

BRUNO CORRÊA BURINI

**PROCESSO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DE CONDUTA
ANTICONCORRENCIAL:
PERSPECTIVA INSTRUMENTALISTA**

Orientador: Professor FLÁVIO LUIZ YARSHELL

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito
São Paulo – 2010

Resumo

A presente tese propôs-se a examinar a possibilidade de se transportar a teoria instrumentalista ao processo administrativo de apuração de condutas perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Foram cotejadas premissas estruturais e de técnicas processuais, de modo a examinar se o processo administrativo de apuração de condutas anticoncorrenciais é hábil para a consecução do escopo magno de pacificação com justiça, valendo-se ainda de técnicas processuais adequadas para o alcance daqueles escopos sociais, políticos e jurídicos estabelecidos como premissa de raciocínio. O trabalho faz uma análise da história do pensamento antitruste estrangeiro e no Brasil para a definição do escopo do direito antitruste no Brasil, expõe o conceito de função administrativa judicante (quase jurisdicional) exercida pelo CADE, concebida a partir da ausência de rigidez da concepção tripartite das funções-poderes-atividades do Estado. Debate-se a natureza do órgão, sua concepção no desenho institucional do Estado e a influência da política e da discricionariedade administrativa sobre a sua atividade. No âmbito dos axiomas processuais, são analisados ao longo do texto os preceitos democráticos, o conceito de processo e sua definição em um modelo processual constitucional. A Teoria Geral do Processo também fornece relevante disciplina metodológica aplicável a todo e qualquer *processo*, dentre eles, o administrativo-concorrencial, cuja natureza também é examinada. Propôs-se então a análise crítica do processo administrativo concorrencial por meio de seus escopos e respectivas técnicas de atuação, a partir da estrutura fornecida pelo pensamento instrumentalista do processo de Dinamarca. O escopo social é examinado à luz das técnicas relacionadas com a imunização, a idoneidade estrutural, a imparcialidade (sob a ótica do princípio da demanda, do princípio dispositivo, do exame da nomeação, mandato e quarentena dos julgadores) e a finalidade educativa. Os escopos políticos são cotejados com as concepções de poder e liberdade (constitucionalização e devido processo legal), participação democrática (como acesso à ordem jurídica justa de representantes, terceiros interessados), direito à informação e publicidade de atos. Por fim, o escopo jurídico do processo é examinado sob a ótica da atuação prática da vontade jurídica preexistente mediante técnicas incidentes sobre os temas do conflito entre correntes unitárias e dualistas do direito, da busca da verdade possível e sua relação com o ideal de pacificação trazido com a solução definitiva e célere de controvérsias por técnicas de imutabilidade e de aceleração de julgamentos, da segurança jurídica outorgada pelas formas, do direito à prova e os meios inerentes ao seu exercício, do duplo grau e da uniformização de decisões. Conclui-se pela identificação de pontos sensíveis em que o processo administrativo não atinge satisfatoriamente os escopos do processo, mas que o sistema caminha em direção da legitimação de sua atividade.

Riassunto

Questa tesi propone l'esame dell'applicazione della teoria strumentale all'istruttoria nel Sistema Brasiliano di Difesa della Concorrenza. Sono stati paragonati aspetti strutturali e tecniche procedurali, al fine di esaminare se l'istruttoria è in grado di raggiungere lo scopo maggiore di *pacificazione con giustizia*, facendo anche l'uso di tecniche procedurale appropriate per raggiungere scopi sociali, politici e giuridici, stabiliti come premessa di ragionamento. Si è fatta l'analisi della storia del diritto antitrust all'estero per definire il campo di applicazione del diritto antitrust in Brasile, si è spiegato il concetto di funzione amministrativa giudicante (quasi giurisdizionale) esercitata dal CADE, progettata dalla mancanza di rigidità del modello tripartito di potere-funzione-attività dello Stato. È stata discussa la natura del CADE, la sua concezione nel disegno istituzionale, l'influenza politica e della discrezionalità amministrativa sull'attività. Con il discorso sugli assiomi procedurali, vengono discussi nel testo i precetti della democrazia, il concetto e la definizione di processo nel suo modello costituzionale. La Teoria Generale prevede anche rilevante metodologia della disciplina applicabile a qualsiasi processo, tra i quali, l'amministrativo-concorrenziale. È stato quindi proposto di rivedere l'istruttoria attraverso gli scopi e le tecniche della loro applicabilità, rispetto alla struttura prevista dalla strumentalità del processo esistente nell'opera di Dinamarco. Lo scopo sociale è esaminato alla luce degli aspetti tecnici dell'immutabilità, dell'integrità strutturale, dell'imparzialità (dal punto di vista del principio della domanda, del principio dispositivo, dell'esame della nomina, del mandato e della quarantena dei giudici) e della finalità educativa. Scopi politici si confrontano con i concetti di potere e libertà (previsione costituzionale e idea di un giusto processo), di partecipazione democratica (raggiungimento dell'acusatore e di terzi al giusto processo), di diritto alla informazione e di pubblicità degli atti. Infine lo scopo giuridico viene esaminato dal punto di vista dell'attuazione concreta della volontà preesistente della legge, per mezzo dello scontro tra le scuole unitaria e dualista della giurisdizione, della ricerca della verità possibile e il suo rapporto con l'ideale di pacificazione che si raggiunge con la soluzione definitiva e veloce alle domande (valendosi di tecniche di immutabilità e di accelerazione della procedura), della sicurezza data dalla forma, del diritto alla prova e ai suoi mezzi, del doppio grado e dell'uniformità delle decisioni. Concludiamo con l'individuazione dei punti critici in cui l'istruttoria non raggiunge soddisfacentemente gli scopi del processo, ma il sistema si sposta verso la legittimazione della sua attività.

Abstract

The present thesis proposes to examine the hypothesis of carrying the instrumentalist theory to the antitrust proceedings before the Brazilian Competition Policy System (SBDC). Structural and procedural technique assumptions were collated in order to examine whether the antitrust proceedings is able to achieve the grand purpose of pacification with justice, availing itself of appropriate procedural techniques to reach those social, political and legal scopes established as premise of reasoning thinking. Throughout the present thesis, the history of the foreign and Brazilian antitrust thought is analyzed to define the scope of the antitrust law in Brazil, and it exams the concept of administrative adjudicate function (almost jurisdictional) exerted by the Brazilian Council for Economic Defense (CADE), conceived from the absence of formality of the tripartite conception of the function-power-activities of the State. The agency nature, its conception in the institutional design of the State and the influence of the politics and the administrative discretionarity on its activity is discussed. In the scope of the procedural axioms, the democratic principles, the concept of process and its definition in a constitutional procedural model are analyzed throughout the text. The General Theory of the Process also supplies relevant methodological disciplines applicable to all and any procedure, amongst them, the administrative-antitrust procedure, whose nature is also examined. Moreover, a critical analysis of the process by means of its scope and by its respective techniques of performance is proposed, from the structure provided by the instrumentalist thought of the process by Professor Candido Rangel Dinamarco. The social scope is examined in the light of the techniques related with the immunization, the structural suitability, the impartiality (considering the principle of the action, the dispositive principle, the examination of the appointment, term and quarantine of the Commissioners) and the educational purpose. The political scopes are discussed taking into account the conceptions of power and freedom (constitutionality and due process of law), democratic participation (as access of interested parties and third parties to the legal system), right to information and publicity of acts. Finally, the legal scope of the process is examined from the perspective of the practical performance of the preexisting law by means of techniques incident on the subjects of the conflict between Unitarian and Dualist doctrines, the pursue of the possible truth and its relation with the ideal of pacification brought with the definitive and fast solution of controversies by techniques of immutability and acceleration of judgments, of legal certainty afforded by the forms, of the right of production of evidence and those inherent instruments, of the right of appeal to a hierarchically superior body and the predictability of decisions. In conclusion, sensitive points are identified where the administrative procedures do not satisfactorily achieve the scope of process, but where the system moves toward the legitimization of its activity.

ÍNDICE

I. Introdução e escopo do trabalho	10
II. Breves considerações sobre a tutela da concorrência	16
II.1. O Direito concorrencial	16
II.2. O Direito concorrencial no Brasil: histórico e legislação	24
II.3. Considerações sobre o escopo central de atuação do direito antitruste no Brasil	27
III. Tutela administrativa e função administrativa judicante	32
III.1. Notas sobre poder, tutela e jurisdição	32
III.2. A tutela administrativa concorrencial	35
III.3. O conceito de <i>autoridade</i>	40
IV. Política e função judicante	57
V. Axiomas processuais	73
V.1 Modelo processual constitucional	74
V.2. Síntese de princípios e garantias constitucionais do processo	76
V.3. O papel da teoria geral do processo	88
V.4. Natureza do processo de apuração de conduta	91
VI. Os escopos do processo administrativo	103
VI.1. Escopo Social	106
VI.1.1. Imunização, preclusão e coisa julgada	106
VI.1.2. Idoneidade do meio pacificador: perspectiva estrutural	116
VI.1.3. Imparcialidade	118
VI.1.4. Imparcialidade e o princípio da demanda	121
VI.1.5. Imparcialidade e o princípio dispositivo	127
VI.1.6. Imparcialidade: indicação, mandato e desligamento	134
VI.1.7. Extensão da imparcialidade: o SBDC	143
VI.1.8. Escopo educativo do processo	144
VI.1.9. A educação pela pena e as decisões condenatórias	147
VI.1.10. A educação construtivista e as formas de composição de interesses	153
VI.2. Escopo Político	158
VI.2.1. A relação entre o exercício do poder e a liberdade/dignidade do indivíduo	159
VI.2.2. A participação	161

VI.2.3. Acesso ao SBDC	166
VI.2.4. Participação e os papéis do representante e dos terceiros	178
VI.2.5. Acesso e abuso	185
VI.2.6. Acesso às informações: publicidade e sigilo	195
VI.3. Escopo Jurídico	202
VI.3.1. Atuação da vontade concreta do direito antitruste	204
VI.3.2. Verdade e paz	208
VI.3.3. Processo e procedimento antitruste	222
VI.3.4. A disciplina da prova (os meios de prova)	230
VI.3.5. Os recursos no processo antitruste	251
VI.3.6. A uniformização das decisões: verdade e segurança	266
VII. Conclusões	274
Bibliografia	283

I. INTRODUÇÃO E ESCOPO DO TRABALHO

O presente trabalho é uma proposta de exame do processo administrativo¹ de apuração de conduta perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, à luz dos preceitos da *instrumentalidade do processo*, numa *aproximação* entre o direito material e processual, tendência antiga, expressa nas linhas gerais do pensamento instrumentalista. Pergunta-se aqui se é possível transportar a teoria instrumentalista ao processo administrativo de apuração de condutas perante o SBDC, partindo de uma comparação metodológica, do cotejo de premissas estruturais e de técnicas processuais. Com isso, pretende-se verificar se o processo administrativo de apuração de condutas anticoncorrenciais seria hábil para a consecução do escopo magno de pacificação com justiça, e dos escopos social, político e jurídico estabelecidos como premissa de raciocínio instrumentalista.

O trabalho explora alguns temas introdutórios de direito econômico, constitucional e administrativo relacionados com o direito concorrencial/antitruste,² em especial o escopo de proteção da concorrência³ por meio da *educação* para a difusão da cultura da concorrência e da *repressão* de ilícitos anticoncorrenciais por meio dos processos administrativos de apuração de conduta.⁴

¹ Dentro do gênero do processo administrativo está a espécie destinada à apuração de condutas anticoncorrenciais. No texto é feita referência também à espécie como *processo administrativo*, sempre dentro de um contexto em que se possa discernir que se trata dela, e não do gênero.

² No texto são utilizados de forma indistinta os termos *concorrencial* e *antitruste*. Algum debate poderia existir sobre a conceituação de ambos, sobre uma maior ou menor amplitude de um ou de outro, ou ainda sobre a rejeição de anglicanismos. A história do termo antitruste remonta os *trustees* americanos e a disciplina do seu combate, que resultou em profunda reação do Congresso americano, na edição do *Sherman Act* (norma de referência, editada em 1890) e representa a tradição centenária americana sobre a matéria. O autor não se opõe a utilização indistinta de conceitos capazes de transmitir bem a idéia.

³ Na atuação antitruste, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE assume a conhecida função administrativa de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, estruturalmente auxiliado pela Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), compondo assim o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, por determinação do art. 19, inc. XIX, da lei n. 9.472/97 (a Lei Geral de Telecomunicações – LGT), exerce competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão às infrações à ordem econômica. É, portanto, responsável pela instrução de processos administrativos. Não se pretende o exame específico da instrução realizada na ANATEL, porém, é importante destacar que se trata de agência reguladora que se imiscui em atividade concorrencial, por determinação que acrescenta agente instrutor estranho ao SBDC e, sob aspecto estritamente processual, não contribui para a simplificação do processo administrativo.

⁴ Ficam excluídas as análises de atos de concentração e de consulta.

Na vertente processual, à luz de escopos específicos, o Estado impõe seu poder por meio de uma autoridade – conceito importado do direito norte americano e ulteriormente do direito francês – que exerce função administrativa judicante e expressa sua capacidade de decidir e impor coercitivamente (ainda que de forma limitada) os seus comandos fora do âmbito jurisdicional.

Na construção de uma decisão voltada à imposição de poder estatal em matéria de infrações contra a ordem econômica perante um órgão não pertencente ao Poder Judiciário, verificam-se aqueles atos concatenados de forma lógica e racional destinados ao fim protetivo pretendido, realizados essencialmente após a formação de uma relação jurídico-processual entre as partes envolvidas e que culminam, ao final, com a declaração administrativa da existência ou não de uma infração e, no primeiro caso, com a imposição e controle da efetividade de medidas destinadas à preservação da concorrência. Trata-se de processo administrativo que inegavelmente se serve de axiomas processuais.

Por meio desse devido processo (CF, art. 5º, inc. LIV) em sede administrativa/repressiva que se faz valer as disposições do art. 170 da Constituição Federal (*valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna, justiça social, observando sempre a propriedade privada, a livre concorrência e a defesa do consumidor*). A atividade de proteção da ordem econômica, em seu flanco repressivo a condutas de caráter abusivo, somente se legitima se o processo de atuação da administração estiver permeado por normas processuais constitucionais e preceitos da teoria geral do processo.

A *aproximação* dos conceitos processuais – analisados usualmente no processo jurisdicional – do processo administrativo em questão tem então a finalidade clara de fortalecimento da atuação administrativa, exaltando sua importância no exercício do Poder Estatal no âmbito da defesa da livre concorrência. Para tanto, são estabelecidas premissas para a análise que se pretende fazer no presente trabalho: a criação de um órgão vinculado ao Poder Executivo de defesa da concorrência, que exerce função judicante (mantida sempre a garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional); a coordenação conceitual de atividades administrativas e jurisdicionais de modo a criar sinergias entre ambas, alcançando-se na medida do possível uma tutela que seja célere, efetiva e que administrativamente *pacifique com justiça* (no sentido instrumentalista do dizer); a evolução significativa do processo jurisdicional brasileiro e a necessidade de se incorporar ao processo administrativo o que há de melhor (e rejeitar lições oriundas de um

imanentismo exacerbado ou de um formalismo injustificado) e a necessidade de equilíbrio entre as garantias processuais e as dinâmicas necessidades do direito material do direito antitruste.

Com esse exercício procura-se também vencer alguma resistência mútua entre ramos do direito que dependem de uma intensa intercomunicação.

Não se pode negar que o processo historicamente sofre uma propensão ao formalismo e isolamento e dista da realidade da vida e da linguagem do homem comum – “o homem comum o ignora, o próprio jurista o desdenha e os profissionais do foro lamentam as suas imperfeições, sem atinar com meios para melhorá-lo”.⁵ O ranço formalista (na concepção pejorativa *liebmaniana*⁶) trazido da história do processo e da exacerbção de sua fase autonomista, tão comumente utilizado pelos operadores do direito em todas as esferas onde o *processo* se faz presente, pouco colabora para a quebra de preconceitos. Esse panorama traz uma falsa impressão de que a ciência processual seria uma *mazela* à solução de processos, destinada apenas à procrastinação e à proteção de interesses ilegítimos, porque materialmente (e supostamente) infundados – em miúdos, um obstáculo à administração da justiça. Trata-se evidentemente de um pensamento de pouco rigor científico: as regras processuais são inerentes aos processos decisórios; não podem ser desprezadas e devem ser cautelosamente examinadas e aperfeiçoadas.

Para combater esse repúdio ao processo, é preciso examinar o estágio atual de desenvolvimento da ciência processual, ratificando estudos anteriores que demonstram a sua intensa preocupação social, econômica, política e, por óbvio, jurídica. Esta é apenas mais uma oportunidade de se expor que *processo* não é um sinônimo de *formalismo*, *procrastinação* ou *injustiça*. Ao contrário, o processo bem entendido e bem aplicado não é “lento”, mas sim um instrumento de imposição de poder, garantista e célere, no limite do democraticamente tolerável e estruturalmente factível, sendo suficiente que este se adapte às necessidades de um direito material dinâmico, complexo, exigente e que requer do processualista atenção em alguns pontos nodais. Alguns desses pontos serão analisados com mais atenção à luz da idéia instrumentalista do processo.

⁵ Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 11.

⁶ “As formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação” (Liebman, *Manual de processo civil*, p. 327-328).

Por sua vez, a atenção ao direito processual em processos administrativos de apuração de conduta é instrumento de fortalecimento e consolidação das decisões administrativas sobre a matéria. A esfera administrativa é uma das instâncias onde a ilegalidade de uma *conduta* (no sentido concorrencial da palavra) poderá ser apreciada. Para oferecer real utilidade à decisão do CADE no âmbito da defesa efetiva da concorrência, é preciso legitimá-la institucional e tecnicamente; torná-la a referência para futuros julgamentos (pela aplicação da cláusula de inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário), um paradigma estabelecido por um órgão com profundo conhecimento sobre a matéria. Em poucas palavras, deve ser incessante a luta para sanar vícios formais e estruturais em processos de apuração de conduta, bem como também incessante a correta perseguição dos escopos processuais antitruste.

Não se propõe uma desatenta jurisdicionalização do processo administrativo. Evidente que a *importação* de conceitos e de experiências é inevitável – mais do que isso, ela é desejada, quando se toma consciência de que “o processo bem estruturado na lei e conduzido racionalmente pelo juiz cômico dos objetivos preestabelecidos é o melhor penhor da segurança dos litigantes (...)” sendo “apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”.⁷ Mas essa importação deve ser sempre atenta, ou ao menos profícua e seletiva: que se importe aquilo que funciona; que os defeitos sejam deixados de lado.

A OCDE afirma que “The BCPS (*Brazilian Competition Policy System*) agencies exhibit a strong institutional dedication to high standards of integrity, autonomy, sound policy, and fair procedure; have an excellent leadership cadre; and enjoy a supportive business community”.⁸ Somos capazes ainda assim de uma autocrítica processual? Aos olhos estrangeiros, merecemos ecômios. Será possível melhorar, fazendo da *procedure* ainda mais *fair*? Seria nosso processo *fair enough*?

Comparato já reconhecia em concepção mais ampla que “não basta reconhecer o mal-estar persistente do mundo jurídico, diante da evolução da sociedade moderna, e o incontestável divórcio entre o direito e a realidade social. Por outro lado,

⁷ Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 329-330.

⁸ OECD, “Competition law and policy in Brazil”, in Policy Brief, 2005 (disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/62/35/35415135.pdf>).

Gracias por visitar este Libro Electrónico

Puedes leer la versión completa de este libro electrónico en diferentes formatos:

- HTML(Gratis / Disponible a todos los usuarios)
- PDF / TXT(Disponible a miembros V.I.P. Los miembros con una membresía básica pueden acceder hasta 5 libros electrónicos en formato PDF/TXT durante el mes.)
- Epub y Mobipocket (Exclusivos para miembros V.I.P.)

Para descargar este libro completo, tan solo seleccione el formato deseado, abajo:

