

» **DIREITO DA
CONCORRÊNCIA E
PODER JUDICIÁRIO**
JUSTIÇA FEDERAL

ESTUDOS
TÉCNICOS
IBRAC

NÚMERO: 02/2024

DIREITO DA CONCORRÊNCIA E PODER JUDICIÁRIO

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

DIREITO DA CONCORRÊNCIA E PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL

COORDENADORES

José Inácio de Almeida Prado Filho

Karen Ruback

Paula Müller

Pedro Paulo Salles Cristofaro

Vinícius Hercos

AUTORES

Beatriz Coppola
Bruno Oliveira Maggi
Bruno Silva e Souza
Carolina Dotto
Cristianne Zarzur
Daniel Athias
Daniel Favoretto
Elisa Funari
Eric Brasil
Fabiana Tito
Frederico Martins
Gabriel Carmona Gonçalves
Giuliana Gonçalves
Gláucia Menato
Karen Ruback
Lillian Cintra
Marcelo Napolitano
Paula Müller
Paula Pinedo
Pedro Paulo Salles Cristofaro
Vinicius Hercos

REVISÃO E ATUALIZAÇÃO

Alessandro Giacaglia
Amanda Barelli
Bruno Drago
Bruno Maggi
Daniel Athias
Fabiana Tito
Flávia Pellicari
Frederico Martins
José Inacio Prado Filho
Karen Ruback
Luiz Felipe Drummond
Mauro Grinberg
Victor Cavalcanti

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito da concorrência e poder judiciário [livro eletrônico] : justiça federal. – São Paulo: IBRAC, 2023.

PDF

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-992056-3-7

1. Antitruste 2. Direito da concorrência – Legislação – Brasil 3. Poder judiciário – Legislação - Brasil.

23-178400

CDU-34:33:381.81(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito da concorrência : Direito econômico 34:33:381.81(81)

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415

Editores

Josie de Menezes Barros

José Carlos Busto

SUMÁRIO

SOBRE OS AUTORES.....	4
RESUMO	8
INTRODUÇÃO.....	9
1. POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)	10
2. SEGREDO DE JUSTIÇA.....	13
3. COMPETÊNCIA	15
4. CONEXÃO.....	17
5. ESPECIALIZAÇÃO DE VARAS	19
6. PRESCRIÇÃO.....	22
7. PROVA.....	24
8. DOSIMETRIA DA PENA	28
9. GARANTIAS E SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO	30
CONCLUSÃO.....	32

SOBRE OS AUTORES

Alessandro P. Giacaglia. Mestre em Direito pela University of Chicago Law School. Com mais de 11 anos de experiência nas áreas de antitruste. Advogado associado do Pinheiro Neto Advogados

Amanda Fabi Barelli. Mestranda na área de Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Advogada na área de direito público com ênfase em direito da concorrência no escritório Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados.

Beatriz Coppola. Advogada do Caminati Bueno Advogados, com foco em contencioso econômico. Mestranda e graduada em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Possui diploma duplo pela Université Jean Moulin Lyon 3 (licence en droit).

Bruno de Luca Drago. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), doutor em Direito Comercial, com ênfase em Direito Concorrencial, pela USP e mestre em Direito Concorrencial pelo King's College of London. Foi presidente do IBRAC no biênio 2022-2023.

Bruno Maggi. Advogado e professor em São Paulo para cursos de graduação e pós-graduação. Doutor, mestre e bacharel pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Sócio fundador de Bruno Maggi Advogados, reconhecido pela Análise Advocacia, pelo Best Lawyers e pela Leaders League como líder no Brasil na área de reparação por danos concorrenciais. Diretor da International Bar Association (IBA). Autor do livro "Cartel: Responsabilidade Civil Concorrencial", além de inúmeros capítulos de livros e artigos no Brasil e no exterior sobre Direito Civil e Concorrencial.

Bruno Silva e Souza. Especialista em Operações Jurídicas na Bhub. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo.

Carolina Dotto. Mestre em Direito Público pela Fundação Getulio Vargas - FGV e LL.M. em Direito Civil e Comercial pela Universität zu Köln (Alemanha). Foi pesquisadora visitante no Instituto Max-Planck, em Munique, e é autora do livro *Remédios Estruturais em Casos de Infração à Ordem Econômica*, publicado em 2019. É sócia do escritório TozziniFreire Advogados e coordenadora do Comitê de Contencioso Econômico do IBRAC.

Cristianne Zarzur. Sócia da área de Direito da Concorrência de Pinheiro Neto Advogados. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Associada estrangeira no escritório Howrey Simon Arnold & White LLP, com atuação em Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual. Especialização em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Ex-presidente e atual conselheira vitalícia do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC).

Daniel Athias. Mestrando em Direito (LL.M) pela University of Michigan Law School. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e especialista em Direito Econômico pela FGV Direito SP.

Daniel Favoretto. Mestre (LL.M.) e Bacharel (LL.B.) em Direito pela Faculdade de Direito da FGV (Fundação Getúlio Vargas), com reconhecimento pela bolsa da FGV e Prêmio da Associação Brasileira do Setor Financeiro (ANBIMA) para dissertação de mestrado. Professor assistente de Direito Econômico da Faculdade de Direito da FGV. Assessor não-governamental da Autoridade da Concorrência Brasileira para a Rede Internacional da Concorrência (ICN). Revisor da revista jurídica da Autoridade da Concorrência do Brasil.

Elisa Funari. Especialista em Direito Econômico e Concorrencial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada do departamento de Direito Econômico e Concorrencial do Marchini Botelho Casalta Advogados.

Eric Brasil. Doutor e Mestre em Teoria Econômica pela Universidade de São Paulo (FEA/USP). Bacharel em Ciências Econômicas pela Fundação Escola de Comércio Álvares Penteado (FECAP). Coordenador da Pós-Graduação em Economia Aplicada a Negócios da FECAP, atuando também como pesquisador e professor da graduação. Sócio e Diretor Executivo de planejamento estratégico da Tendências Consultoria.

Fabiana Tito. Doutora em Teoria Econômica pela Universidade de São Paulo (FEA-USP), mestre em Economia da Concorrência e Regulação pelas Instituições Universitat Pompeu Fabra e Universitat Autònoma de Barcelona e Bacharel em Economia na FEA-USP. Diretora de Economia do IBRAC (2020-2022) e é a atual Conselheira do IBRAC (2022-2023) e Consultora não governamental da International Competition Network (ICN). É Sócia da Tendências Consultoria.

Flávia Maria Pelliciar Salum. Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1999. Especialista em Direito Contratual pelo Centro de Especialização Universitária (CEU). Pós graduação em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro do Comitê de Contencioso do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC).

Frederico Martins. Advogado e gerente jurídico sênior da Unilever Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), possui extensa experiência prática de contencioso antitruste e concorrencial. Ao concluir o Mestrado Profissional em Direito pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP) defendeu dissertação intitulada "Obstáculos às ações de reparação de danos concorrenciais".

Gabriel Carmona Gonçalves. Advogado. Doutorando (2021-2024) e mestre (2020) em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2019) e em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito (2019). Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2017). Autor dos livros “Comentários à Lei da ANAC” (2020) e “Governança e Compliance nas Estatais” (2021), pela Thomson Reuters.

Giuliana Gonçalves. Mestre em Direito (LL.M) pela Queen Mary University of London, especialista em arbitragem pela Faculdade Getulio Vargas (FGV), é sócia do escritório Caminati Bueno, com foco em direito concorrencial e antitruste

Gláucia Menato. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getulio Vargas.

José Inácio de Almeida Prado Filho. Doutor em Direito Comercial (2012) - Universidade de São Paulo - USP. Graduado em em Ciências Econômicas, EESP – Fundação Getulio Vargas - FGV (2008) e em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (2003). É socio do BMA Advogados.

Karen Ruback. Doutora em Direito Comercial, com ênfase em Direito Concorrencial, pela Universidade de São Paulo (USP). Pesquisadora visitante no Instituto Max Planck de Direito Comparado e Direito Internacional Privado, Hamburgo, Alemanha. Mestre em Direito Econômico Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Sócia no escritório Grinberg Cordovil, com foco em direito concorrencial e antitruste.

Lillian Cintra de Melo. Ph.D. Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e ex-pesquisador visitante do Institute for Global Law and Policy da Harvard Law School. Sócio da Ricardo Lewandowski Advocacia. Ex-Secretária de Direito do Supremo Tribunal Federal e Professora Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Ocupa atualmente a Secretaria de Direitos Digitais (SEDIG) do Ministério da Justiça.

Luiz Felipe Drummond. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais e bacharel em Direito pela mesma instituição. Ele também foi assistente acadêmico nas disciplinas de Direito da Concorrência e Mercados Digitais na UFMG (2018-2020) e participa do Grupo de Estudos Regulação, Antitruste e Políticas Públicas, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Foi aluno internacional da Université de Rennes I (Rennes, França) (2017). Sócio do Grinberg Cordovil Advogados.

Marcelo Napolitano. Advogado especialista em direito da concorrência no Grinberg Cordovil Advogados. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Mauro Grinberg. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Foi Conselheiro do Cade e presidente do IBRAC.

Paula Miller. Formou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), realizou sua pós-graduação em Direito Empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e em Direito Econômico pela Fundação Getulio Vargas (FGV). É socia de Cianfarani Müller Advogados.

Paula Pinedo. Mestre em Direito da Concorrência pela Freie Universität Berlin. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Pedro Paulo Salles Cristofaro. Professor de Direito Econômico da PUC-Rio e de cursos de pós-graduação do Instituto de Direito da PUC-Rio, da OAB/RJ e do CPA – Curso Prático de Arbitragem. Foi Diretor de Contencioso e Arbitragem e integra o Conselho do IBRAC. É coordenador do Comitê de Concorrência do CESA. Vice-Presidente de Mineração do CBMA e membro da Comissão de Concorrência da OAB/RJ. Atuou como advogado e/ou como árbitro em arbitragens administradas pela Câmara FGV, CBMA, CIESP/FIESP, CAM-CCBC e CCI. É sócio de Chediak Advogados.

Vinicius Hercos. Advogado, qualificado no Brasil e em Nova Iorque. Mestre em Direito (LL.M) com honras pela Northwestern University. Pós graduado em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas-SP. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado sênior no Demarest.

Victor Cavalcanti. Mestrando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito da Concorrência e pós graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP). Certificado em Compliance Anticorrupção (CPC-A) pela LEC. Advogado do departamento de Direito Econômico e Concorrencial do Mudrovitsch Advogados.

RESUMO

O trabalho reúne os conceitos relevantes sobre a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência, considerando a aplicação dessa legislação no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) e os temas dessa aplicação levados aos tribunais. O trabalho focaliza nos tópicos afeitos à Justiça Federal, e se concentra nas ações anulatórias de decisões proferidas pelo CADE ou que, de alguma forma, pleiteiem a revisão dessas decisões.

Sintetizam-se as discussões dos principais temas e busca-se trazer informações essenciais considerando o entendimento predominante acerca de cada tema, a saber: (i) revisibilidade judicial das decisões do CADE; (ii) segredo de justiça; (iii) competência; (iv) conexão; (v) especialização de varas federais; (vi) prescrição das infrações concorrenciais; (vii) standard probatório; (viii) dosimetria das infrações concorrenciais; e (iv) garantias e suspensão da execução da decisão do CADE.

O texto é resultado colaborativo do trabalho de todos os autores. Inicialmente divididos em grupos menores, cada grupo responsável pela redação de tema determinado, os capítulos resultantes foram revistos por outro grupo, e a redação consolidada no trabalho completo. A versão integral do texto foi então circulada para todos os autores, e recebeu comentários e sugestões colaborativas de todo o conjunto de autores nos diversos temas. As contribuições foram consolidadas pelos coordenadores para compor a versão final, que também foi circulada para todos os autores.

O texto foi fechado no início de 2023, e considera a legislação e precedentes existentes até então. Seu principal objetivo é fomentar o debate e instigar o interesse dos leitores para o estudo mais aprofundado dos temas de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência afeitos à Justiça Federal. As conclusões apontam para a complementariedade entre persecução pública (*public enforcement*) e persecução privada (*private enforcement*), assim como para importância do diálogo constante com membros do Poder Judiciário, Ministério Público, Advocacia-Geral da União, CADE e sociedade civil acerca dos temas tratados neste trabalho.

INTRODUÇÃO

Este trabalho foi elaborado por integrantes do Comitê de Contencioso e Arbitragem do Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (Ibrac). Os autores são advogados e economistas especializados em Direito da Concorrência e matérias correlatas, com ampla experiência e atuação perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e perante o Poder Judiciário, em processos e procedimentos envolvendo a aplicação da Lei nº 12.529/2011 (a Lei de Defesa da Concorrência, ou “LDC”) e legislações correlatas.

O referido Comitê de Contencioso e Arbitragem do Ibrac promove encontros regulares para debates entre seus membros acerca de temas relevantes associados à legislação de defesa da concorrência, e organiza grupos de trabalhos sobre temas específicos para maior aprofundamento. Os grupos de trabalho envolvem realização de pesquisas, estudos, e, usualmente, a elaboração de um trabalho que consolide o resultado do trabalho realizado.

Em meio aos debates e trabalhos realizados, observou-se a percepção de aumento de demandas judiciais – ou mesmo de interesse acerca da possibilidade de judicialização – relacionadas à aplicação da Lei de Defesa da Concorrência, incluindo as Ações de Reparação por Danos Concorrenciais (“ARDCs”). Este aumento de demandas, e de interesse sobre o tema, possivelmente se relaciona ao maior conhecimento da população sobre o assunto – o que, possivelmente, decorre das inúmeras medidas adotadas pelas autoridades brasileiras de defesa da concorrência e outras entidades para fortalecer o combate às infrações à ordem econômica, como também – quer-se acreditar - de ações promovidas por entidades como o Ibrac para promover o debate e divulgar o conhecimento acerca de tão relevante tema.

Nesse contexto, surgiu a ideia de elaborar o presente trabalho, para reunir conceitos relevantes sobre a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência, considerando a experiência da aplicação dessa legislação no âmbito do Cade e a perspectiva de sua aplicação pelos Tribunais.

O combate às infrações concorrenciais, segundo a legislação brasileira, pode ser realizado tanto por meio da persecução pública (“*public enforcement*”) quanto pela persecução privada (“*private enforcement*”). Acredita-se que a atuação conjunta de ambas, em harmonia, é importante e mesmo necessária para garantir uma efetiva repressão e dissuasão dos agentes econômicos à prática de condutas anticompetitivas.

Na esfera do *public enforcement*, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) desempenha papel de liderança em vista de suas atribuições para aplicação da Lei de Defesa da Concorrência – notadamente, a de instaurar processos administrativos para imposição de sanções por infrações à ordem econômica. No âmbito de suas atribuições, o Cade também tem competência para negociar acordos de leniência (tendo desenvolvido experiência relevante nessa seara) e Termos de Cessação de Conduta (“TCC”), importantes instrumentos para obter ciência e provas de infrações concorrenciais e viabilizar a punição aos infratores. Tais acordos e investigações instauradas pelo Cade aumentam significativamente a possibilidade de que potenciais prejudicados pela infração concorrencial

tomem conhecimento de sua existência e possam pleitear a reparação devida. Todas as multas impostas pelo Cade são recolhidas ao Fundo de Direitos Difusos.

No presente trabalho, voltado para a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência nos Tribunais Federais, os autores adotaram como foco as ações anulatórias de decisões proferidas pelo Cade ou que, de alguma forma, pleiteiem a revisão de decisões proferidas pelo Cade.

Nesse contexto, temas de grande relevância são abordados nesse trabalho, tal como a (i) possibilidade de **revisão judicial das decisões do Cade**; (ii) aspectos relacionados ao **segredo de justiça** – notadamente, considerando que os processos do Cade usualmente envolvem temas concorrencialmente sensíveis, e outros cuja confidencialidade é assegurada por lei, e que, também para fins de proteção da segurança jurídica, devem ser considerados pelos tribunais; acerca das regras de (iii) **competência** e de (iv) **conexão**; (v) ponderações sobre a **especialização das varas federais**; (vi) acerca da **prescrição** aplicável a infrações concorrenciais; (vii) acerca do **standard probatório**; (viii) considerações sobre a **dosimetria da pena** por infrações concorrenciais; e, finalmente, sobre (iv) as **garantias e suspensão da execução**.

O texto foi intencionalmente redigido de forma breve e direta, buscando trazer informações essenciais para todas e quaisquer partes do processo, e considerando o entendimento predominante acerca de cada tema. Espera-se fomentar o debate e instigar o interesse dos leitores para o estudo mais aprofundado dos temas tratados. Observa-se que os textos foram concluídos no início de 2023, considerando-se, portanto, a legislação aplicável e precedentes existentes até então.

O Ibrac e, especialmente, seu Comitê de Contencioso e Arbitragem, ficarão honrados em manter ou estabelecer o diálogo constante com membros do Poder Judiciário, Ministério Público, Advocacia-Geral da União, Cade e quaisquer outras entidades acerca dos temas tratados neste trabalho.

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

Consagrado pelo artigo 5º, inciso XXXV¹ da Constituição Federal, o princípio do acesso à justiça (também conhecido como princípio da inafastabilidade de jurisdição e, ainda, como princípio do direito de ação) se traduz em direito de ação em sentido amplo². Uma vez apresentado requerimento específico perante o Poder Judiciário, este teria o dever de apresentar a devida resposta ao jurisdicionado – ainda que valendo-se de métodos hermenêuticos, o Poder Judiciário tem a prerrogativa-dever de analisar a lei e determinar respostas às lacunas legislativas para o caso concreto. Trata-se, portanto, de direito que deve ser garantido de forma ampla e incondicionada.

¹ Constituição Federal: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

A possibilidade de revisão de atos administrativos deriva diretamente do princípio do acesso à justiça. Ainda que passíveis de reconsideração e pedidos de revisão para as próprias autoridades administrativas que exararam o ato questionado, é possível que o jurisdicionado acesse o Poder Judiciário para a tutela de seu direito.

A princípio, cabe destacar os diferentes graus de liberdade da Administração Pública ao exarar seus atos administrativos. É importante diferenciar poder vinculado de poder discricionário. O ato administrativo vinculado se materializa quando “*A Administração Pública não é livre para resolver sobre a conveniência do ato, nem sobre seu conteúdo. Só lhe cabe constatar a ocorrência dos motivos, e, com base neles, praticar o ato*”³. Por sua vez, atos administrativos discricionários seriam aqueles em que “[...] *a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo*”⁴, tratando-se de clássica noção de juízo de conveniência e de oportunidade da Administração Pública.

Ao tratar da impugnação judicial de questões que versem sobre atos administrativos vinculados, ou seja, aqueles que tratam sobre forma ou legalidade do ato administrativo, é praticamente unânime o entendimento de que compete ao Poder Judiciário analisar a observância dos preceitos legais pela Administração quando da prática do referido ato administrativo. A dúvida surge quando se questionam a oportunidade e conveniência de determinado ato, ou seja, quando questionadas as decisões que versam sobre atos discricionários.

Parte da doutrina não admite a ampla apreciação pelo Poder Judiciário em virtude do chamado “dever de deferência” às decisões regulatórias⁵, segundo o qual os atos regulatórios estariam revestidos de maior tecnicidade e em conformidade com o mercado regulado, já que advindos de agentes públicos especializados e em contato direto com as questões técnico-regulatórias trazidas pelos regulados;⁶ ao passo em que outra parte daria a mesma solução apresentada aos atos vinculados.

Em relação aos atos praticados pelo CADE, resta definir se estes se configuram em atos discricionários ou atos vinculados, a fim de determinar a possibilidade e extensão da revisão judicial.

Partindo-se do pressuposto que alguns conceitos trazidos pela Lei nº 12.529/2011 e pela Constituição Federal são considerados “conceitos jurídicos indeterminados”, há quem entenda que alguns atos administrativos do CADE podem ser considerados como discricionários. Especificamente, na hipótese de se considerar que a natureza do órgão antitruste pressupõe certo grau de liberdade na atuação da Administração no que se refere à opção sobre qual a melhor solução no caso concreto,

³ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.92.

⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 92.

⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, 7ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2019.

⁶ WANG, Daniel; PALMA, Juliana; COLOMBO, Daniel. *Controle judicial dos atos regulatórios: uma análise da jurisprudência* in SHAPIRO, Mário Gomes (org.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

mediante prolação de decisões baseadas em critérios de oportunidade e conveniência, o que se justifica pela necessidade de dinamicidade e flexibilidade que lhe são exigidas ao tratar da temática antitruste. Por exemplo, a decisão do CADE de aceitar proposta de Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) poderia ser classificada como discricionária, considerando-se que caberia ao CADE aplicar os critérios de oportunidade e conveniência, confrontando as vantagens e desvantagens de encerrar a investigação contra o proponente do acordo em troca dos compromissos por este assumido. Por outro lado, a decisão acerca da existência de provas de acordo colusivo, por exemplo, para condenação por infração de cartel, não se classificaria como ato discricionário, mas vinculado aos critérios legais referentes ao ônus e critérios probatórios.

No ano de 2019, o Ministro Luiz Fux proferiu decisão monocrática no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.083.955/DF, na qual ponderou – embora tais ponderações não fossem voltadas a embasar a decisão em si, de denegar o recurso em vista da Súmula 279/STF⁷ –, que o Poder Judiciário deve deferência às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras, tal como o CADE, devido à (i) falta de *expertise* e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvam análises complexas e especializadas; e (ii) à possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.⁸ Caberia ao Poder Judiciário, portanto, realizar somente o controle de legalidade e abusividade dos atos administrativos do CADE, acatando posição deferente ao mérito das suas decisões administrativas, as quais são proferidas mediante ampla análise do conjunto fático e probatório dos autos do processo administrativo, das circunstâncias fáticas e econômicas, da materialidade das condutas, do mercado relevante e das consequências das condutas investidas no mercado analisado.

Observa-se, todavia, que essa decisão é criticada por parte da doutrina especializada. Dentre os argumentos contrários destacam-se: (i) o recurso, formalmente, teria sido denegado em razão do disposto na Súmula 279/STF⁹, e não por razões relacionadas à suscetibilidade ou não da revisão judicial das decisões do CADE; (ii) o CADE não é agência reguladora, mas sim órgão judicante, que aplica por meio de seu Tribunal Administrativo o direito a fatos ou condutas expressamente previstos em lei, segundo normas processuais e procedimentais pré-estabelecidas em diploma legal – portanto, suas decisões (ao menos aquelas que adjudicam a existência de infração antitruste) não seriam discricionárias, mas vinculadas ou regradas; (iii) vigora no País o princípio da soberania das decisões do Poder Judiciário, o qual é o único detentor da competência para declarar o direito (*ius dicere*) e satisfazer a prestação jurisdicional, de modo a garantir a estabilidade das relações por meio da coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI, Constituição Federal)¹⁰; e (iv) as decisões do Tribunal Administrativo do CADE não estão

⁷ STF: “Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”.

⁸ STF. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n.º 1.083.955/DF. Min. Rel. Luiz Fux, julgado em 28/05/2019.

⁹ STF: “Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”.

¹⁰ Constituição Federal: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

sujeitas a recurso administrativo ou hierárquico (art. 9, §2º,¹¹ da Lei nº 12.529/11), e portanto, sem a possibilidade de sua revisão pelo Poder Judiciário, tais decisões seriam absolutas, gozando de status não conferido nem mesmo às decisões proferidas pelos juízes.

A viabilidade de revisão das decisões do CADE pelo Judiciário é indicada na própria Lei nº 12.529/11, em seu art. 98¹². Nessa linha, há diversas decisões do CADE já revisadas pelo Poder Judiciário, as quais buscaram controlar eventuais abusos ou equívocos na aplicação da lei pela referida autarquia, e que demonstram, portanto, que as decisões exaradas pelo CADE não fogem do princípio do acesso à Justiça – embora se possa verificar decisões que adotam entendimento diverso quanto ao grau de interferência ou deferência do Poder Judiciário quanto às decisões do CADE.

Já foram alvo do escrutínio do Poder Judiciário questões formais de decisões proferidas pelo CADE, tais como a violação ao devido processo legal, a ampla defesa e ao contraditório¹³, a utilização de prova ilícita¹⁴, a verificação da dosimetria utilizada para imposição de multa frente os princípios de razoabilidade e proporcionalidade na aplicação de sanções¹⁵; bem como já foram alvo de reanálise pelo Judiciário condenações e penalidades aplicadas pelo CADE, consideradas desprovidas de fundamentação técnica e provas¹⁶.

A profundidade e limites que se reservará ao Poder Judiciário no controle judicial das decisões do CADE está ainda em aberto, e é tema cuja pacificação é de fundamental relevância.

2. SEGREDO DE JUSTIÇA

As ações judiciais que envolvem a revisão de decisões proferidas pelo CADE dependem, em grande medida, de prova documental, sendo que as partes podem trazer à demanda documentos que contenham informações relevantes sobre o negócio desenvolvido pela parte que pretende a revisão, especialmente aquelas relativas ao faturamento e a outros segredos industriais.

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹¹ Lei nº 12.529/11: “Art. 9º § 2º As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.”.

¹² Lei nº 12.529/11: “Art. 98. O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise à desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, para que se garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias”.

¹³ Apelação Cível n. 0030258-37.2005.4.01.3400/DF, Rel. Des. Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 de 06.05.2016.

¹⁴ Apelação Cível n. 0043979-85.2007.4.01.3400/DF, Des. Kassio Marques, TRF-1, Sexta Turma, DJF 29.05.2015.

¹⁵ Apelação Cível n. 0013251-66.2004.4.01.3400/DF, Rel. Juiz Federal Rodrigo Navarro, e-DJF1 de 08/10/2012.

¹⁶ Apelação Cível n. 0043667-12.2007.4.01.3400/DF, Des. Kassio Marques, TRF-1, Sexta Turma, DJF 24.09.2015.

A possibilidade de se conferir sigilo a documentos apresentados nas ações judiciais tem o intuito de resguardar as informações confidenciais que envolvam a estrutura de mercado apresentada ao longo da instrução do processo, bem como proteger segredos de empresa, tal como determina o artigo 206¹⁷ da Lei n.º 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial). O próprio Regimento Interno do CADE reconhece a importância de tratamento reservado a diversas informações, e lhes concede tratamento sigiloso e acesso restrito, nos seus arts. 49¹⁸ e 52¹⁹.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de visitar a questão, e afastou a possibilidade de ampla concessão de sigilo de justiça, ressalvando, contudo, a possibilidade de concessão de sigilo a documentos que envolvam segredos empresariais²⁰, inclusive de dados fiscais²¹.

¹⁷ Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial): “Art. 206. Na hipótese de serem reveladas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, sejam segredo de indústria ou de comércio, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades.”

¹⁸ Regimento Interno do CADE: “Art. 49. Aos autos, informações, dados, correspondências, objetos e documentos de interesse de qualquer das diversas espécies de procedimento administrativo, serão conferidos, no CADE, os seguintes tratamentos: I - público, quando puderem ser acessados por qualquer pessoa; II - acesso restrito, quando seu acesso for exclusivo à parte que os apresentou, aos Representados, conforme o caso, e às pessoas autorizadas pelo CADE; III - sigiloso, quando seu acesso for exclusivo às pessoas autorizadas pelo CADE e às autoridades públicas responsáveis por proferir parecer ou decisão; ou IV - segredo de justiça, com acesso limitado nos termos de decisão judicial”.

¹⁹ Regimento Interno do CADE: “Art. 52. Conforme o caso e no interesse da instrução processual, de ofício ou mediante requerimento do interessado, poderá ser deferido, em virtude de sigilo decorrente de lei ou por constituir informação relativa à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (arts. 22 da Lei 12.527/2011 e 6º, inciso I e 5º, § 2º do Decreto nº 7.724/12), o acesso restrito de autos, documentos, objetos, dados e informações, que forem relacionados a: I - escrituração mercantil; II - situação econômico-financeira de empresa; III - sigilo fiscal ou bancário; V - segredos de empresa; V - processo produtivo e segredos de indústria, notadamente processos industriais e fórmulas relativas à fabricação de produtos; VI - faturamento do interessado; VII - data, valor da operação e forma de pagamento; VIII - documentos que formalizam o ato de concentração notificado; IX - último relatório anual elaborado para os acionistas ou quotistas, exceto quando o documento tiver caráter público; X - valor e quantidade das vendas e demonstrações financeiras; XI - clientes e fornecedores; XII - capacidade instalada; XIII - custos de produção e despesas com pesquisa e desenvolvimento de novos produtos ou serviços; ou XIV - outras hipóteses, a critério da autoridade concedente, respeitadas os arts. 22 da Lei 12.527/2011 e 6º, inciso I e 5º, § 2º do Decreto nº 7.724/12.”

²⁰ “[...] o sigilo empresarial poderá ser suscitado e deverá ser observado em relação à parcela dos documentos que efetivamente guardem segredos industriais, por exemplo. Todavia, a oposição desse sigilo, no interesse privado, não se confunde com aquele sigilo genérico deferido aos documentos decorrentes de acordo de leniência e que tem por escopo assegurar o resultado prático das investigações” (STJ, ED no REsp 1.554.986/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 20/02/2018).

²¹ “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SEGREDO DE JUSTIÇA. POSTO DE COMBUSTÍVEL. PREÇO ABUSIVO. INFORMAÇÕES FISCAIS. 1. Trata-se, na origem, de Agravo de Instrumento contra decisão interlocutória proferida nos autos que indeferiu o trâmite em segredo de justiça de Ação Civil Pública que debate eventual preço abusivo de combustível por parte da recorrente. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 3. Em inquérito civil sob sigilo, o Ministério Público solicitou dados de natureza fiscal destinados à apuração da margem bruta de lucro da recorrente. A qualificação desses dados pode contribuir para que se revele o modelo ou estratégias de negócio ou diferenciais de atuação. É evidente que, num mercado regulado, a assimetria informacional é reduzida, mas não se pode afastar de plano e prematuramente sua existência. 4. Não deve a parte ser prejudicada com a transposição desse material para processo jurisdicional de natureza pública, frustrando sua legítima expectativa de sigilo. 5. Na apuração de “preço excessivo”, “aumento arbitrário dos lucros”, “elevação sem justa causa de preços” ou “vantagem excessiva”, pela perspectiva de infração

Não se vê justificativa para a tramitação dos processos em segredo de justiça, visto não estarem presentes, via de regra, as hipóteses previstas no artigo 189²² do Código de Processo Civil, apenas cabendo o pedido de sigilo de documentos, que devem ser guardados em separado na secretaria, ou anexados a apensos confidenciais eletrônicos, de forma a garantir seu acesso restrito às partes e a seus procuradores, juntando-se aos autos principais apenas a cópia dos autos públicos do processo administrativo e demais documentos não sigilosos.

A publicidade deve ser sempre a regra, e as exceções justificadas plenamente pelas partes, analisadas e sopesadas pelo magistrado. A transparência e publicidade de pleitos, o contraditório travado entre as partes e o posicionamento dos magistrados deve ser de amplo conhecimento para que se permitam direcionamentos a temas relevantes para o administrado.

O Poder Judiciário deveria avaliar a pertinência dos pedidos de tratamento sigiloso e determinar expedientes destinados à proteção única e exclusiva do dado em questão, e não do processo como um todo quando não houver justificativa para tanto. Nas raras exceções em que isso venha a ocorrer, o magistrado deveria também avaliar a determinação de sua publicidade uma vez decidida e transitada em julgado a celeuma processual.

3. COMPETÊNCIA

O art. 109²³ da Constituição Federal estabelece a competência da Justiça Federal para processamento das ações envolvendo a União, entidades autárquicas ou empresa pública

à ordem econômica ou violação de direitos do consumidor, talvez seja necessário que se ordene a juntada de outros documentos bancários, fiscais ou de qualquer natureza que possam corroborar o sigilo daqueles já acostados. A providência serve como garantia ao particular e à correta administração da Justiça. 6. A medida deferida tem por escopo vedar o acesso aos autos de terceiros, eventuais competidores, da parte recorrente, sem impedir em qualquer medida a investigação de ilícitos, v.g., de ordem econômica, consumerista ou penal por órgãos competentes para tal mister. 7. Recurso Especial provido para determinar que o feito tramite em segredo de Justiça.” (STJ, REsp: 1296281/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 14/05/2013).

²² Código de Processo Civil: “Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: I - em que o exija o interesse público ou social; II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. § 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores. § 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação.”

²³ Constituição Federal: “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País; III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

federal. O respectivo parágrafo 2º estabelece que as ações contra a União poderão ser julgadas pela Justiça Federal da seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou ainda, no Distrito Federal. Essa mesma regra é reproduzida no art. 51, parágrafo único,²⁴ do Código de Processo Civil.

Embora as referidas disposições relativas à competência territorial façam menção apenas à União e não aos demais entes da Administração Pública Indireta Federal, o STF proferiu decisão com repercussão geral no ano de 2014 no sentido de que o critério de fixação de competência definido pelo artigo 109, parágrafo 2º, da Constituição Federal deve ser estendido também às autarquias federais²⁵.

Na ocasião, entendeu-se que a faculdade atribuída ao autor quanto à escolha do foro competente “*para julgar as ações propostas contra a União tem por escopo facilitar o acesso ao Poder Judiciário àqueles que se encontram afastados das sedes das autarquias*”. Entendeu-se, também, que os entes menores (e.g., autarquias) não podem ter privilégio maior do que a União, especialmente considerando que a Advocacia-Geral da União é composta por procuradorias federais em todo o território nacional.

Dessa forma, as demandas judiciais em face do CADE devem ser processadas perante a Justiça Federal e, diante da interpretação ampliativa conferida pelo STF, podem ser ajuizadas no foro do domicílio da parte autora ou em qualquer outro foro competente segundo o artigo 109 da Constituição Federal.

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; VII - os habeas corpus, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição; VIII - os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais; IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização; XI - a disputa sobre direitos indígenas. § 1º As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte. § 2º As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal. § 3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal. § 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau. § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.”

²⁴ Código de Processo Civil: “Art. 51. Parágrafo único. Se a União for a demandada, a ação poderá ser proposta no foro de domicílio do autor, no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no de situação da coisa ou no Distrito Federal.”

²⁵ STF, RE 627709, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

4. CONEXÃO

4.1. Requisitos para a configuração de conexão entre ações

O *caput* do artigo 55²⁶ do Código de Processo Civil prevê que as ações que tiverem o mesmo pedido ou mesma causa de pedir são conexas, com o objetivo de evitar decisões judiciais conflitantes ou contraditórias. Ressalta-se que a causa de pedir é o fato que dá origem ao ajuizamento da ação. O pedido, por sua vez, é o provimento judicial pretendido pelo autor da demanda.

Dessa forma, a conexão é um fator que pode alterar a competência relativa para evitar decisões destoantes em causas que possuem questões comuns. Quando houver conexão, os processos serão reunidos para julgamento conjunto, “*salvo se um deles houver sido sentenciado*”, conforme parágrafo primeiro do respectivo art. 55²⁷ e Súmula 235²⁸ do Superior Tribunal de Justiça.

De acordo ainda com o parágrafo 3º do mesmo art. 55²⁹ do Código de Processo Civil, ainda que não haja conexão, isto é, identidade entre pedidos ou causa de pedir, os processos poderão ser reunidos para julgamento conjunto, se puderem gerar risco de “*prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente*”.

4.2. Entendimentos dos Tribunais sobre conexão em ações anulatórias das decisões do CADE

A jurisprudência dos Tribunais discute a necessidade de aplicar os efeitos da conexão entre as diferentes ações judiciais que visam a anulação da mesma decisão administrativa proferida pelo CADE.

Essa questão foi apreciada recentemente pela 6ª Turma do TRF da 3ª Região³⁰, que determinou a reunião de processos que questionavam a mesma decisão administrativa do CADE, com fundamento no parágrafo terceiro do art. 55 do Código de Processo Civil. Embora não houvesse exata identidade entre os pedidos deduzidos na ação ajuizada anteriormente, pretendia-se nas lides “*obter o mesmo resultado final, ou pedido mediato, consistente na desconstituição do julgamento administrativo condenatório realizado pelo CADE*”. Assim, entendeu-se que havia conexão entre os processos.

²⁶ Código de Processo Civil: “Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.”

²⁷ Código de Processo Civil: “Art. 55. § 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado”.

²⁸ Súmula 235/STJ: “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.

²⁹ Código de Processo Civil: “Art. 55. § 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.”

³⁰ Agravo de Instrumento n. 5012605-33.2021.4.03.0000, Agravante: Eduardo Cesar Basaglia, Agravado: CADE. Relator: Des. Paulo Domingues, julgado em dezembro de 2021, 6ª Turma do TRF 3ª Região.

Do mesmo modo, ao apreciar a questão de competência, a 4ª Turma do TRF da 4ª Região³¹ entendeu que, se as demandas judiciais discutem os mesmos vícios formais do processo administrativo e o caráter confiscatórios da multa, haveria identidade do pedido e causa de pedir. Também consignou que o CADE teria condenado as partes por cartel, o que ensejaria fatos semelhantes nas relações jurídicas que envolvem os dois processos, o que, em tese, corroboraria a conexão.

No mesmo sentido, a 5ª Turma do TRF da 1ª Região³² afirmou que “*em se tratando de demandas em que se busca a anulação de procedimento administrativo e a respectiva penalidade imposta, envolvendo a suposta prática de cartel, afigura-se a conexão entre os respectivos feitos, impondo-se a aplicação das normas dos arts. 54 e 55, §§ 1º e 3º, do CPC*”. No caso concreto, entendeu-se que seria necessário evitar a possível prolação de decisões divergentes, sobretudo porque as pretensões das partes estavam fundamentadas “*no mesmo suporte fático-jurídico*”, isto é, supostos vícios do procedimento administrativo do CADE.

De qualquer forma, o STJ tem entendimento pacificado de que é “*uma faculdade do julgador a análise da necessidade de os processos serem reunidos para julgamento conjunto, porquanto cabe a ele avaliar a conveniência da medida em cada hipótese*”³³. Em linha com essa jurisprudência, a 5ª Turma do TRF da 1ª Região³⁴ já decidiu que, embora a conexão entre duas ações recomende, a princípio, a reunião de processos para decisão simultânea, a sua inobservância não enseja a nulidade de julgamentos ocorridos em momentos distintos por si só.

Não há propriamente entendimento consolidado dos Tribunais brasileiros sobre a necessidade ou não de reunir as causas que visam a anulação de uma mesma decisão do CADE. O volume de decisões ainda é pequeno e a maior parte delas parece indicar que ações que buscam a anulação da mesma decisão do CADE devem ser reunidas. De todo modo, como o STJ entende que a reunião de ações conexas é faculdade do juiz, de acordo com juízo de conveniência e oportunidade, nada impede que, no caso concreto, esses processos sejam julgados em separado, sem que haja nulidade processual.

4.3. Efeitos da Conexão

O art. 54³⁵ do Código de Processo Civil indica que a modificação de competência se dará apenas nos casos de competência relativa (territorial e valor). Em relação ao aspecto

³¹ Agravo de Instrumento n. 5030405-23.2016.4.04.0000/RS, Agravante: Santa Lucia Comercia e Pavimentações Ltda. e Ivo Santa Lucia, Agravado: CADE/ANP, Relator: Des. Sérgio Renato Tejada Garcia, julgado em outubro de 2016, 4ª Turma do TRF 4ª Região.

³² Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 0012377-76.2016.4.01.0000, Agravante: Itabira Agroindustrial S/A e outro, Agravado: CADE, Relator: Des. Souza Prudente, julgado em setembro de 2016, 5ª Turma do TRF 1ª Região.

³³ REsp n. 1.992.184/SP, Relatora: Ministra Nancy Andriahi, 3ª Turma, julgado em maio de 2022. No mesmo sentido: “*(...) a reunião de processos conexos constitui uma faculdade do juiz que deve avaliar a intensidade da conexão entre os processos e o risco de ocorrência de decisões contraditórias. Afinal, a técnica de reunião de processos tem como objetivo a garantia da segurança jurídica e a observância do princípio da duração razoável do processo.*” (AgInt no REsp 1946404/DF, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em março de 2022).

³⁴ Apelação Cível n. 0022589-93.2006.4.01.3400, Apelante: Gerdau S/A, Apelado: CADE, Relator: Des. Souza Prudente, julgado em julho de 2018, 5ª Turma do TRF 1ª Região.

³⁵ Código de Processo Civil: “*Art. 54. A competência relativa poderá modificar-se pela conexão ou pela continência, observado o disposto nesta Seção.*”.

temporal, o art. 55, parágrafo primeiro,³⁶ positivou o entendimento majoritário das doutrinas e tribunais no sentido de que não é possível a reunião de processo em andamento com processo já encerrado, tendo em vista que o motivo que justifica a reunião dos feitos é que tenham processamento e julgamento conjuntos, para evitar a prolação de decisões conflitantes ou contraditórias.

A princípio, não há previsão expressa no art. 1.015³⁷ do Código de Processo Civil a respeito do cabimento de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versarem sobre a prorrogação da competência em razão da conexão, reconhecida durante a fase de conhecimento. Apesar disso, o STJ tem entendimento pacificado de que o rol do art. 1.015 é de taxatividade mitigada³⁸ e de que é admitida a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que versa sobre matéria de competência³⁹. Esse cabimento já foi reconhecido, inclusive, em processos envolvendo decisões do CADE, em que o reconhecimento da conexão foi matéria de agravo de instrumento.⁴⁰

Em caso de processos em fase de execução, isto é, se a decisão proferida determina a reunião de uma execução de título extrajudicial com um processo de conhecimento ou se determina a reunião de execuções fundadas no mesmo título executivo (art. 55, § 2º, I e II)⁴¹, o cabimento da interposição de agravo de instrumento está previsto no parágrafo único do art. 1.015 do Código de Processo Civil⁴².

5. ESPECIALIZAÇÃO DE VARAS

5.1 Contexto

Em 2017, o colegiado do Conselho da Justiça Federal aprovou a Resolução CJF 445/2017, que dispõe sobre especialização, com competência concorrente, de varas

³⁶ Código de Processo Civil: “Art. 55. § 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado”.

³⁷ Código de Processo Civil: “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.”.

³⁸ Tema Repetitivo n. 988, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 5/12/2018.

³⁹ REsp n. 1.679.909/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/11/2017.

⁴⁰ REsp n. 1.800.696/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 13/8/2019.

⁴¹ Código de Processo Civil: “Art. 55. § 2º Aplica-se o disposto no caput : I - à execução de título extrajudicial e à ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico; II - às execuções fundadas no mesmo título executivo.”.

⁴² Código de Processo Civil: “Art. 1.015. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.”.

federais em Direito da Concorrência e Comércio Internacional⁴³. Dessa forma, foi aprovada proposta para recomendar que os Tribunais Regionais Federais especializem, sem exclusividade, varas federais existentes, em Direito da Concorrência e Comércio Internacional.

Após essa decisão, o Tribunal Regional da 2ª Região foi pioneiro e especializou⁴⁴ duas varas na Seção Judiciária do Rio de Janeiro e três varas na Seção Judiciária do Espírito Santo para matérias de concorrência e comércio interacional. Já, em outubro de 2021⁴⁵ o Tribunal Regional da 1ª Região instituiu grupo de trabalho para estudo da especialização de varas do TRF1, cujos trabalhos culminaram, em abril de 2022, na especialização de duas varas na Seção Judiciária do Distrito Federal.⁴⁶ O Tribunal Regional da 3ª Região, por sua vez, ainda está em fase de estudos para viabilizar a especialização de varas sobre as referidas matérias. Com relação aos demais Tribunais Regionais Federais, não há notícias de iniciativas sobre o tema.

5.2. Sobre a especialização de varas

A especialização não exclusiva nas matérias de Direito da Concorrência pode trazer importante aumento na previsibilidade e segurança jurídica, pois varas especializadas para temas complexos como o Direito da Concorrência tendem a propiciar ambiente jurídico mais estável em razão do melhor conhecimento da matéria pelo magistrado especializado.

Ponto favorável nas ações que visam a discussão de decisões do CADE é que a especialização de varas não exclusivas tende a gerar maior número de decisões com análises aprofundadas de mérito, em contraste com o foco quase exclusivo em aspectos formais que se observa atualmente.

Por outro lado, há preocupação sobre a possibilidade de que varas especializadas apresentem tendência de deferência excessiva às Autoridades Públicas federais⁴⁷⁻⁴⁸, limitando qualquer possibilidade de revisão de decisões por estas emanadas, o que poderia limitar o acesso à Justiça. No CADE, por exemplo, não há previsão de recurso administrativo em face de decisão condenatória por infração à ordem econômica.

Apesar dos riscos sobre deferência excessiva, atualmente, boa parte da comunidade jurídica defende a especialização de varas e câmaras como alternativa de o Poder Judiciário

⁴³ Vide: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/maio/especializacao-de-varas-federais-em-direito-da-concorrenca-e-comercio-internacional-e-aprovada>

⁴⁴ Resolução nº TRF2-RSP-2018/00019, de 6 de abril de 2018 conforme alterada e atualizada pela Resolução Conjunta TRF2-RSP-2018/00055, de 12 de dezembro de 2018 que passou a incluir no âmbito da competência das varas federais especializadas em Direito da Concorrência e do Comércio Internacional também a competência para o processamento e julgamento dos feitos que versem sobre Direito Aduaneiro, Direito Marítimo e Direito Portuário.

⁴⁵ Portaria Presi 350/2021 editada pelo Presidente do TRF1.

⁴⁶ Resolução Presi 17/2022

⁴⁷ *Varas para Direito Antitruste e Comércio Internacional*. JOTA, 12.10.2017. Disponível em: <https://jota.info/artigos/varas-para-direito-antitruste-e-comercio-internacional-12102017>. Acesso: 27.05.2020

⁴⁸ Em termos de modelo institucional, seria preferível sistema em que haja ao menos 3 (três) varas especializadas, de forma a se mitigarem riscos de captura.

federal oferecer melhores respostas a questões envolvendo matérias específicas, de maior complexidade.

5.3. Pontos de Atenção

Alguns pontos de atenção são relevantes para que os benefícios da especialização ocorram sob uma organização institucional que mitigue eventuais aspectos negativos dela decorrentes. Os seguintes elementos podem ser listados:

- Processos relacionados a concorrência e comércio internacional exigem discussão técnica específica, via de regra, amparadas em decisões de órgãos técnicos da Administração Pública federal. Os processos normalmente chegam ao Poder Judiciário com autos administrativos contendo milhares de páginas.
- A legislação concorrencial no Brasil é de tipo aberto, que demanda complemento de conceitos econômicos e construção jurisprudencial, se aproximando do sistema de *common law*. Há necessidade, portanto, de constante aperfeiçoamento sobre a matéria.
- A especialização de varas deve ser feita em número suficiente para atender à demanda da Sociedade sem onerar excessivamente os juízes lotados nessas varas especializadas.
- É desejável ter mais de uma vara especializada para evitar concentração excessiva da matéria e aumentar o número de magistrados com conhecimento do tema. A fim de justificar múltiplas varas especializadas, agregar o tema de direito da concorrência com temas de defesa comercial (como já feito), propriedade intelectual e aduaneiro pode ser uma alternativa.
- É aconselhável que servidores alocados nas varas especializadas se qualifiquem para lidar com a natureza e complexidade dos temas (concorrência, defesa comercial, aduaneiro e propriedade intelectual). É importante criar incentivos para que esses servidores busquem especialização nessas áreas, de modo a melhor assessorar os magistrados.
- A competência de varas especializadas em razão de matéria é **absoluta**, nos termos do artigo 62⁴⁹ do Código de Processo Civil. É recomendável a especialização de varas em cada seção judiciária para evitar custos e ineficiências no deslocamento de processos de uma seção para outra.
- A fim de que a especialização na primeira instância não se perca nos recursos, é desejável que haja alguma especialização na segunda instância. Pode-se considerar a distribuição dos temas em sistema de sorteio para 2 ou 3 turmas rotineiras, que terão maior familiaridade com o tema.
- Outro tema a ser considerado seriam regras de transição para processos em curso nas varas não especializadas. É desejável regra que vinculasse a redistribuição dos processos em conformidade com o momento da sua fase de instrução a fim de se evitar perdas de eficiência na análise desses processos.

⁴⁹ Código de Processo Civil: “Art. 62. A competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes.”.

6. PRESCRIÇÃO

6.1. Prescrição da Pretensão Punitiva do CADE

O art. 46⁵⁰ da Lei n.º 12.529/11 estabelece o prazo prescricional de cinco anos para que o CADE exerça sua pretensão punitiva. Esse prazo prescricional quinquenal é aplicado às infrações anticompetitivas administrativas em geral. Para os casos de cartel, cominado como crime na Lei n.º 8.137/90 (art. 4º⁵¹), a lei estabelece exceção que acarreta a aplicação de prazo prescricional específico e mais longo, “previsto na lei penal” (art. 46, §4º). No caso, a prescrição da pretensão punitiva para cartel ocorre em 12 anos, já que a pena máxima é superior a quatro anos, mas não excede oito (art. 109, inciso III, do Código Penal)⁵².

Em todas as hipóteses, a contagem do prazo inicia a partir da data em que o ilícito ocorreu ou, nos casos de infração continuada, na data em que a conduta cessar (art. 46, *caput*)⁵³.

Nos casos de cartel, o CADE tem posicionamento sedimentado de aplicação incondicionada do prazo de doze anos para prescrição, sendo que a “*tipificação penal da conduta sob investigação nesta esfera administrativa [...] é o único requisito*”⁵⁴ para aplicação do referido prazo, não sendo exigida ação penal. Mas o CADE também já teve voto, embora vencido, destacando que o prazo prescricional da ação penal é utilizado em

⁵⁰ Lei n.º 12.529/11: “Art. 46. Prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito. § 1º Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica mencionada no caput deste artigo, bem como a notificação ou a intimação da investigada. § 2º Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou do acordo em controle de concentrações. § 3º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso. § 4º Quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal.”.

⁵¹ Lei n.º 8.137/90: “Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; [...] II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. [...]”.

⁵² Código Penal: “Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze; II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze; III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito; IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro; V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.”.

⁵³ Lei n.º 12.529/11: “Art. 46. Prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito.”.

⁵⁴ Processo Administrativo 08700.004617/2013-41, Rel. Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em 10/07/2019, DOU 16/07/2019, p. 36.

processos administrativos apenas em “*caso haja ou possa existir alguma ação penal no caso em concreto*”⁵⁵. Também já teve voto, igualmente vencido, de que caso o procedimento administrativo seja anterior à denúncia criminal, não será aplicado a extensão para o prazo prescricional criminal⁵⁶.

O CADE tem seguido a regra geral de prazo prescricional quinquenal ao analisar infrações administrativas assemelhadas a cartel, porém não tipificadas como crime. Nesse sentido, por exemplo troca de informações sensíveis entre concorrentes⁵⁷ e influência à conduta uniforme⁵⁸.

Quando a infração econômica também constituir crime, o STJ tem decisões pela aplicabilidade genérica do art. 1º, *caput* e §2º da Lei 9.873/99⁵⁹, que também estabelece a prescrição quinquenal e prevê a aplicação do prazo prescricional da lei penal para a pretensão punitiva da Administração quando a infração também seja crime; desta forma, a regra contida na Lei 9.873/99 também se aplicaria à prescrição de infrações à ordem econômica⁶⁰. Decisão recente do STJ também determinou que a existência de apuração criminal da conduta para fins da aplicação do prazo prescricional penal não é necessária, sob o fundamento da autonomia e independência das instâncias administrativa e penal⁶¹.

Ainda no tocante ao uso do prazo prescricional criminal, o STJ também já decidiu pela não extensão automática, e entendeu que será aplicado às investigações de infrações administrativas somente se “*os fatos também forem apurados em ação penal*”⁶². Em outra decisão, avaliou que a presença de indícios de prática de crime sem apuração ou formulação de denúncia impede que a conduta seja analisada utilizando-se a prescrição penal⁶³.

⁵⁵ Processo Administrativo nº 08012.003760/2003-01, Rel. Conselheiro Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em 31/01/2007, DOU 02/02/2007, p. 49.

⁵⁶ Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31, Rel. Conselheira Relatora Paula Azevedo, julgado em 10/07/2018, DOU 14/08/2018, p. 78

⁵⁷ Processo Administrativo 08012.001395/2011-00, Rel. Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em 30/01/2019, DOU 05/02/2019, p. 24.

⁵⁸ Processo Administrativo 08700.008695/2016-68, Rel. Conselheira Paula Azevedo, julgado em 23/05/2018, DOU 30/05/2018, p. 61.

⁵⁹ Lei 9.873/99: “*Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. § 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso. § 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal.*”.

⁶⁰ STJ, MS 15.036/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 10/11/2010, DJe 22/11/2010 e STJ, REsp 1569655/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 30/06/2017

⁶¹ STJ, MS 20.857/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 22/05/2019, DJ 12/06/2019.

⁶² STJ, 1ª Seção, MS 15.462/DF, Rel. Min. Humberto Martins, julg. em 14/03/2011

⁶³ STJ, RMS 14.420/RS, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 15/08/2002, DJ 30/09/2002, p. 291.

O STF, por sua vez, proferiu entendimento no sentido de que “*se o fato, além de ilícito administrativo, também configura crime, a prescrição administrativa acompanha a criminal*”⁶⁴.

A extensão do prazo prescricional de forma automática ou condicionada à persecução penal concreta é tema cuja pacificação pelo Poder Judiciário é de fundamental relevância.

6.2. Prescrição Intercorrente

A Lei n.º 12.529/11 também prevê a aplicação de prescrição intercorrente em procedimentos administrativos do CADE. O §3º do art. 46⁶⁵ determina que incidirá prescrição em procedimento paralisado por mais de três anos, o qual será arquivado de ofício ou mediante requerimento. A paralisação será certificada caso nenhum ato com objetivo de apurar a infração (*i.e.*, ato que não seja meramente burocrático e sem finalidade investigativa) seja praticado no referido prazo.

Em relação à prescrição intercorrente, existe certa controvérsia nas decisões do CADE sobre quais seriam os atos (*e.g.*, ofícios pedindo informações) capazes de suspender a contagem do prazo, tendo havido certa evolução de posicionamentos recentemente. A avaliação do que seriam atos aptos a apurarem a infração tem sido feita pela própria autoridade, que reputa irrelevante se o ato foi produtivo ou infrutífero, bastando que tenha intuito de apuração⁶⁶.

7. PROVA

7.1. Produção de Provas

Em diversas ações anulatórias, um dos principais argumentos apresentados reside justamente na ausência de demonstração da infração à ordem econômica. Isto pode ocorrer quando, por exemplo, o CADE deixa de realizar análise profunda e detida do mercado relevante investigado ou quando a Autoridade não verifica ou expõe evidências suficientes da conduta nos autos (seja de prática colusiva, discriminatória, de fechamento de mercado ou outra qualquer).

Diante dessa controvérsia, a Autarquia tende a requerer o julgamento antecipado da lide, defendendo que as provas já foram produzidas na esfera administrativa e que são suficientes para embasar a condenação. O jurisdicionado, por outro lado, precisa se valer da produção de prova no âmbito da ação anulatória, caso queira discutir a ausência de potencialidade lesiva, a detenção ou não de posição dominante, alguma especificidade do

⁶⁴ STF, AgReg em MS 34.349/ES, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 10/11/2016. DJE 24/11/2016.

⁶⁵ Lei n.º 12.529/11: “Art. 46. § 3º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.”.

⁶⁶ Processo Administrativo 08012.006685/2004-11, Rel. Conselheiro Gilvandro Araujo, julgado em 02/09/2015, DOU 09/09/2015, P. 14

mercado relevante que não tenha sido levada em consideração nos autos do processo administrativo ou, ainda, qualquer outro fato que possa influenciar na conclusão a respeito da configuração ou ausência de uma infração à ordem econômica. É também possível que a parte pretenda discutir questões técnicas (de caráter econômico-financeiro ou outras) que possam, de alguma forma, infirmar as conclusões adotadas pelo CADE.

Por se tratar de ato administrativo, a decisão do CADE detém presunção de legitimidade e veracidade. Trata-se, no entanto, de presunção relativa, que pode ser desconstituída mediante “*provas robustas e incontestáveis da ilegalidade do ato, de ônus da autora.*”⁶⁷

Em atenção à disposição contida no art. 369⁶⁸ do Código de Processo Civil, o deferimento da produção de prova é indispensável em ações anulatórias ajuizadas contra o CADE para que a parte autora possa comprovar as suas alegações e, se o caso, afastar a presunção de legitimidade que recai sobre o ato.

Ao analisar a questão, o TRF 3 já se pronunciou no sentido de que cabe assegurar “*ampla dilação probatória nos autos originários, com a determinação de produção de prova oral e, de ofício, de prova pericial para, primeiramente, apurar a participação, ou não, das agravantes na formação de cartel, e, conforme o caso, para reavaliar os valores das multas.*”⁶⁹

Além da prova pericial, cabem também a produção de prova testemunhal e outros meios de prova admitidos pelo ordenamento jurídico para que a parte possa comprovar as suas alegações. Nos termos de acórdão do TRF 1, a oitiva das testemunhas deve ser deferida em observância aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.⁷⁰

7.2. Prova Econômica

As Partes podem solicitar ao Poder Judiciário a realização de perícias no bojo de ações anulatórias propostas contra decisões do CADE. Nessa esfera, cabe produção de provas econômicas com apresentação de dados e fatos que elucidem questões que não foram comprovadas, de forma evidente, no processo administrativo condenatório do CADE. Esta pode se estabelecer pela ausência da análise de posição dominante, que pode ser reavaliada por análise adequada do mercado relevante e das estimativas de participação e concentração de mercado e, em especial, das condições concorrenciais existentes.

A posição dominante é configurada quando o agente é capaz de alterar unilateralmente as condições de mercado, de forma independente e indiferente a de seus concorrentes, clientes e fornecedores. Essa alteração normalmente se traduz por aumentos de preços no mercado. A empresa precisa deter poder de mercado para que possa, ainda que

⁶⁷ TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL AC 8124020024013902 PA 0000812-40.2002.4.01.3902 (TRF-1); DOJ 29/11/2013.

⁶⁸ Código de Processo Civil: “*Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.*”

⁶⁹ TRF 3 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0005091-90.2016.4.03.0000/SP

⁷⁰ AG 0007680-32.2004.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA, OITAVA TURMA, DJ p.146 de 20/07/2007.

potencialmente, influenciar unilateralmente a concorrência, à vista da estrutura do mercado em que atua.

A Lei nº 12.529/11 contém presunção simples, que admite prova em contrário, de que o domínio de 20% do mercado seria capaz de gerar posição dominante (art. 36, §2)⁷¹. Mas o próprio texto legal reconhece que a análise concreta dos mercados afetados deve ser efetuada, ao estabelecer que tal percentual pode ser “*alterado pelo CADE para setores específicos da economia*”. Tal prescrição importa reconhecimento que a participação de mercado é senão um dos elementos que deverá ser considerado na análise antitruste. Tais fatos nem sempre estão evidenciados nas decisões do CADE, o que torna a produção de prova econômica sobre a posição dominante das empresas em ações anulatórias requisito fundamental.

A investigação de condutas anticoncorrenciais requer avaliação detida tanto da existência de justificativas econômicas da conduta ou de suas eficiências quanto dos possíveis danos e efeitos anticompetitivos ao mercado.

Para investigações por formação de cartel, questões econômicas podem ser menos demandantes, já que se trata de condutas coletivas cujo propósito é anticompetitivo: seu objeto é justamente a restrição da competição. A principal dificuldade para a Autoridade pública será demonstrar, com provas robustas, a ocorrência dos fatos constitutivos do acordo de cartel, algo que não é normalmente simples dada a natureza secreta da violação. Mas ainda assim, o CADE deve apresentar análise econômica coerente com os fatos e com a realidade do mercado, e amparada em fundamentação econômica robusta.

Mas há ainda diversas outras condutas, como cláusulas de exclusividade, políticas de desconto, venda casada, dentre tantas outras, que podem possuir racional econômico legítimo e resultar inclusive em ganhos de eficiência, razão pela qual não se pode presumir que sejam sempre potencialmente anticompetitivas. Tais condutas se convertem em ilícitas quando sejam abusivas, razão por que é necessário comprovar que a conduta investigada afetou o mercado, bem como que tenha trazido efeitos negativos ao âmbito concorrencial (seja fechamento de mercado para concorrentes, exclusão de rivais, aumento de preços ou qualquer outro condizente com a conduta questionada). Para essas práticas, além de provas sobre os fatos em discussão, deverá haver aprofundamento significativo das provas econômicas.

7.3. Ônus da Prova

A Lei nº 12.529/11 estabelece que são ilícitas, independente de culpa, quaisquer condutas que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer

⁷¹ Lei nº 12.529/11: “Art. 36. § 2º *Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.*”.

de forma abusiva posição dominante (art. 36, *caput*, incisos I até IV)⁷²⁻⁷³. A lista que no art. 36, §3º,⁷⁴ da Lei nº 12.529/11 é reconhecidamente exemplificativa; quaisquer condutas (inclusive não listadas) podem ser consideradas infrações da ordem econômica na medida em que tenham potencialidade de produzir os efeitos negativos previstos no *caput* do mesmo dispositivo, que é o elemento definidor da ilicitude.

A Lei 12.529/11 dispõe ainda como suficiente para comprovação da infração que esta conduta seja potencialmente lesiva ao mercado, ainda que os seus efeitos não tenham de fato sido produzidos. Mesmo que para caracterizar infração à ordem econômica basta que a conduta tenha a aptidão de produzir efeitos negativos sobre o mercado, não se dispensa a prova de tal potencialidade danosa. As decisões administrativas do CADE não podem se basear em inferências, mas devem estar fundamentadas em prova concreta dos fatos sob investigação, e robustos argumentos e estudos econômicos que demonstrem os danos da prática (ainda que na forma de potencialidade danosa) e o nexo de causalidade entre a conduta investigada e a ofensa aos fundamentos da ordem econômica e corroborem os danos ou risco de danos ao mercado.

Consequências devem ser demonstradas, portanto, por meio de provas, inclusive econômicas, assim como o nexo causal entre a prática considerada anticompetitiva e o dano, inclusive potencial. Como se trata de processo administrativo sancionador, o ônus probatório desses aspectos deve ser alocado ao CADE. Tais preocupações se tornam ainda mais relevantes visto que, em grande parte dos casos, a análise da conduta pela Autoridade ocorre em período significativamente posterior ao encerramento da conduta, permitindo tendo tempo hábil para avaliar o real efeito no setor.

A prática do CADE tem segmentado a análise das infrações da ordem econômica entre aquelas cujo *objeto* é prejudicial à concorrência -- analisadas muitas vezes segundo o conceito norte-americano de ilicitude *per se* --, e aquelas em que a concorrência é prejudicada como *efeito colateral* de prática cujo objeto era legítimo -- analisadas muitas vezes segundo o conceito norte-americano da *regra da razão*.

No que tange às condutas colusivas, mais conhecidas como cartéis, o CADE tem aplicado o tratamento *per se* ou de ilícito pelo objeto, que se aproxima de presunção absoluta, requerendo somente demonstração do acordo entre concorrentes. Para todas as demais infrações, prevalece na prática do CADE o tratamento pela *regra da razão* ou de ilícito pelos efeitos, de forma que para ser considerada ilícita é necessário demonstrar, concretamente, não

⁷² Lei nº 12.529/11: “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

⁷³ Ainda que o art. 36, *caput*, seja explícito em estabelecer a responsabilidade objetiva por infrações da ordem econômica, importante lembrar que o sancionamento dos administradores da pessoa jurídica que tenham sido direta ou indiretamente responsáveis pela infração, o art. 37, *caput*, inc. III, da Lei 12.529/11 exige comprovação de culpa ou dolo da pessoa física: “Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: [...] III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do *caput* deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do *caput* deste artigo.”

⁷⁴ Lei nº 12.529/11: “Art. 36. § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:”

apenas a ocorrência da prática, mas também sua potencialidade de danos ao mercado. Todavia, o CADE já definiu presunções ou inversões de ônus da prova para condutas específicas a serem analisadas sob a regra da razão, como na conduta de fixação de preços de revenda, o que torna mais fluida a aplicação dessas diferentes abordagens de análise.

Essa discussão é ainda tema de controvérsia. A definição de quais condutas seriam analisadas sob padrões mais restritivos do tratamento *per se* (ou de ilícito pelo objeto) não é objetiva nem está prevista no direito positivo, e equivale, na prática, à criação de presunções não estabelecidas na lei ou à inversão de ônus probatório na investigação administrativa. Também há que se avaliar os limites e condições para que o CADE determine, *sponte sua*, inversões de ônus da prova ou modulações de análises sob a regra da razão para fins de avaliação dos ilícitos pelos efeitos. A compatibilidade da prática administrativa do CADE ante o ordenamento jurídico pátrio, na sua interpretação sistêmica, deverá ser avaliada em detalhes pelo Poder Judiciário.

8. DOSIMETRIA DA PENA

A pena aplicada às infrações concorrenciais deve seguir os critérios previstos na Lei nº 12.529/11. O principal fator a ser considerado é a multa, cujo cálculo deve obedecer ao dispositivo do art. 37⁷⁵ dessa lei, mas o seu art. 38⁷⁶ determina que diversas outras penalidades

⁷⁵ Lei nº 12.529/11: “rt. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais); III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo. § 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro. § 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.”

⁷⁶ Lei nº 12.529/11: “Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas; II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos; III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de

podem ser somadas à multa, sendo elas frequentemente aplicadas pelo CADE. Em qualquer desses casos, deve-se obedecer ao art. 45⁷⁷, que define os parâmetros de proporcionalidade da condenação, elementos que podem interferir significativamente na quantificação da multa, que deve ser aplicada de modo proporcional aos participantes do ilícito.

Ao contrário das demais penas relacionadas nos incisos e alíneas do art. 38, cuja aplicação é eminentemente binária: aplica-se ou não cada uma das restrições aos direitos; a pena de multa admite grandes variações de valor. O art. 37 fixa o faturamento bruto da empresa como base de cálculo para a multa, funcionando como critério objetivo, mas os incisos do art. 45 agregam subjetividade ao processo de fixação do valor a ser pago⁷⁸.

Dentre todos esses critérios, expostos nos dispositivos de lei citados, um parâmetro merece destaque por seu alto impacto no valor final da multa: “a vantagem auferida pelo infrator”. Ela interfere tanto na base de cálculo da multa como nos critérios de proporcionalidade. De um lado, o inciso I do art. 37 determina que a multa aplicada à empresa infratora “nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”; de outro, o inciso III determina que a mesma “vantagem auferida ou pretendida pelo infrator” deve ser usada como critério majorante ou minorante da pena como um todo.

O cálculo econômico desta vantagem, que pode ser traduzida de modo leigo como o “ganho” do infrator, pode ser importante na dosimetria adequada da pena, sempre que tal estimação for possível de ser realizada. Conforme analisado em item anterior, a prova econômica da infração é parte essencial da prova como um todo, que deve ser analisada em conjunto com a prova material para determinar se determinada infração concorrencial realmente ocorreu. A prova econômica pode ser utilizada também para estimar o cenário econômico competitivo que existiria na ausência da infração (chamado cenário contrafactual), calculando todos os ganhos e perdas que os agentes econômicos teriam, sendo eles participantes ou não da infração, vítimas ou coautores. O desenho do cenário contrafactual permite fazer os devidos cálculos de dano para que, posteriormente, possa ser aplicada a dosimetria.

Importante ressaltar que há grande discrepância entre a “vantagem auferida pelo infrator” e “os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado”. Embora ambos sejam conceitos trazidos por incisos diferentes do mesmo art. 45 da Lei nº 12.529/11 (III e VI, respectivamente), possuem definições antagônicas. Nem todo o prejuízo gerado ao mercado é transferido como ganho para o infrator, mas este é sempre fração do primeiro. As sanções administrativas devem ter o condão de desincentivar a infração, tornando-a economicamente não rentável aos agentes de mercado, enquanto os prejuízos gerados ao mercado devem ser reparados, o que se consegue isso por meio das ações de reparação por dano concorrencial.

pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.”.

⁷⁷ Lei nº 12.529/11: “Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; e VIII - a reincidência.”.

⁷⁸ O CADE tenta reduzir a subjetividade por meio dos seus guias e obediência à jurisprudência que estabelece parâmetros mais objetivos aos critérios subjetivos, mas a lei ainda mantém o poder vinculante originário e permite decisões subjetivas.

Instrução probatória bem conduzida pelo CADE auxiliará no cálculo da multa quando o caso chegue para julgamento definitivo pelo Tribunal Administrativo do CADE. Tais providências de instrução passam por coletar dados apropriados de faturamento dos investigados, bem como, se for decidido pela viabilidade de efetuar o cálculo da vantagem auferida, conduzir tais estimativas sob as regras do contraditório. Tais procedimentos, todos de instrução, devem ser conduzidos assegurando-se aos investigados ampla defesa, com a possibilidade de controverter sobre todos os aspectos relevantes da instrução, que serão fundamentais na adjudicação final do caso.

Portanto, a dosimetria das penas aplicadas pelo CADE deve sempre se pautar pelos critérios de legalidade estabelecidos na Lei nº 12.529/11, para que seja atendida a proporcionalidade e a razoabilidade exigidas não apenas entre os infratores, mas também da infração para com os seus efeitos. É essencial que tenha sido realizado estudo econômico do mercado afetado pela infração investigada, e que todas as atividades de instrução e estimativas econômicas sejam conduzidas sob contraditório pleno, assegurando-se aos investigados ampla defesa.

9. GARANTIAS E SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO

A Lei nº 12.529/11 dispõe, em seu art. 93⁷⁹, que as decisões do CADE constituem título executivo extrajudicial, de forma que o cumprimento das obrigações nela constante pode ser pleiteado em juízo mediante ação de execução. O art. 94⁸⁰, por sua vez, determina que os valores eventualmente impostos a título de multa poderão ser cobrados mediante execução fiscal, aplicando-se o procedimento da Lei nº 6.830/80.

Diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a decisão do CADE está sujeita ao controle judicial. Caso o administrado queira ajuizar ação questionando decisão condenatória do CADE, será necessário apresentar garantia em juízo para suspender a exigibilidade dos valores de multa; nos casos em que a condenação contemple também obrigação de fazer, o juiz deverá fixar caução idônea (art. 98, *caput* e § 1º,⁸¹ Lei nº 12.529/11).

Essas disposições não fogem da praxe jurídica para suspensão de exigibilidade de valores impostos por multa ou inscritos em dívida ativa (*e.g.*, execuções fiscais tributárias). Não obstante, a legislação concorrencial apresenta algumas especificidades importantes que merecem destaque.

Embora o art. 98, § 3º⁸² da Lei nº 12.529/11 determine que o depósito de garantia não suspende a incidência de juros de mora e atualização monetária, nos termos da Súmula

⁷⁹ Lei nº 12.529/11: “Art. 93. A decisão do Plenário do Tribunal, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial”.

⁸⁰ Lei nº 12.529/11: “Art. 94. A execução que tenha por objeto exclusivamente a cobrança de multa pecuniária será feita de acordo com o disposto na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980”.

⁸¹ Lei nº 12.529/11: “Art. 98. O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise à desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, para que se garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias. § 1º Para garantir o cumprimento das obrigações de fazer, deverá o juiz fixar caução idônea.”.

⁸² Lei nº 12.529/11: “Art. 98. § 3º O depósito em dinheiro não suspenderá a incidência de juros de mora e atualização monetária, podendo o Cade, na hipótese do § 2º deste artigo, promover a execução para

STJ 179, a responsabilidade da parte depositante cessa na data do depósito, cabendo ao banco gestor do depósito proceder à devida correção monetária.⁸³

Além disso, o art. 99⁸⁴ da Lei nº 12.529/11 possibilita que o Juízo, em razão da gravidade da infração à ordem econômica e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, determine a execução imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo, ainda que a garantia do juízo tenha sido fornecida.

Por fim, o §2º do art. 98⁸⁵ estabelece que, revogada a liminar que suspendeu o Processo Administrativo, “o depósito do valor da multa converter-se-á em renda do Fundo de Defesa de Direitos Difusos.”. Referido fundo está previsto no art. 13⁸⁶ da Lei nº 7.347/85, tendo como finalidade a reparação de danos causados aos interesses difusos e coletivos.

Embora exista certa controvérsia na jurisprudência a respeito da modalidade de garantia a ser prestada, a legislação não faz qualquer exigência sobre qual bem deverá ser ofertado pela parte que pretende discutir a decisão administrativa do CADE perante o Poder Judiciário. Como mencionado acima, a única exigência legal é que a parte garanta integralmente o juízo, não havendo óbice em relação ao oferecimento de outros tipos de caução.

Alguns julgados adotaram o entendimento de que a exigibilidade da multa administrativa do CADE somente poderia ser suspensa por meio do depósito integral do débito, em pecúnia, ou mediante o oferecimento de fiança bancária, nos moldes da Portaria PFN n. 437/2011.⁸⁷ Em outra oportunidade, o entendimento foi no sentido de rejeitar o oferecimento de marca da empresa e de imóvel, haja vista que referidos bens não gozariam de liquidez imediata, foi consignado que “a garantia do juízo deve ser feita por meio de depósito em dinheiro, fiança bancária ou, ainda, excepcionalmente, por outra caução idônea que goze de liquidez suficiente a assegurar o cumprimento da obrigação imposta”.⁸⁸

cobrança da diferença entre o valor revertido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos e o valor da multa atualizado, com os acréscimos legais, como se sua exigibilidade do crédito jamais tivesse sido suspensa.”.

⁸³ STJ, Súmula 179: “O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos.”

⁸⁴ Lei nº 12.529/11: “Art. 99. Em razão da gravidade da infração da ordem econômica, e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o Juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo.”.

⁸⁵ Lei nº 12.529/11: “Art. 98. § 2º Revogada a liminar, o depósito do valor da multa converter-se-á em renda do Fundo de Defesa de Direitos Difusos.”.

⁸⁶ Lei nº 7.347/85: “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. § 1o. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. § 2o Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1o desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.”.

⁸⁷ TRF2, AI n. 00049690720164020000, Des. Rel. Salete Macalóz, Sexta Turma, DJE 09/09/2016.

⁸⁸ TRF1, AI n. AGRAVO 0027188-75.2015.4.01.0000, Des. Rel. Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, e-DJF1 24/09/2015.

Contudo, os Tribunais já se posicionaram no sentido de que a garantia pode “*ser prestada por variadas formas e não necessariamente por depósito de dinheiro.*”⁸⁹ Por meio de decisão monocrática, o Ministro Luiz Fux, inclusive, já consignou que não há necessidade de depósito em dinheiro para viabilizar a suspensão da decisão do CADE, bastando que a parte apresente uma garantia idônea.⁹⁰ O Tribunal Regional Federal da 4ª Região admitiu o oferecimento de seguro garantia, asseverando tratar-se de garantia presumidamente idônea.⁹¹ A quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região também já se pronunciou no sentido de que não há previsão legal que estabeleça que a garantia deve ser apresentada em dinheiro, mas que corresponda ao valor da multa imposta e que tenha efetiva liquidez, o que é efetivo no caso da oferta de imóvel.⁹²

Por meio do Enunciado n. 25⁹³, o Fórum Nacional da Concorrência e Regulação – FONACRE, realizado pela Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, tentou pacificar o tema, tendo adotado o seguinte entendimento:

Podem ser aceitos como garantia ao pedido de tutela de urgência, visando à suspensão dos efeitos da decisão administrativa do CADE, o depósito judicial, a fiança bancária, o seguro-garantia, bens móveis ou imóveis, ou, ainda, qualquer caução idônea, livre e desembaraçada e em valor suficiente para assegurar o pagamento integral da multa. (Lei n.12.529/2011, art.98).

Além disso, ressalta-se que, o § 2º do art. 835⁹⁴ do Código de Processo Civil, embora tratando de penhora, determina que “equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento”.

CONCLUSÃO

O principal objetivo do trabalho é fomentar o debate e instigar o interesse dos leitores para o estudo mais aprofundado dos temas de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência afeitos à Justiça Federal.

O texto é resultado colaborativo do trabalho de todos os autores. Inicialmente divididos em grupos menores, cada grupo responsável pela redação de tema determinado, os capítulos resultantes foram revistos por outro grupo, e a redação consolidada no trabalho completo. A versão integral do texto foi então circulada para todos os autores, e recebeu comentários e sugestões colaborativas de todo o conjunto de autores nos diversos temas. As

⁸⁹ TRF3, APELREEX n. 00004035720044036127, Rel. Juiz Federal Convocado Claudio Santo, Terceira Turma, DJU 16/04/2008.

⁹⁰ STJ, MC n. 13.690 – DF. Decisão Monocrática. Ministro Luis Fux, 01/02/2008.

⁹¹ TRF 4, Agravo de Instrumento n. 5045711-66.2015.4.04.0000/PR, 3ª Turma, Desembargador Relator: Fernando Quadros da Silva, j. em 16/03/2016.

⁹² TRF1 - AG 0068189-16.2010.4.01.0000 - Quinta Turma - Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA - DJe: 25/02/2011.

⁹³ Disponível em: <https://www.ajuferg.br/fonacre/enunciados-fonacre>.

⁹⁴ Código de Processo Civil: “Art. 835. § 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.”.

contribuições foram consolidadas pelos coordenadores para compor a versão final, que também foi circulada para todos os autores.

Os debates e discussões dos autores em torno de diversos temas durante a produção do texto demonstram o sucesso da iniciativa. A proposta de trazer as informações essenciais considerando o entendimento predominante acerca de cada tema exigiu discussões e pesquisas relevantes por parte dos autores, cuja síntese é apresentada agora ao público interessado. Espera-se impulsionar a discussão sobre o assunto, para a continuidade e aprofundamento das pesquisas.

A natureza panorâmica do trabalho não permite conclusões específicas sobre cada tema tratado. Porém o desenrolar dos debates entre os autores foi capaz de apontar alguns elementos que se pode considerar como as conclusões desse esforço de pesquisa: (i) complementariedade entre persecução pública (*public enforcement*) e persecução privada (*private enforcement*): acredita-se que a atuação conjunta de ambas, em harmonia, é importante e mesmo necessária para garantir uma efetiva repressão e dissuasão dos agentes econômicos à prática de condutas anticompetitivas; e (ii) importância do diálogo constante com membros do Poder Judiciário, Ministério Público, Advocacia-Geral da União, CADE e sociedade civil acerca dos temas tratados neste trabalho, para cujo estabelecimento e manutenção o IBRC (especialmente seu Comitê de Contencioso e Arbitragem), ficarão honrados em contribuir.

O texto foi fechando no início de 2023, e considera a legislação e precedentes existentes até então. Certamente haverá desdobramentos em diversos dos temas tratados neste trabalho: inovações legislativas, confirmação ou inflexão de precedentes, novos temas para discussão, dentre outros, asseguram que é importante a continuidade das pesquisas e debates. As ações anulatórias de decisões proferidas pelo CADE ou que, de alguma forma, pleiteiem a revisão dessas decisões, seguirão tema de alta relevância para o Direito da Concorrência, e os tópicos afeitos à atuação da Justiça Federal que se desdobram dessas ações continuarão objeto de debate e evolução. Este trabalho espera ser, modestamente, apenas um dos passos para impulsionar esse debate.