil, o princípio da livre concorrência tem raízes na própria cultura nacional, de que o direito é mera expressão. Como verdadeiro marco da manifestação dos Tribunais pátrios a respeito da matéria (e quiçá como primeiro grande precedente jurisprudencial relativo ao conceito moderno de liberdade de iniciativa), não se pode deixar de lembrar o processo que envolveu, de um lado, a Companhia Nacional de Tecidos de Juta, sob o patrocínio de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, e, de outro, o Conde Alvaras Penteado e a Companhia Paulista de Aniação, defendidos por RUI BARBOSA. Versava a questão sobre a cláusula de não-

restabelecimento, após a venda de um negócio industrial, posto ter-se o alienante, no caso, o *Conde Alvares Penteado*, restabelecido com o mesmo negócio, no mesmo lugar e dentro do raio de ação do adquirente. Em primeira decisão, o Supremo Tribunal Federal, aos 30 de abril de 1913, por maioria de votos, firma que a cláusula de não restabelecimento estaria implícita na venda de um determinado negócio, tendo por fundamento legal os arts. 209, 214 e 215 do Código Comercial, reformando, assim, a decisão de primeira instância, que fora favorável aos réus (cf. *RT 6/239* e *Revista do Supremo Tribunal*, 2/480). Posteriormente, aos 12 de agosto de 1914, em sede de embargos, a Suprema Corte reverteu o julgado, entendendo não só que “não estava, entretanto, Antonio Alvares Penteado legalmente inibido do exercício de indústria similar, porque não se presume a renúncia do direito ao exercício de determinado ramo de comércio ou indústria”, como também que “além de restrita no tempo, no espaço e no objeto, a renúncia deve ser expressa, ou pelo menos resultar de modo inequívoco dos termos do contrato para que na solução dos conflitos não prevaleça contra o princípio soberano da livre concorrência” (cf. *RT 12/180* e *Revista do Supremo Tribunal*, 3/187). Consagrou-se, assim, o primado da livre iniciativa, permitindo-se sua restrição apenas quando expressa e justificadamente convencionada e, importante, desde que limitado o empecilho “no tempo, no espaço e no objeto”. Para os que desejarem aprofundar-se no exame deste rumoroso caso, lembramos a nota de rodapé de nº 9 inserida no *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, 2ª parte, p. 159 (2ª edição), de CARVALHO DE MENDONÇA, onde se informa a publicação por RUI BARBOSA de suas alegações forenses, sob o título *As Cessões de Clientela e a Interdição de Concorrência nas Alienações de Estabelecimentos Comerciais e Industriais* (1913), às quais CARVALHO DE MENDONÇA opôs seus memoriais em três volumes recomendando e solicitando “encarecidamente” o Mestre que “ninguém firme juízo sobre esta famosa causa sem apreciar as razões dos dois litigantes” (cf. nota citada, p. 160).

Historicamente, ainda, em seu art. 116, previu a Constituição federal de 1934 a possibilidade de, através de lei especial e com ressalvas, “por motivo de interesse público”, serem monopolizadas certas atividades econômicas. Obviamente, não era o texto auto-exequível; e, a seguir, não foi objeto de regulamentação. Não deixou, contudo, de ser o primeiro preceito constitucional pátrio a preocupar-se em retirar o Estado da posição de mero espectador de fenômenos econômicos que atingissem à coletividade, correlacionando a organização da ordem econômica a “princípios de justiça e às necessidades da vida social”, com o escopo de possibilitar “a todos existência digna”. Só atendidos esses parâmetros, garantia a Carta Magna a liberdade econômica.

Como ponderou PONTES DE MIRANDA (in *Comentários à Constituição de 1946*, vol. IV, 2ª edição, p. 501), já vinha aí, implícito, o princípio da repressão ao abuso do poder econômico. Segundo WALDEMAR MARTINS FERREIRA (in *História do Direito Constitucional Brasileiro*, pp. 184/185),

tornara-se “moeda corrente a teoria da intervenção do Estado na vida econômica”; mas, na prática, não foi imediata, entre nós, sua entrada em franca circulação.

Tão-só para o suprimento de “deficiências da iniciativa individual”, autorizada ainda a coordenação de fatores de produção, a Carta de 1937 admitiu intervenção estatal no domínio econômico “de forma mediata e imediata”, com vistas a se evitarem ou solucionarem seus conflitos (cf. art. 135 da Carta de 1937).

Deve-se ao Deputado Agamemnon Magalhães, como dito, quando Ministro da Justiça, a promulgação do draconiano Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, conhecido por “Lei Malaia”, dispondo sobre “os atos contrários à ordem moral e econômica” e que, entre outras inovações, criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, predecessora do atual CADE, órgão com a específica destinação de velar pela fiel aplicação do diploma. O Decreto-Lei nº 7.666 tais reações provocou, de ordem política e jurídica, bem como ponderações de sua inconveniência, que, embora em vigor a partir de 1º de agosto de 1945, não chegou a efetivamente atuar, sendo laconicamente revogado pelo Ministro José Linhares, em novembro do mesmo ano, quando ocasional e provisoriamente se encontrou à testa da Nação, imediatamente após a derrubada do Estado Novo.

Na Constituição de 1946 cristalizou-se no art. 148 o seguinte preceito:

“A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

Quanto à “economia, sua guarda e seu emprego”, já tínhamos o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, projeto da lavra de *Nelson Hungria*, que declaradamente se inspirara no Projeto de Código Penal argentino de *J. COLL* e *Eusébio Gomes*, nas propostas da Comissão de Reforma do Direito Penal na Alemanha e na legislação e jurisprudência norte-americanas. Esse diploma foi mais do que uma lei antitruste, como se verifica da classificação das entidades criminais que define. Aos 26 de dezembro de 1951 sobrevieram a Lei nº 1.521 (alterando dispositivos atinentes aos Crimes contra a Economia Popular) e a Lei nº 1.522, autorizando o Governo federal a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo. Segundo o Professor *Hermes Lima*, em depoimento perante o Congresso Nacional em 23 de fevereiro de 1956, o conjunto desses diplomas dispensaria, até, a elaboração de uma lei especial sobre o abuso do poder econômico.

Dada a identidade de natureza penal da Lei nº 1.521 e de eventual texto específico que viesse a ser baixado sobre o assunto, identidade essa

ênfâtizada por PONTES DE MIRANDA (cf. ob. cit., p. 504, 2ª edição), não era de todo extravagante o entendimento de Hermes Lima; mas o ilustre Professor não atentou para as diversidades, como regra, dos sujeitos ativo e passivo nas infrações e do objeto da proteção jurídica dispensada pela questionada lei e a que, sem infirmá-la, afinal acabou por sobrevir.

Ademais, como foi sublinhado por Hungria, em depoimento perante a Câmara dos Deputados (cf. "Suplemento A" ao DCN nº 123, de 28-7-61). "os abusos do poder econômico enumerados na Lei nº 1.521 estão muito aquém da realidade conforme tem demonstrado a experiência. Não fez mais do que repetir o Decreto nº 869, que, como já disse, foi por mim elaborado; mas devo confessar que ele foi feito de afogadilho. Encomendado com urgência, tive que organizá-lo um tanto atabalhoadamente", declara o saudoso penalista.

Aliás, sobre a necessidade de uma lei específica e abrangente para a apuração e repressão aos abusos do poder econômico, já se manifestara a sociedade industrial e comercial pátria, como se verifica da chamada "Carta-Econômica de Teresópolis", tão raramente lembrada e que propugnava pela intervenção do Estado no domínio econômico contra a atividade das organizações monopolísticas nocivas ao equilíbrio social.

Aos 15 de abril de 1948, versando sobre a matéria, Agamemnon Magalhães apresentou Projeto de Lei, que tomou o nº 122. A reação à tentativa de "regulamentação do art. 148 da Constituição" "tem sido sem tréguas", informou seu autor um ano depois; e, efetivamente, sua tramitação não percorreu longa estrada. Após pareceres das Comissões de Constituição e Justiça e de Indústria e Comércio, o assunto ficou paralisado, pelo que, anos mais tarde, o Deputado Jorge de Lima aludiu ao "sono da eternidade" em que dormitava, apesar do abuso do poder econômico ser "um dos fatores mais negativos nesta República das negociatas e maroteira" (cf. DCN, de 25-7-59, p. 4.505).

Falecido Agamemnon Magalhães, aos 8 de fevereiro de 1956, seu filho, o Deputado Paulo Magalhães, *ipsis litteris* reapresentou o trabalho paterno, agora sob o nº 3 (posteriormente, na Câmara Alta, o Projeto tomou o nº 144). A matéria passou, então, a ser amplamente esmiuçada, sendo a redação várias vezes refundida e objeto de diversos substitutivos até final aprovação na Câmara dos Deputados após longos e espaçados trâmites a que não foram alheios "embaraços políticos" (cf. Lincoln Feliciano, DCN, de 24-8-61, p. 6.453). Remetido o expediente ao Senado, ali chegou no dia 6 de novembro de 1961, onde, graças a um passe de mágica de Paulo Fender, que tornou prejudicados laboriosos substitutivos e as emendas a ele apresentados, foi o Projeto aprovado por 30 votos contra 8, subindo à sanção presidencial. Aos 18 de setembro de 1962, foi recebido pelo Congresso o texto de Lei sancionado pelo Presidente João Goulart, mas com veto parcial a alguns dispositivos (cf. Mensagem nº 184/62, DCN, de 19-9-62, pp. 2.065/2.066). Convocado o

Congresso para o dia 14 de novembro, em sessão noturna conjunta, foram discutidos em bloco e votados os vetos, dos quais 7 foram mantidos e 6 rejeitados (cf. DOU, 27-11-62, retificado em 30-11-62 e 20-3-63). Outrossim, por força do art. 1º da Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975, a multa prevista no art. 43 da Lei nº 4.137, passou a ser calculada com base no denominado salário-referência.

Aos 20 de maio de 1963, foi a Lei nº 4.137 regulamentada pelo Decreto nº 52.025, recentemente revogado pelo Decreto nº 42.323, de 23 de janeiro de 1986, ora em vigor.

Pelo Decreto nº 53.670, de 9 de março de 1964, foi aprovado o Regimento Interno do CADE, reformulado pela Portaria nº 677, de 1º de setembro de 1978, do Ministério da Justiça. Tais diplomas encontram-se revogados, estando atualmente em vigor o Regulamento aprovado pela Portaria nº 37, de 28 de janeiro de 1986, do Ministério da Justiça.

A Carta de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, abandonou a exposição genérico-exemplificativa do art. 148 da Constituição de 1946, sob cujo império fora promulgada a Lei Antitruste, optando pela seguinte redação:

“Art. 160 – A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) V – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

Quando da elaboração da Constituição de 1967, o Deputado Oswaldo Lima Filho, pela Emenda nº 508, subscrita por 110 Deputados, tentou ver pura e simplesmente restabelecida a redação do art. 148 da Constituição de 1946, sob a justificação de que “o texto de 1946, acima renovado, é mais perfeito”. A emenda, embora inicialmente acolhida na Câmara e no Senado, não integrou o texto definitivo, após ser-lhe contrário o parecer da Comissão Mista (cf. *Anais da Constituição de 1967*, 6º volume, t. 2, pp. 529/530).

Perante a redação que prevaleceu, vem tomando corpo uma corrente segundo a qual, com a reformulação da Carta Magna, derogadas estariam as disposições coativas atinentes à matéria que estritamente não se enquadravam num dos termos do trinômio: dominação de mercados nacionais – eliminação de concorrência – aumento arbitrário de lucros. Mais especificamente, teriam deixado de vigorar os incisos IV e V do art. 2º da Lei nº 4.137/62. Essa inteligência, contudo, ainda permanece no campo doutrinário, não tendo enfrentado os crivos administrativo e judicial.

De lege ferenda, tramita no Congresso Nacional, já acolhido pela Câmara dos Deputados, projeto de lei que institui um Código de Ética

das Multinacionais, exigindo das empresas transnacionais abstenção de práticas abusivas do poder econômico, além de outras contrárias aos interesses políticos do País (cf. Projeto nº 2.248, de 1976, da Câmara dos Deputados, e nº 68, de 1979, no Senado).

Menção merece o anteprojeto de lei que altera a Parte Especial do Código Penal (cf. Portaria nº 304, de 17 de julho de 1984, do Ministério da Justiça, in *DOU*, de 19 de julho de 1984, Seção I, pp. 10.522 e ss.) para, *inter alia*, incluir naquele diploma básico os delitos contra a ordem econômica (arts. 375 e 384).

5 – Natureza jurídica da Lei Antitruste. Objeto jurídico protegido

O sumário histórico acima apresentado já faz pespontar questões de intrincada solução. Assim, por exemplo, o problema da natureza jurídica da Lei Antitruste. De fato, regulamentando dispositivo da Lei Maior, a Lei nº 4.137 encontra-se inserida no contexto dos objetivos da ordem econômica e social constitucionalmente almejados. Portanto, teleologicamente, o diploma tem por fim colaborar com a realização do desenvolvimento nacional e da justiça social, conforme entendidos à época de sua aplicação. Não tem o estatuto, como objeto jurídico de sua proteção, a política econômica do Estado, pois tutela, antes, a liberdade econômica e a livre concorrência.

Com efeito, a lei antitruste nacional não é, como chegou a ser sustentado, tema aderente ao poder de polícia, ou seja, vinculado ao direito administrativo, mas, sim, um diploma penal, enquadrado no novíssimo ramo do direito penal econômico. Impõe-se o entendimento, embora por alguns contestado, não só pelas já referidas origens históricas do diploma, tanto indígena como estrangeira, como, também, por lhe serem estranhos e inaplicáveis os atributos específicos e peculiares ao exercício do questionado poder de polícia:

- a) a discricionariedade;
- b) a auto-executoriedade; e
- c) a coercibilidade.

Laivos do primeiro desses atributos despontam, tão-só, em iniciativas investigatórias quando *ex officio* providenciadas pelo CADE (cf. Resoluções n.ºs 4/67 e 1/80, do CADE).

Assim, enquanto a “discricionariedade” se traduz, segundo HELY LOPES MEIRELLES (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 8ª edição, pp. 114/117), na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, de aplicar as sanções e de empregar

os meios conducentes a atingir o fim colimado, o CADE, na aplicação do diploma que o rege, não pode afastar-se das indicações legais e regulamentares, atuando através de atos administrativos "vinculados" ou "regrados" (cf. NELSON DE AZEVEDO BRANCO e CELSO DE ALBUQUERQUE BARRETO, *Repressão ao Abuso do Poder Econômico*, p. 118). Enquanto a "auto-executoriedade" do poder de polícia faculta à Administração decidir e executar diretamente, por seus próprios meios, suas deliberações, sem intervenção do Judiciário, as decisões do CADE coisa julgada não geram; e, sujeitas ao crivo do Poder Judiciário, somente através de processo judicial podem ser executadas (arts. 48 e segs. da Lei nº 4.137). Esse, aliás, o exposto intuito de Agamemnon Magalhães em seu projeto de lei: "a repressão aos abusos do poder econômico será feita pelo Poder Judiciário" (cf. Justificação do Projeto de Lei nº 122/48). Por fim, enquanto a "coercibilidade", como característica do poder de polícia, leva à imposição coativa das medidas emanadas da Administração, e isso até mediante recurso à Força Pública, o atributo é incompatível com a solução obrigatoriamente judicial, para fins executórios, das decisões do CADE, sujeitas, insista-se, a amplo controle jurisdicional, não só quanto às questões de formalidade extrínseca como também em relação à legalidade intrínseca, aos motivos determinantes do ato administrativo.

A legislação antitruste, não só por seu já apontado fundamento histórico, oriundo do ordenamento jurídico congênere norte-americano, mas também por força de sua própria natureza intrínseca (haja vista encontrar-se, desde seu surgimento, mesclada à legislação protetora da economia popular) é de natureza penal.

Quanto à primeira remissão (origem histórica), basta lembrar com SULLIVAN (ob. cit., p. 148), que "toda violação das leis antitruste (norte-americanas) é um crime punível com prisão de até um ano e multa no valor máximo de US\$ 1 milhão, caso o réu seja uma pessoa jurídica, ou US\$ 100.000.00, caso seja uma pessoa física".

Da mesma forma, relembrem-se, em reforço do entendimento, as antigas disposições criminais cominadas às restrições ao livre comércio dos já citados arts. 419 e 420 do Código Penal francês (1810) e do art. 498 do Código Criminal canadense (1889), este introduzido "provavelmente e de certa maneira como resultado da agitação nos Estados Unidos que levou, um ano mais tarde, à promulgação da Lei Antitruste Sherman" (cf. CHAMBERLEN, ob. cit., p. 14). Mais recentemente, vejam-se os preceitos penais dos arts. 89 a 97 da Lei japonesa antimonopólio, de 1947.

Não se olvide, ainda, que o supra-referido Anteprojeto de Lei que pretende alterar a Parte Especial do Código Penal brasileiro propõe a inclusão dos chamados crimes contra a ordem econômica (arrolando diversos dos tipos previstos na Lei antitruste) no próprio estatuto criminal básico.

Em relação à natureza intrínseca, cumpre iniciar o exame pela definição de direito penal, o qual, como muito bem assinala o emérito Professor MANOEL PEDRO PIMENTEL (in *Legislação Penal Especial*, p. 3), deve ser conceituado sempre com referência expressa ao seu conteúdo substancial, fugindo, assim, de uma definição meramente formal. Por isso, acompanhando referido mestre, adotamos a definição de STAMPA BRAUN (in *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, p. 19, apud MANOEL PEDRO PIMENTEL, *op. loc. cit.*), a saber:

“Direito Penal é o ordenamento jurídico autônomo, pertencente ao direito público, que tutela determinados interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade, mediante a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança às condutas que contra aqueles interesses atentem (delitos).”

Quanto à natureza pública da lei antitruste, o entendimento é inquestionável, posto não servir aquele diploma para dirimir ou regular quesilhas ou interesses particulares ou entre particulares, matéria esta afeita aos direitos civil e comercial, cujo foro competente é a Justiça Comum e não o CADE. Assim, no meridiano dizer do saudoso Professor OSCAR BARRETO FILHO (cf. *Limites Constitucionais da Intervenção do Estado na Economia Privada*, in RT 291/13), “assentado está, pois, que a intervenção, seja qual for a forma de que se revista, deverá fundar-se no interesse da coletividade (e não no interesse restrito de classes ou grupos), visando a promoção do bem comum, bem como será demarcada pelos direitos fundamentais proclamados pela mesma Constituição”.

No que diz ao objeto jurídico protegido, já salientamos não ser este a política econômica do Estado, mas, antes, e muito antes, a livre concorrência e a liberdade de iniciativa, constitucionalmente garantidas. De fato, no dizer de ENRIQUE R. AFTALIÓN (in *Tratado de Direito Penal Especial*, t. I, pp. 109/110), nos delitos econômicos, transparece, acima da eventual lesão a particulares ou a organismos ou a regulamentos administrativos, o dano efetivo ou potencial à economia nacional considerada em seu conjunto, ou ao menos, contra instituições desse conjunto funcionalmente importantes.

6 – Responsabilidade penal das pessoas jurídicas

Assentada a natureza do diploma, abordemos, ainda que sucintamente, a correspondente questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Assim, e como é de conhecimento generalizado, duas são as correntes fundamentais que tratam da matéria, a saber, a dos tradicionalistas, apegados ao princípio do direito romano *societas delinquere non potest*, e a dos realistas, cujos maiores representantes são GIERKE e MESTRE. Segundo aqueles, que foram apoiados por SAVIGNY, às pessoas jurídicas faltaria imputabilidade e culpabilidade, posto que, em verdade, são dirigidas por

peças físicas, seres humanos. Ademais, alega-se serem inadequadas as cominações de direito penal para reprimir a conduta ilícita a elas atribuível. Por outro lado, de acordo com a teoria realista, as pessoas morais têm poder de deliberação e vontade e vivem vida verdadeira e própria, desenvolvendo atividade pessoal que poderá ser de natureza criminosa. Lembram CESARE PEDRAZZI e PAULO JOSÉ DA COSTA (in *Tratado de Direito Penal Económico*, vol. I, p. 27) que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas constitui princípio adotado de há muito pelos ordenamentos jurídicos anglo-saxões (cf. LEIGH, in *The Criminal Liability of Corporations*), observando-se, no mesmo sentido, tendências na doutrina francesa (cf. DONNEDIEU DE VABRES, "Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales", in *Révue Internationale de Droit Pénal*, 1950, p. 339; e LAVASSEUR, "Les personnes morales victimes, auteurs ou complices d'infractions", in *Révue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1954-1955, p. 840). Veja-se, igualmente, AFTALIÓN, *Derecho Penal Económico*, p. 91.

A crítica que se faz à teoria realista fundamenta-se, a este respeito, na alegação de que a pessoa moral, embora sendo uma realidade, o é apenas jurídica, criada pela lei. Porém, não obstante os perigos decorrentes do emprego da analogia, não se pode deixar de lembrar o pensamento do sociólogo Émile Durkheim expressado por ocasião da formulação da chamada teoria do organicismo biológico, a qual pode, de certa forma, demonstrar que a realidade das pessoas jurídicas não se restringe a uma simples ficção. Em resumo, elaborado pelo Professor GOFREDO TELLES JR. (in *Filosofia do Direito*, 2º tomo), para o pensador, as sociedades são seres vivos, com existência própria e distinta dos indivíduos humanos que as compõem. Os fenômenos sociais e os fenômenos da consciência individual são heterogêneos, mesmo porque aqueles se situam, não nos elementos, mas, antes, no todo formado por sua união. Em outras palavras, toda sociedade é uma síntese "sui generis" que origina fenômenos novos e diversos dos verificados nas consciências solitárias. É indiscutível que a sociedade é composta de indivíduos, porém não pode ser simplisticamente considerada mera soma de pessoas. Resulta ela da consciência ajustada, engrenada, e dessa combinação surge a vida social. Tal ensinamento, embora não tendo sido obviamente dirigido às pessoas jurídicas, poderia explicar, por sua similitude, a própria culpabilidade destas.

Quanto à inadequação das cominações penais às pessoas jurídicas, é óbvio ser a reprimenda privativa de liberdade inaplicável àquelas, não o sendo, porém, as penas de multa e as medidas de segurança. Observam os tradicionalistas que apenas as cominações privativas da liberdade ou as pecuniárias conversíveis em prisão seriam *penais*, não tendo esta característica as pecuniárias não conversíveis e as medidas de segurança. Assim sendo, não seria penal o diploma que inflingisse, tão-somente, castigos pecuniários, a exemplo da Lei nº 4.137, de 1962. Ora, com o devido respeito, não se pode simplesmente esconder a realidade e a vitalidade econômica do mundo moderno por amor à tradição teórica, mesmo porque, não há esquecer, as pessoas jurídicas são sujeitos que, não obstante a

mutabilidade do elemento humano que lhes enseja alento e movimento, apresentam-se absolutamente inalterados perante a lei e especialmente diante do mundo econômico. De fato, no dizer de STAMPA BRAUN, acima citado, a norma é penal desde que tutele “determinados interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade” (através de preceito primário, descritivo da conduta típica), “mediante a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança” (preceito secundário indistinto, ou seja, pena — privativa de liberdade ou pecuniária — ou medida de segurança). Ora, a tais requisitos atende plenamente a Lei nº 4.137, de 1962, posto tratar-se de diploma indubitavelmente de direito público (com prevalência flagrante do interesse coletivo ao particular), que tutela determinados interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade (a saber, a livre iniciativa, a livre concorrência e correspondentes garantias individuais, constitucionalmente protegidas), mediante a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança às condutas que lhe forem ofensivas (no caso, a multa prevista no art. 43, a intervenção de que tratam os arts. 48 e segs. e a liquidação judicial e desapropriação da empresa faltosa, na forma do art. 61, todos da lei antitruste). Entendimento contrário seria tornar possível, por exemplo, considerar-se meramente administrativa a norma do art. 121 do Código Penal (matar alguém) caso, somente *ad argumentandum* é óbvio, sua pena fosse reduzida a elevada sanção pecuniária ou a uma ressocializadora medida de segurança. Em resumo, a norma é penal não em função da natureza da sanção, mas, antes, da sua substância intrínseca. Ademais, não se verifica qualquer heresia jurídica na equiparação conceitual das reprimendas pecuniárias e das medidas de segurança às penas privativas de liberdade. O fato de não serem aquelas eventualmente conversíveis em prisão não impede seu nivelamento conceitual, mas apenas formal. E para concluir, é interessante notar que a pena privativa da liberdade não foi cogitada no Projeto Agamemnon Magalhães, mais por sua ineficácia em tema de abusos do poder econômico do que pela análise da natureza jurídica da lei então sob exame. É o que nos diz o parecer de Hermes Lima, como relator da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara: “Assim, consagra o projeto a intervenção como medida adequada aos fins que colima. Toda a experiência das leis represoras dos abusos do poder econômico confirma o restrito e medíocre alcance das medidas que se limitam a impor multas e penas de prisão” (apud AGAMEMNON MACALHÃES, *Abuso do Poder Econômico*, p. 64).

7 — *Hermenêutica da lei antitruste*

De qualquer modo, em relação à legislação brasileira antitruste, tendo ela por confessada fonte e embasamento a legislação norte-americana (sendo mesmo impressionantes as semelhanças), não poderia o transplante ser efetivado apenas em sua forma, independentemente de todo o fundamento e o substrato jurídico e econômico que deu origem ao ordenamento alienígena, bem como de sua natureza criminal. Verifica-se, por exemplo,

que o projeto substitutivo aprovado pela Comissão Especial da Câmara federal, em 30 de fevereiro de 1955, consignava no *caput* do art. 2º a seguinte redação: "Consideram-se *crimes* de abuso do poder econômico..." (grifamos); sendo certo que a mesma afinal não foi acolhida, basicamente, pelo temor de que a nova lei revogasse as disposições similares da Lei nº 1.521, de 1951 (Lei dos Crimes contra a Economia Popular) (cf. Suplemento A ao DCN nº 123, de 28-7-61, Seção I, pp. 23/33).

Cumpre, portanto, na exegese dos dispositivos legais antitruste, examiná-los sob o prisma da hermenêutica das normas penais, caracterizada pela rigidez de interpretação do tipo e pela inadmissibilidade da aplicação analógica, sem que tal implique em interpretações canhestras e literais, notadamente ante os fins econômicos da legislação especial representados pelo binômio constitucional "desenvolvimento nacional" e "justiça social" (cf. art. 160 da Carta Magna).

8 - Controle judicial das decisões do CADE

Como consequência de sua estreita vinculação às garantias e liberdades individuais, as decisões do CADE não podem, em hipótese alguma, ser consideradas "atos discricionários" (emanados tão-somente sob a égide da oportunidade e conveniência administrativas), mas, sempre, "atos vinculados" (cf. NELSON BRANCO e CELSO BARRETO, *ob. cit.*, p. 118), sujeitos a amplo controle judicial. Impõe-se o entendimento, máxime quando se verifica que das decisões do CADE não cabe qualquer recurso hierárquico, fazendo periclitar o princípio jurídico de toda nação civilizada, consagrado no duplo grau de jurisdição. As decisões administrativas do CADE não podem ser soberanas e definitivas, como que emanadas de senhor feudal, mesmo porque constitui princípio cediço entre os Estados de direito, que a Administração não há de exercer função formalmente jurisdicional, cumprindo ao Poder Judiciário, por mandamento constitucional, a ampla revisão da legalidade dos atos administrativos. De fato, o primado do Poder Judiciário, em realidade, é, na espécie, irrestrito, de sorte que, perante o mesmo, sem qualquer vinculação à etapa administrativa, poderá ser reaberta a discussão sobre toda a matéria ali deduzida.

O controle judiciário não se limita aos aspectos extrínsecos da legalidade, descendo ao exame da motivação e da finalidade da decisão proferida pelo CADE. Isto porque não tem o órgão poder para manifestar-se livremente, traduzindo sua atuação em atos desvinculados de qualquer prévia regra de direito; antes, concretiza sua vontade positiva ou negativamente, desde que preenchidos ou não, no caso concreto, determinados requisitos vinculatórios fixados "a priori" pela lei. Como ensina HELY LOPES MEIRELLES (*ob. cit.*, p. 89, 5ª ed.), "o princípio da legalidade impõe que o agente público observe, fielmente, todos os requisitos expressos por lei como da essência do ato vinculado. O seu poder administrativo restringe-se, em tais casos, ao de praticar o ato, mas de o praticar com todas as

minúcias especificadas na lei. Omitindo-as ou diversificando-as na sua substância, nos motivos, na finalidade, no tempo, na forma ou no modo indicados, o ato é inválido, e assim pode ser reconhecido pela própria Administração ou pelo Judiciário, se o requerer o interessado”.

Comum é o argumento de que, no exame da legalidade das decisões do CADE, não poderia o Poder Judiciário apreciar o “mérito” da decisão. A verdade é que tal argumentação confunde a noção de “mérito administrativo” com os conceitos de “mérito processual” e de “motivos determinantes”. Como corretamente observa HELY LOPES MEIRELLES (cf. ob. cit., p. 666), “não há confundir, entretanto, o “mérito administrativo” do ato, infenso à revisão judicial, com o exame de seus “motivos determinantes”, sempre passíveis de verificação em juízo. Exemplificando: o Judiciário não poderá dizer da conveniência, oportunidade e justiça da aplicação de uma penalidade administrativa, mas poderá e deverá sempre examinar o seu cabimento e a regularidade formal de sua imposição”. E mais (ob. cit., p. 123): “Com efeito, nos atos vinculados, onde não há faculdade de opção do administrador, mas unicamente possibilidade de verificação dos pressupostos de direito e de fato e que condicionam o *processus* administrativo, não há falar em “mérito”, visto que toda a atuação do Executivo se resume no atendimento das imposições legais”.

Portanto, a apuração do motivo da eventual condenação pelo CADE, pelo estudo das provas, pelo Poder Judiciário, não é mérito, e quando um ato administrativo do CADE se funde em motivos ou em pressupostos de fato, sem a consideração dos quais, da sua existência, da sua procedência, da sua veracidade ou autenticidade, o ato, em realidade, inexistente. CAIO TÁCITO (in *Direito Administrativo*, p. 105) arremata a questão com sua costumeira acuidade ao dizer que “é necessário insistir, porém, na tecla a que tanta vez aludimos de que a “existência” e o “valor jurídico” dos motivos são condições de legalidade do ato administrativo e somente poderão ser aferidas mediante o contato prudente mas indispensável com as questões de fato”. “Se o Judiciário se detiver, sob um errôneo respeito ao poder discricionário, no exame puramente externo da conduta administrativa, não poderá surpreender, na maioria dos casos, as violações subreptícias (e por isso mesmo socialmente perigosas) com que se acoberta a arbitrariedade ou o favoritismo” (ob. cit., p. 103).

No âmbito específico do CADE, não há deixar de mencionar o que consignou o emérito Consultor-Geral da República, Luiz Rafael Mayer, no Parecer nº L-84, de 12 de novembro de 1975, aprovado pelo Presidente da República (cf. *DOU*, de 2-12-75), ao cuidar da inexistência de recurso administrativo e do controle judicial das decisões proferidas pelo órgão. Disse-o: “Resta acentuar que, no caso concreto, admitida a probabilidade recursal, *ad argumentandum*, nenhum efeito produziria a medida, a esta altura, porquanto já ajuizada a cobrança da multa, proporcionando, assim, a manifestação do Poder Judiciário que, por certo, apreciará o mérito, dizendo de sua legalidade e procedência” (grifamos). É claro, e tal enten-

dimento vem sendo inequivocamente comprovado na prática dos Tribunais, não está o condenado pelo CADE adstrito a aguardar a execução da multa para somente então debater da legalidade da decisão do órgão, podendo fazê-lo por iniciativa antecipada, através da competente ação ordinária anulatória, no pleno exercício de seu direito de ação.

Na sistemática da Lei nº 4.137, pode-se inferir que, a exemplo do que ocorre com o Tribunal Marítimo, o CADE é daquelas instituições que refletem a tendência do Estado moderno de atribuir o exercício de funções quase-jurisdicionais a órgãos da Administração. Porém, tal como o Tribunal Marítimo, o CADE é instituição, ainda que autônoma, auxiliar do Poder Judiciário, sendo certo que suas decisões não fazem coisa julgada, constituindo, não propriamente julgamento, mas perícia, prova, a ser apreciada pelo Poder Judiciário (e reformada se contrária à evidência, no sentido anglo-americano da expressão). Sob pena de invasão do Poder Judiciário pelo Poder Executivo, não poderia a lei marginalizar a competência natural do Poder Judiciário para atribuir procedência forçada de manifestação ao CADE.

9 – Competência extraterritorial do CADE

Conseqüência outra da taxinomia da Lei nº 4.137 é a competência extraterritorial do CADE.

A extraterritorialidade da Lei norte-americana Sherman está claramente prevista em suas disposições, de tal forma a abranger as atividades empresariais tanto domésticas quanto estrangeiras, mas que afetem o comércio exterior americano. Em outras palavras, segundo SULLIVAN (ob. cit., p. 715), todo e qualquer contrato, combinação ou acordo, mesmo aqueles que envolvam apenas empresas estrangeiras, pode violar a Lei Sherman, caso afetem a concorrência no mercado externo americano ou o próprio comércio exterior americano. Ao reconhecimento de ofensa à lei não é necessário demonstrar uma redução no fluxo da mercancia exterior, mas, tão-somente, uma violação que afete substancialmente tal comércio.

No plano europeu (cf. CORNELIS CANENBLEY, in *Enforcing Antitrust Against Foreign Enterprises*, p. 2), sem prejuízo das legislações antitruste nacionais, a matéria é objeto dos arts. 85 e 86 do Tratado de Roma. Referidos dispositivos alcançam os “acordos entre empresas, as decisões por associações de empresas e as práticas conjuntas (desde que anticoncorrenciais) que possam afetar o comércio entre Estados-Membros” bem como os abusos de posições dominantes no Mercado Comum ou em parcela substancial do mesmo, “desde que possam afetar o comércio entre Estados-Membros”. Em outras palavras, o principal critério para aplicação das disposições antitruste comunitárias é o efeito no mercado entre Estados-Membros, através da conduta, seja de empresas localizadas fora

da jurisdição geográfica da Comunidade Econômica Européia, seja de empreendimentos situados na própria Comunidade (cf. CANENBLEY, ob. cit., p. 9).

No caso brasileiro, a Lei nº 4.137 é inteiramente omissa a respeito, permitindo, até mesmo, interpretação contrária, posto seu primeiro tipo considerar como forma de abuso do poder econômico a dominação dos "mercados nacionais" (art. 2º, inciso I, da Lei nº 4.137). Aliás, pela territorialidade estrita da Lei Antitruste (embora reconhecida como lei penal) no Processo de Averiguações Preliminares nº 55 (cf. DOU, de 19-11-75, Seção I, Parte I, pp. 15.468 e ss.) já se manifestara por maioria o próprio CADE. Outrossim, entendida a lei antitruste como manifestação do poder de polícia e, portanto, localizando-a na seara do direito administrativo, estariam impunes os atos anticoncorrenciais praticados fora do território nacional, ainda que aqui produzissem graves efeitos, diante do caráter nítida e absolutamente territorial das normas do direito administrativo.

Todavia, em face de sua natureza penal, produz a Lei nº 4.137, de 1962, efeitos ultraterritoriais por força do art. 6º do Código Penal que assim dispõe: "Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado". Portanto, todas aquelas condutas anticoncorrenciais tipificadas na Lei Antitruste, tanto as praticadas no país, ainda que apenas parcialmente, como as inteiramente consumadas no exterior, desde que produzam ou devam produzir resultados no Brasil, são consideradas como tendo sido aqui praticadas, sujeitas, portanto, às nossas penalidades. A expressão "mercados nacionais", interpretada em toda sua extensão e plenitude, abrange, assim, e sem qualquer percalço, não só os mercados "internos" como também os "externos". Aliás, sintomático desse entendimento é o disposto no art. 3º do Decreto nº 55.282, de 22 de dezembro de 1964, que dispõe sobre as medidas destinadas a incrementar a exploração e exportação de minério de ferro, que atribui ao CADE, juntamente com o DNPM e as demais autoridades responsáveis pelo comércio exterior, competência para coibir, no exercício de suas atribuições legais, formas de concorrência contrárias ao interesse geral da expansão das receitas cambiais do país ou tendentes à criação de monopólios. Assim, também a Portaria nº 251, de 1976, do Ministério da Fazenda, alterada pela Portaria nº 374, do mesmo ano, que prevê a suspensão e o cancelamento do registro cadastral de importador na CACEX, da empresa acusada de abuso do poder econômico, ou condenada pela prática de delito.

Ademais, como salientado pelo ilustre causídico JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, em interessante artigo sobre o assunto publicado no jornal *O Estado de S. Paulo* (edição de 3-10-82, p. 58), por força do art. 74 da Lei nº 4.137, os atos, ajustes, acordos ou convenções entre empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a

tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito: *a*) equilibrar a produção com o consumo; *b*) regular o mercado; *c*) padronizar a produção; *d*) estabilizar os preços; *e*) especializar a produção ou distribuição; ou *f*) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas, praticados ou celebrados no exterior ou parcialmente no Brasil, mas que produzam ou devam produzir tais resultados no país, não terão validade no território nacional senão depois de examinados e registrados pelo CADE. Trata-se, a aprovação e registro, de formalidades essenciais, de ordem pública, cuja observância é compulsória na forma do art. 9º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, sem prejuízo das peculiaridades formais externas exigidas pela lei estrangeira (*locus regit actum*). Reza o preceito conflitual:

“Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será essa observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto a requisitos extrínsecos do ato.”

10 – Formas de abuso do poder econômico

Mas quais seriam as formas de abuso do poder econômico? A Lei nº 4.137 prevê seis tipos, sendo cinco no art. 2º e um no art. 5º, parágrafo único, a saber:

a) dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência pelos meios descritos nas alíneas *a* a *g*;

b) elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção;

c) provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços pelos meios descritos nas alíneas *a* a *d*;

d) formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, pelos meios previstos nas alíneas *a* e *b*;

e) exercer concorrência desleal pelos meios previstos nas alíneas *a* e *b*; *c*

f) interromper, em grande escala, ou reduzir sua produção (a empresa que operar em condições monopolísticas) sem justa causa comprovada, perante o CADE, para provocar alta dos preços ou a paralisação de indústrias que dela dependam.

Como se vê, a Lei nº 4.137 reprime como abuso do poder econômico determinados "status" e não os meios utilizados para alcançá-los ou mantê-los. Frequentes são as representações formuladas junto ao CADE (ou até mesmo condenações) tendo por fundamento apenas o nexo causal, tais como o "ajuste ou acordo entre empresas" (alínea a do inciso I do art. 2º), a "criação de dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa" (alínea g do inciso I do art. 2º), a "utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de empresas concorrentes ou de vendedores de matérias-primas" (alínea d do inciso III do art. 2º), a "subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outra utilidade ou à utilização de determinado serviço; ou à subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem" (alínea b do inciso IV do art. 2º) etc. Todavia, como é cediço, o tipo há de ser examinado em sua inteireza, tanto sob os prismas objetivo como subjetivo (dolo, elemento subjetivo do injusto, elemento normativo etc.), não bastando ao reconhecimento da infração a prática dos meios, senão quando alcançados os fins previstos na lei. Assim, por exemplo, a criação de dificuldades ao desenvolvimento de empresa não é suficiente à condenação, a menos que por ela se alcance ou se mantenha o domínio dos mercados nacionais ou a eliminação total ou parcial da concorrência. O percurso do *iter criminis* pode, tão-somente, e desde que verificado o dolo, permitir o acolhimento da figura da tentativa. Não é menos certo, porém, que sua verificação, *prima facie*, basta à instauração de processo de averiguações preliminares e ao próprio reconhecimento do "real motivo" (ou justa causa de procedimento administrativo) de que trata o art. 27 da Lei nº 4.137, ensejando, assim, o processo administrativo destinado à apuração do eventual abuso do poder econômico.

11 – Elemento subjetivo do abuso do poder econômico. Paralelismo consciente

No tocante, porém, ao elemento subjetivo, é cediço e já reiterado na própria jurisprudência do CADE, que os tipos da Lei nº 4.137, de 1962, são de natureza dolosa. De fato, exigindo o art. 148 da Constituição federal de 1946 que as formas de abuso do poder econômico seriam reprimidas desde que (elemento teleológico) tivessem "por fim" dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, perderia sentido o art. 1º da Lei nº 4.137, que faz expressa menção ao preceito constitucional, a menos como elemento consagrador da necessidade de averiguação da existência de dolo por parte do agente do abuso do poder econômico. A respeito, veja BENJAMIN M. SHIEBER (in *Abusos do Poder Econômico*, p. 35). Porém, diante das dificuldades da verificação de tal elemento subjetivo, máxime em se tratando de pessoas jurídicas, pode ele ser inferido dos próprios fatos ou condutas, não havendo necessidade de comprovação formal. Entre tais elementos, de interesse particular ao campo da legislação antitruste, é a figura do

"paralelismo consciente". De fato, considerando que evidências circunstanciais podem ser utilizadas para comprovar conduta ofensiva à Lei Antitruste, a demonstração de que pluralidade de empresas concorrentes agiram da mesma forma, cada qual ciente daquilo que a outra fazia, pode evidenciar um acordo ou ajuste tácito de natureza anticompetitiva (cf. SULLIVAN, ob. cit., pp. 315 e ss.). A tal desiderato, porém, não basta a mera constatação fática de condutas paralelas, sendo indispensável a existência de, ao menos, um fator adicional (*plus factor*), a saber, a existência de:

- a) proposta para ação conjunta;
- b) conjunto de respostas idênticas embora complexas;
- c) comunicação direta ou oportunidade para tal;
- d) recusa ou omissão em desmentir o acordo; ou

e) conjunto de circunstâncias que façam cada partícipe ciente de que haveria vantagem geral na participação de todos e desvantagem se houvesse concorrentes não-partícipes (cf. SULLIVAN, ob. cit., p. 317).

12 – Principais condutas restritivas da concorrência (*horizontais e verticais*)

As principais condutas monopolizadoras são as fusões, os acordos para atuação conjunta visando a constituição de monopólio, as práticas predatórias, os aumentos de barreiras ao ingresso de novos concorrentes no mercado, certas políticas de preços (*e.g.* de maximização de preços, delimitação de lucros monopolísticos, discriminação de preços etc.), a discriminação de clientes etc.

Outrossim, em termos de co-participação de mais de um nível de produção (por exemplo), acordos envolvendo produtores de matérias-primas e/ou fabricantes e/ou comerciantes, as restrições ao livre comércio podem ser tanto horizontais como verticais.

Entre as principais restrições horizontais, temos a fixação de preços, ou seja, todo acordo cujo propósito ou efeito é de elevar, dirimir, fixar ou estabilizar preços, a divisão de mercado, as restrições à livre oscilação de preços (notadamente pela formação de cartéis), os boicotes (sejam implícitos ou explícitos), a disseminação de informações em associações de classe, os programas de standardização (seja de produtos, preços, contratos, horários, instalações ou estilos de comercialização), as decisões conjuntas, as negociações em bloco com fornecedores, clientes e sindicatos, as agências conjuntas de compras ou vendas, as pesquisas conjuntas, a construção conjunta de mercados, a propaganda associada etc. Já entre as principais restrições verticais, temos a fixação de preços de revenda

(inclusive de preços máximos ou mínimos), as restrições geralmente impostas em contratos de distribuição (e.g. as limitações territoriais, as restrições à localização de lojas, as cláusulas de exclusividade, as rescisões contratuais a pedido de outro distribuidor etc.), os contratos vinculados (destacando-se as “vendas casadas”), as cláusulas de proibição de venda de produtos concorrentes, a fixação de preço único para mais de um produto, conhecida por *package pricing*, a obrigatoriedade imposta de compra ou venda de toda uma linha de produtos, conhecida como *full line requirement*, o licenciamento plúrimo, inclusive o licenciamento recíproco ou exigente de *royalties* pós-patente, técnicas promocionais instituídas por fabricantes para incentivo de distribuidores ou vendedores, técnicas destinadas a vincular o consumidor a um determinado vendedor, os contratos de exclusividade, os contratos de fornecimento da total necessidade do comprador conhecidos como *requirement arrangements*, os contratos de reciprocidade, notadamente entre conglomerados etc.

13 – Regra da razão. Justificação de abusos restritivos à concorrência

É importante, todavia, lembrar que a legislação brasileira não adotou o sistema norte-americano da *per se condemnation*, isto é, da condenação por si, mesmo porque arrepia ao sistema jurídico pátrio a chamada responsabilidade objetiva. Preferiu o sistema europeu (também adotado pelo Japão) que permite a justificativa das condutas pela aplicação geral da doutrina da regra da razão (ou *rule of reason*) desenvolvida pelos juizes norte-americanos Holmes e White. Com efeito, conforme já alertava o Deputado Alde Sampaio (cf. Abuso do Poder Econômico – Regulamentação do art. 148 da Constituição, in *RF* 122/591), “a legislação repressiva dos cartéis não poderá abster-se de ter em conta as condições em que são formados e o objeto que pretendem alcançar, para assim distingui-los entre os que vêm simplesmente disciplinar ou ordenar a concorrência e os que se constituem com o fim de eliminá-la, preservando para um grupo a exclusividade de utilização de um campo de negócios. Assim não fora, as próprias cooperativas não poderiam subsistir”. A adoção da regra da razão já é pacífica na doutrina e jurisprudência do CADE, máxime diante do art. 74 da Lei nº 4.137, que trata da aprovação e registro, pelo CADE, de atos, ajustes, acordos ou convenções em princípio contrários à livre concorrência, mas por alguma forma justificáveis, sob o aspecto, por exemplo, social, econômico ou político (no bom sentido, é claro). A própria existência da COFIE é clara demonstração da adoção, pela legislação brasileira, da doutrina que permite a justificativa de, entre outras, concentração de empresas mediante fusões e incorporações. No dizer de BENJAMIN M. SHIEBER (ob. cit., p. 109), o poder do CADE de legitimar acordos em restrição da concorrência, consagrado no mencionado art. 74, provém do Projeto Agamemnon Magalhães e representa uma consciente escolha pelo legislador de permitir tais acordos, desde que justificados, como comprova a rejeição de nada menos de três emen-

das que objetivaram suprimi-lo. Fundamenta-se o dispositivo legal no entendimento político-econômico da possibilidade da existência de bons trustes, tal como foi exposto por Nelson Hungria em depoimento de 3 de fevereiro de 1956 perante o Congresso Nacional, quando afirmou que "os trustes, os consórcios e os cartéis, muitas vezes, são necessários para manter o equilíbrio entre a produção e o consumo ou mesmo para defender a indústria nacional. Ainda: somente tais consórcios podem fazer face à produção em massa e esta proporciona o barateamento de custos. É preciso não confundir ações beneméritas com as criminosas" (cf. *op. cit.*, p. 110).

Segundo a regra da razão, toda ação conjunta cujo propósito ou efeito é de restringir *substancialmente* a concorrência, viola a lei. Em outras palavras, só deve haver uma repressão quando haja uma limitação à concorrência de *caráter desarrazoado*, injustificado. Objetiva a regra examinar a licitude do acordo como forma de se regular o mercado sem limitação substancial à concorrência, inclusive, porém sem limitações, sob o prisma dos eventuais benefícios sociais alcançados pelo ajuste.

Na sua aplicação, devem ser considerados os seguintes pontos:

a) o estabelecimento dos fatos, mediante exame das peculiaridades do mercado específico;

b) as condições do mercado antes e após a restrição;

c) o histórico da restrição;

d) o motivo da ação restritiva;

e) o propósito e efeito da restrição;

f) a intenção das partes; e

g) a análise do poder de mercado dos partícipes (cf. SULLIVAN, *ob. cit.*, pp. 165 e ss.).

De posse de tais respostas, e somente então, é que poder-se-á estabelecer os prós e contras da restrição e o grau de influência anticoncorrencial no mercado relevante, com base nos quais se chegará a um juízo de convencimento sobre a existência ou não de abuso do poder econômico.

De fato, como lembram os Professores HENRY I. STEINER e DETLEV F. VACTS (in *Transnational Legal Problems*, 2ª ed., p. 997), a viabilidade de justificativa de acordos em restrição da concorrência pode possibilitar e estimular novas pesquisas, prevenir flutuações de preços, diminuir custos de produção em benefício do consumidor, além de outras vantagens econômicas.

14 – Assistência. Participação processual da vítima de abuso do poder econômico

Questão de interesse é também saber se, no decurso do processo administrativo instaurado pelo CADE, pode a pretensa vítima de abuso do poder econômico intervir no feito como assistente. E mais, se poderia haver tal assistência durante o processo judicial, notadamente na ação ordinária anulatória de eventual decisão adversa. A resposta é negativa, especialmente diante da expressa rejeição da figura quando da elaboração legislativa da Lei nº 4.137, de 1962, por ocasião da tentativa de sua inclusão no diploma repressivo do abuso do poder econômico.

De fato, de tal sorte pública é a natureza da lei antitruste (o que faz esmaecer o interesse do particular em favor do interesse maior da coletividade), que Gratuliano da Costa Brito, quando Presidente do CADE, chegou a afirmar que o CADE não defendia sequer os interesses da União federal, como pessoa jurídica de direito público, mas, sim, a coletividade, ou seja, o interesse social organizadamente mobilizado na repressão ao abuso do poder econômico (in *Revista de Direito Econômico*, I/42).

Em sede do processo administrativo, perante o CADE, já se manifestou o Conselho pela mesma voz, no voto de Gratuliano Brito no Processo Administrativo nº 10/72 (apud fls. do processo), no sentido de que “a Lei nº 4.137/62, no seu Capítulo VI, do Título I, quando regula o processo administrativo, não prevê a figura do assistente como eventual integrante da relação processual. Também não a prevêem o Regulamento (Decreto nº 52.025, de 20-5-63, arts. 47/68) e o Regimento (Decreto nº 53.670, de 9-3-64, arts. 57/76). Dada a amplitude de atuação que pode ter o assistente na relação processual, resulta evidente que a sua existência, para ser admitida em determinada sistemática processual, há de estar expressamente prevista. Como, em nenhum momento, a legislação do CADE refere o assistente, entendo inexistente tal figura em nosso processo, que é específico”.

No plano judicial, a assistência exige à sua admissão a verificação de interesse jurídico, não bastando a tal desiderato o mero interesse de fato, econômico ou moral, como, entre outros, bem salientam JOSÉ FREDERICO MARQUES (in *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 2ª ed., p. 269) e PONTES DE MIRANDA (in *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II, ed. 1974, p. 56). A jurisprudência brasileira, adotando orientação de Liebman, esclarece que o interesse que autoriza a intervenção é o jurídico, significando que a eficácia da sentença prolatar-se possa refletir-se a benefício ou em prejuízo do terceiro com influência sobre a existência ou sobre as modalidades de suas próprias relações jurídicas (cf. RT 284/588).

No dizer de Celso Neves em parecer oferecido na fase judicial da chamada “Guerra dos Pneus” (apud fls. do processo), “pressuposto da

intervenção é, pois, no caso da *assistência simples*, a existência efetiva de algum *interesse jurídico* do assistente, suscetível de ser alcançado pelos efeitos *constitutivos* ou *condenatórios* da sentença, vale dizer, pela sua *executividade*, ou interior à própria sentença, ou exterior e complementar dessa (CPC, art. 50). No caso de *assistência* litisconsorcial, a viabilidade da intervenção há de decorrer de *relação jurídica já configurada* entre o assistente e o adversário do assistido (CPC, art. 54). E, versando especificamente sobre o tema, conclui que, “no caso (...) nenhuma dessas hipóteses ocorre, porque o *thema decidendum* (...) da *ação anulatória* (...) concerne (m) a uma relação de *direito público*, plano em que não se podem subjetivar interesses jurídicos de natureza privada. Quanto àquela, *a fortiori*, porque conceitualmente, só tende a assegurar a efetividade futura da pretensão anulatória. Quanto à última, porque de se anular, ou não, a decisão do CADE proferida no Processo Administrativo nº 10/72, no plano do direito público, nenhuma afetação pode ocorrer para as firmas denunciadas, no plano do direito privado, mormente quando, neste, nenhuma *relação jurídica* as vincula, seja às autoras, seja à ré União federal”.

Mesmo tomando-se por base a legislação procedimental penal, observa E. MAGALHÃES NORONHA (in *Curso de Direito Processual Penal*, p. 137, edição de 1971) que assistente é o titular do bem jurídico lesado pelo delito. No caso da lei antitruste, como visto, ofendido não é o particular, pessoa natural ou jurídica, individualmente considerado, mas, sim, a coletividade, na qualidade de única titular do bem jurídico protegido pela lei antitruste vigente. Anota mais, MANOEL PEDRO PIMENTEL (in *Revista Interamericana de Direito Processual Penal*, vols. 1/2, p. 24), em seu trabalho intitulado *A Figura do Assistente do Ministério Público no Direito Processual Brasileiro*, que “o prejudicado pelo delito nem sempre é sujeito passivo da infração, e que esta deve ser analisada em seus dados objetivos, quem é o ofendido no sentido legal e, portanto, quem tem o direito de ação privada — se se tratar de crime reservado à perseguição particular — ou quem tem o direito de se habilitar como Assistente do Ministério Público se se tratar de crime de ação pública”. E continua (ob. cit., p. 27): “os crimes *contra a incolumidade pública* não se integram com um evento lesivo, ou de modo mais completo, o *dano* resultante desses crimes é de todo indiferente para a existência mesma do crime. O resultado de dano é estranho ao conceito jurídico de tais infrações, considerando-se *ofensa* a simples colocação em perigo de um bem ou interesse da coletividade. O *dano* efetivamente causado por esses delitos é um *plus*, levado em conta *quoad poenam*, funcionando como circunstância agravante. Vale dizer, portanto, que nos crimes de perigo comum o *ofendido* não é aquele que sofreu o *dano* material eventualmente ocorrido, mas o Estado, titular do bem jurídico *incolumidade pública*, pela simples exposição a perigo de tal bem”. E conclui, com precisão (ob. cit., p. 29): “não se confundem,

também, as figuras do *ofendido* e do *prejudicado* pelo delito, sendo certo que somente o primeiro tem *legítimo interesse* para habilitar-se como Assistente do Ministério Público". No caso da legislação antitruste, como visto, *mutatis mutandis*, o ofendido é a própria coletividade (sequer o Estado representado pela União federal), e não o prejudicado direto (em geral, o representante perante o CADE) pelo eventual abuso do poder econômico.

Admitida a figura do *prejudicado* como assistente, e, em atingindo a infração, toda a coletividade, o número de assistentes em potencial seria incomensurável, tomando o processo tanto administrativo como judicial verdadeiramente amazônico. Arremata, a respeito, Celso Neves no citado parecer que "o *interesse difuso* por toda uma coletividade não pode, jamais, constituir supedâneo de pretensão de intervir, como assistente, em processo alheio, porque essa *pressupõe, de lege data, interesse jurídico próprio* ou *relação jurídica* definida e, conceitualmente, subjetivada".

A conclusão, porém, em nada impede a convocação do prejudicado como testemunha de acusação, em qualquer das fases, o que, aliás, é até recomendável. Da mesma forma, não impede, como é óbvio, que, reconhecido o abuso do poder econômico em caráter definitivo, promova o prejudicado a competente ação indenizatória para ressarcir-se das perdas e danos sofridos. Referida ação judicial poderá envolver não só a empresa que porventura tenha violado a lei antitruste, como também, eventualmente, as pessoas físicas acionistas ou quotistas controladores daquela pessoa jurídica, bem como seus diretores e gerentes (art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 4.137), desde que, é claro, tenham eles praticado ou co-participado de atos abusivos do poder econômico. Por outro lado, atente-se, a decisão administrativa do CADE ou judicial que reconhecer a improcedência da representação não impede, é claro, o acolhimento de eventual ilícito civil pela Justiça comum.

15 – Dificuldades na aplicação da lei antitruste

Para concluir, observamos que a grande complexidade, as dificuldades e a delicadeza da aplicação da Lei nº 4.137, levaram o legislador a limitar a escolha dos Conselheiros do CADE entre personalidades que, além de ostentar o galardão da "reputação ilibada" (sinete que deveria ser indeclinável a todo e qualquer homem público), façam jus à designação de egrégias pelo "notório saber jurídico ou econômico" (cf. art. 9º da lei). E mais, para impossibilitar eventuais tentativas de ingerência do próprio abuso do poder econômico que se procura coibir, concedeu a lei antitruste aos membros do CADE, durante o período dos respectivos mandatos, as garantias atribuídas aos membros do Poder Judiciário (art. 9º,

§ 3º — dispositivo vetado pelo Presidente da República e mantido pelo Congresso Nacional).

De fato, tais requisitos são indispensáveis à satisfatória aplicação da legislação antitruste, em face da enorme elasticidade dos conceitos legais e a mutabilidade inerente aos fatos sociais. Como muito bem observa CROTTI (ob. cit., pp. 1 e 9), seria bastante conveniente, se uma pessoa pudesse pesquisar junto a um índice e encontrar uma página que lhe dissesse o que os tribunais decidiram ou decidiriam a respeito da legalidade daquilo que, exatamente, sua diretoria ou seu gerente de vendas quisesse fazer. Porém, a menor variação dos fatos iria alterar, no caso concreto, o conselho assim obtido. Poder-se-ia esperar que, se os mesmos fatos fossem submetidos a outro tribunal, o resultado seria o mesmo. Esta, contudo, não seria uma presunção segura. Os tribunais freqüentemente decidem um caso com base em motivos completamente diversos da hipótese anterior, não obstante a semelhança dos fatos, ou então encontram fatos particulares ao caso sob exame e, assim, chega a um resultado diferente. Deve ser observado, contudo, que embora um tribunal possa chegar a uma conclusão diversa daquela a que chegou no caso anterior, os princípios legais permanecem íntegros.

As supra-referidas contingências menos favoráveis à desembaraçada aplicação da lei antitruste são também detectadas pelos que, em atuação profissional, têm necessidade de haver-se com a matéria no desempenho de funções consultoriais ou na defesa de interesses tanto de vítimas de abusos do poder econômico, como de empresas e organizações da mais escorreita correção que se vêem injusta e, por vezes, até caluniosamente atingidas por inescrupulosos que a esse meio recorrem para tentar lograr vantagens indevidas ou para justificar suas próprias angústias econômicas, imputando seus fracassos à responsabilidade alheia. Efetivamente, bem mais freqüentes do que se imagina, denúncias fantasiosas, com laivos de escândalo, apontam à pública execração concorrentes ou fornecedores melhor sucedidos, recomendando, *de lege ferenda*, a adoção do princípio da sucumbência, com todas as suas seqüelas. "De qualquer modo, em se tratando de acusação objetivamente falsa, isto é, referindo-se a fato inexistente ou que não foi praticado pela pessoa (física ou jurídica) acusada (cf. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, in *Lições de Direito Penal*, 4º volume, p. 1.204, 2ª ed.), sujeita-se o ímprobo representante, *ex vi legis*, às penalidades do art. 339 do Código Penal (denúnciação caluniosa), desde que determinados o fato e a pessoa objeto do libelo, ou do art. 340 do mesmo estatuto criminal básico (comunicação falsa de crime), quando não se atribua a pessoa determinada a autoria (cf. FRAGOSO, ob. cit., p. 1.209) do pretense abuso do poder econômico, tudo sem prejuízo, é claro, da correspondente responsabilidade civil (art. 1.525 do Código Civil brasileiro).