

---

**O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E  
OS PODERES DOS ÓRGÃOS DO SISTEMA  
BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA:  
ALGUMAS REFLEXÕES**

*José Alexandre Buaiz Neto*

*Leonardo Peres da Rocha e Silva*

*José Alexandre Buaiz Neto, Advogado, Mestre em Direito  
Americano (LL.M.) pela Boston Universidade e  
Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília*

*Leonardo Peres da Rocha e Silva, Advogado, Mestre  
em Direito Econômico Internacional (LL.M.) pela  
Universidade de Warwick, Pós-Graduado pela Fundação  
Getúlio Vargas - Brasília e Bacharel em Direito pelo Centro  
de Ensino Unificado de Brasília – CEUB*





---

**O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E OS PODERES DOS ÓRGÃOS DO  
SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: ALGUMAS REFLEXÕES**  
*José Alexandre Buaziz Neto e Leonardo Peres da Rocha e Silva*

**I. INTRODUÇÃO**

**N**o ano em que o STJ comemora 20 anos de existência cumprem-se 15 anos da promulgação da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 8.884, de 11.06.1994). A Lei n. 8.884/1994 transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia e definiu não só as funções do CADE, órgão julgador, mas também as atribuições da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda, na investigação, prevenção e repressão de infrações da ordem econômica. CADE, SDE e SEAE são os órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Apesar de todos os avanços trazidos pela Lei n. 8.884/1994, a estrutura tripartite criada é muito criticada pela doutrina nacional. Vários concordam que a estrutura englobando três diferentes órgãos é ineficiente, tendo em vista a sobreposição de tarefas. Nesse sentido, o então coordenador da SEAE e agora Conselheiro do CADE, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (2008, 574) merece destaque pela clareza: “Antes de tratar das medidas de advocacia implementadas pelos órgãos de defesa da concorrência brasileiros, é oportuno tecer alguns comentários a respeito da sua estrutura. Como se sabe, a SEAE e a SDE são órgãos de instrução, emitindo apenas pareceres não vinculativos, ao passo que o CADE exerce a função judicante do SBDC, decidindo em última instância administrativa condutas anticompetitivas e atos de concentração. / É consenso entre os órgãos do SBDC que essa estrutura é ineficiente, sobretudo levando em consideração as atribuições semelhantes e/ou sucessivas que a SEAE e a SDE possuem. Então, a otimização de recursos públicos passaria necessariamente por uma alteração das competências dos órgãos de concorrência, a fim de que cada um pudesse concentrar-se nas atividades que são mais pertinentes às suas respectivas peculiaridades, razão que, entre outros motivos, gerou um projeto de lei (PL) alterando o SBDC (...)”

Desde a promulgação da Lei n. 8.884/1994, houve um crescimento substancial no número dos processos julgados pelo CADE, consolidando a defesa da concorrência no Brasil. Em 1996, já sob a égide da Lei n. 8.884/1994<sup>2</sup>, o CADE julgou apenas 162 processos<sup>3</sup>. Em 2008, apenas até o mês de novembro, foram julgados 757 casos<sup>4</sup> pela autarquia. Desde 1996, o CADE julgou 7.362 atos de agentes de mercado, considerando averiguações preliminares, processos administrativos e atos de concentração<sup>5</sup>. Desses, 5.968 foram julgados entre 2000 e novembro de 2008<sup>6</sup>.

Durante esse período de consolidação da defesa da concorrência no Brasil, alguns processos relacionados à aplicação da Lei n. 8.884/1994 foram julgados pelo STJ. Ainda que seja cedo dizer que já existe no STJ uma jurisprudência consolidada sobre importantes institutos e conceitos introduzidos pela Lei n. 8.884/1994, é possível identificar relevantes julgados a respeito dos poderes dos órgãos do SBDC.

Neste artigo, destacaremos os mecanismos contidos na Lei n. 8.884/1994 para a repressão às infrações da ordem econômica, ao mesmo tempo em que analisaremos julgados que revelam o papel fundamental do STJ na uniformização da interpretação da Lei n. 8.884/1994, no que tange (i) aos poderes da SDE e da SEAE na investigação de condutas empresarias potencialmente prejudiciais à concorrência, (ii) ao poder de aplicação de multas e a discussão judicial quanto às penalidades aplicadas; (iii) ao poder do CADE no julgamento das condutas potencialmente lesivas; e (iv) à titularidade do poder de aplicação da Lei n. 8.884/1994.

---

<sup>2</sup> Registre-se que, em 17.12.2008, a Câmara dos Deputados aprovou, em votação simbólica (ou seja, sem necessidade de votação individualizada no plenário da Casa), o Projeto de Lei n. 3.937/2004, que reestrutura o CADE, redefine atribuições e procura dar mais agilidade ao SBDC. O texto ainda seguirá para votação no Senado Federal.

<sup>3</sup> Fonte: Relatório Anual do CADE de 1996.

<sup>4</sup> Fonte: Site do CADE: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?53d354dc23e122380848>.

<sup>5</sup> A Lei n. 8.884/1994 prevê que o CADE pode julgar três tipos de processos para a defesa da concorrência: a averiguação preliminar, o processo administrativo e os atos de concentração, sendo os dois primeiros formas repressivas de controle, e o último uma forma preventiva.

<sup>6</sup> Fontes: Relatórios Anuais do CADE de 1996 a 2000 e site do CADE: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?53d354dc23e122380848>. Acesso em 17.12.2008.



## II. PODERES DA SDE E DA SEAE NA INVESTIGAÇÃO DE CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS

De acordo com a Lei n. 8.884/1994, constituem infrações da ordem econômica, ou condutas anticoncorrenciais, os atos 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; ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante<sup>7</sup>.

Entre as condutas anticoncorrenciais mais comuns estão: a formação de cartéis (acordos entre concorrentes para atingir um dos efeitos acima mencionados); a cobrança de preços predatórios (preços abaixo do custo variável médio, visando a eliminar concorrentes); o acordo de exclusividade; e a venda casada.

Nos termos da Lei n. 8.884/1994, as investigações relacionadas à apuração inicial de ocorrência de infrações da ordem econômica são feitas com a instauração de uma averiguação preliminar<sup>8</sup>. Verificados indícios da existência de infração da ordem econômica, inclusive após a apresentação dos esclarecimentos por parte dos investigados, o Secretário de Direito Econômico instaura processo administrativo<sup>9</sup>. Nesta oportunidade, o investigado pode apresentar sua defesa<sup>10</sup>.

Tanto em averiguação preliminar quanto em processo administrativo, a SDE é dotada de vários poderes de instrução<sup>11</sup>. Dos procedimentos de investigação, também participa a SEAE, muitas vezes com o papel de líder

---

<sup>7</sup> Paula A. Forgioni (2005, pp. 147/149) aponta que o sistema brasileiro é uma evolução em relação aos sistemas estadunidense e europeu: "Já o sistema da lei brasileira é um sistema híbrido, que aproveita o europeu no que tange à caracterização do ilícito pelo objeto ou efeito, mas supera tanto esta tradição quanto aquela norte-americana no que tange à tipificação dos atos. / Tomando como ponto cardeal o objeto ou efeito da prática analisada, o art. 20 da Lei n. 8.884, de 1994, refere-se aos 'atos, sob qualquer forma manifestados', englobando, a um só tempo, os acordos e as concentrações entre empresas, o domínio de mercado e o abuso de posição dominante. / Para que seja considerado contrário à ordem econômica, basta que o ato determine a incidência do art. 20 (...)".

<sup>8</sup> Artigo 30 da Lei n. 8.884/1994.

<sup>9</sup> Artigo 31 da Lei n. 8.884/1994. Vale notar que é possível a instauração de processo administrativo sem prévia averiguação preliminar, quando os indícios de infração da ordem econômica forem suficientes *ab initio*.

<sup>10</sup> Artigo 33 da Lei n. 8.884/1994.

<sup>11</sup> Artigo 4º da Portaria SDE n. 4, de 05.01.2006.

na condução dos procedimentos. Ao final da investigação desenvolvida pela SDE, com o apoio e/ou liderança da SEAE, os autos do processo administrativo ou da averiguação preliminar são encaminhados para o CADE, para confirmação do arquivamento da investigação, quando a conduta ilegal não é configurada, ou para imposição de penas contra o agente tido como infrator da ordem econômica.

Interessante notar que, no julgamento do Recurso Especial n. 677.585-RS<sup>12</sup>, interposto pela Associação Nacional de Transportadores de Veículos, a Primeira Turma do STJ entendeu que “a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE), não inibe a intervenção do Judiciário *in casu*, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário”.

Naquele caso, discutia-se a legalidade do ajuizamento de ação civil pública por parte do Ministério Público Federal antes da conclusão do processo administrativo que já havia sido iniciado perante a SDE, para apuração de cartel no transporte de veículos novos. No julgamento da Primeira Turma do STJ, ficou decidido que “inexiste violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, *in casu*, perante a SDE - Secretaria de Desenvolvimento Econômico (*sic*) do Ministério da Justiça, para investigação e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes.”

Trata-se, sem dúvida, de importante precedente, porque havia e ainda há discussão a respeito da conveniência de o Ministério Público aguardar o término do processo administrativo, para só então, e se for o caso, ajuizar ação civil pública contra empresas suspeitas de condutas anticoncorrenciais. O acórdão da Primeira Turma do STJ, ainda que questionável do ponto de vista de eficiência do sistema de defesa da concorrência como um todo<sup>13</sup>, reforça a legitimidade de integrantes do

<sup>12</sup> Recurso Especial n. 677.585-RS. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 13.12.2005.

<sup>13</sup> Maria Izabel Andrade Lima Cardozo (2005, p. 82) aponta que, apesar de inevitavelmente a decisão do CADE estar sujeita ao crivo do Poder Judiciário, deve-se ter cuidado com as decisões tomadas pelo último. Nesse sentido: “Certamente o que se espera é que a experiência do Judiciário, como órgão vinculante, pacificador de conflitos e intérprete último do Direito, venha a contribuir para o aperfeiçoamento das



Ministério Público no que tange ao ajuizamento de ações civis públicas a despeito da instauração de processos administrativos relacionados à punição de infrações da ordem econômica idênticas.

(i) inspeção na sede de empresas investigadas

Durante a investigação, o Secretário de Direito Econômico ou o Secretário de Acompanhamento Econômico podem autorizar a realização de inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada. A Lei n. 8.884/1994<sup>14</sup> estabelece que esse tipo de investigação só pode ocorrer (i) entre 6 e 18 horas; (ii) mediante despacho fundamentado dos titulares da SDE ou da SEAE; e (iii) mediante notificação prévia de pelo menos 24 horas à empresa investigada.

Preenchidos esses requisitos, de acordo com o que dispõe a Lei n. 8.884/1994, os técnicos da SDE ou da SEAE poderão inspecionar estoques, objetos, “papéis de qualquer natureza”, assim como livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos. A Lei n. 8.884/1994 também prevê a possibilidade de os inspetores extraírem ou requisitarem cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos. SEAE e SDE não têm, portanto, nos termos da Lei n. 8.884/1994, necessidade de aguardar por documentos e esclarecimentos a serem prestados pelos investigados.

A inspeção *in loco* tem clara inspiração na atuação da Direção Geral IV, da Comissão Européia, que desenvolve investigações nas sedes das empresas européias com o apoio das autoridades nacionais de defesa da concorrência. As inspeções em empresas européias ocorrem com base na ordem exarada pela Comissão Européia, que é responsável por indicar o objeto da investigação e o tipo de documento a ser examinado.

Muito embora a Lei n. 8.884/1994 contenha dispositivos que indicam a idéia do legislador de garantir amplos poderes aos órgãos do

---

decisões proferidas pelo CADE, sempre no interesse de se alcançar a solução que melhor satisfaça a finalidade inspiradora da lei. / Para tanto, é evidente que os Juízes deverão se conscientizar de que suas decisões serão capazes de produzir efeitos não somente entre as partes em litígio, como também em relação a terceiros que com eles se relacionem (...) Queremos dizer, em outras palavras, que os Juízes, ao apreciarem questões concorrenciais, devem ao menos buscar entender as conseqüências econômicas e os custos sociais que poderão advir de suas decisões, as quais inevitavelmente tendem a interferir em diversas esferas de interesses, muito além daquelas que deram origem ao litígio.”

<sup>14</sup> Artigo 35, § 2º da Lei n. 8.884/1994.

SBDC visando à repressão efetiva das infrações da ordem econômica, é questionável a possibilidade de inspeção na sede da empresa investigada em “papéis de qualquer natureza”, como prevê a Lei n. 8.884/1994, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 estabelece que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados”<sup>15</sup>. Assim, a inspeção *in loco* deve ocorrer somente com relação àqueles documentos previamente especificados no despacho fundamentado do Secretário de Direito Econômico ou do Secretário de Acompanhamento Econômico, que devem excluir do objeto da inspeção todo e qualquer documento protegido por sigilo.

Note-se, ainda a respeito da inspeção na sede da empresa, que os inspetores não estão autorizados a retirar documentos ou qualquer equipamento da sede da empresa, não só em função dos termos da Lei n. 8.884/1994, que prevê apenas a possibilidade de extração de cópias de documentos, mas principalmente porque a Constituição Federal dispõe que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal<sup>16</sup>.

(ii) busca e apreensão de documentos na sede de empresas investigadas

A Lei n. 8.884/1994<sup>17</sup> também dispõe sobre a possibilidade de os titulares da SEAE e da SDE requererem, ao Poder Judiciário, via Advocacia-Geral da União, a busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física.

No julgamento da Medida Cautelar n. 12.748-SP<sup>18</sup>, a Segunda Turma do STJ enfrentou as peculiaridades de uma busca e apreensão em casos de infrações da ordem econômica, tendo em vista as especificidades da Lei n. 8.884/1994.

<sup>15</sup> Artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988.

<sup>16</sup> Artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988.

<sup>17</sup> Artigo 35-A da Lei n. 8.884/1994.

<sup>18</sup> Medida Cautelar n. 12.748-SP. Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03.05.2007, DJ 17.05.2007. Confira-se a ementa:

“Processo Civil e Administrativo. Medida cautelar. Efeito suspensivo à decisão do TRF da 3ª Região. Dano irreparável. Manutenção do *status quo*. 1. Excepcionalidade da situação pela inexistência de recurso especial pendente. 2. Providências procedimentais não solucionadas na instância *a quo*. 3. Urgência por dano irreparável que enseja a concessão excepcional da cautelar, para manutenção do *status quo*. 4. Busca e apreensão de documentos para instruir processo administrativo do CADE, em combate a cartel, com disciplina específica (Lei n. 8.884/1994). 5. Ilegalidade quanto à decisão que, desprezando a lei específica, firma-se em regra do CPC. 6. Medida liminar concedida.”





Procurando usar os poderes previstos em tal diploma, a SDE realizou uma busca e apreensão nas dependências da empresa Siemens, para apurar formação de cartel no mercado de equipamentos para subestações de distribuição de energia elétrica. Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) entendeu que haviam sido incorretos os procedimentos adotados pela SDE.

No STJ, via referida medida cautelar, foi buscada a concessão de liminar para que fosse dado efeito suspensivo ao acórdão do TJSP, que apontava que a busca e apreensão é uma medida extraordinária, não podendo ser utilizada de forma ampla, nos termos do Código de Processo Civil.

A Segunda Turma do STJ, por maioria, concedeu a liminar requerida, por entender, em exame preliminar, que a Lei n. 8.884/1994 permite a busca e apreensão ampla, conforme realizada pela SDE no caso em tela. De acordo com a Ministra Eliana Calmon, “verifica-se, pelo teor dos diversos artigos da lei mencionada [Lei n. 8.884/1994], especialmente o capítulo que trata da instauração e instrução do procedimento, que são dados à administração amplos poderes no sentido de examinar estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos, sendo de abrangência, dentro de uma largueza que se incompatibiliza com regra similar constante do CPC, o qual exige no art. 841, dispositivo que determina sejam descritas as coisas procuradas.”

Trata-se, portanto, de importante acórdão do STJ em relação à interpretação de dispositivos da Lei n. 8.884/1994, tendo em vista que ampara medidas da SDE que têm sido cada vez mais utilizadas na repressão principalmente à formação de cartéis em vários segmentos da economia<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Gesner Oliveira e João Grandino Rodas (2004, p. 44), ao analisarem a investigação e combate aos cartéis, apontam que: “A exemplo da maioria dos países em desenvolvimento, o Brasil não tem tradição em obediência às regras de mercado e, em particular, de combate aos cartéis. (...) Com a abertura e a estabilização da inflação em números civilizados nos anos noventa, a represessão ao abuso do poder de mercado se tornou possível, ainda que incipiente. O número de decisões aumentou sob a atual Lei n. 8.884/1994 e tende a aumentar nos próximos anos.”

### III. PODER DE APLICAÇÃO DE MULTAS E A DISCUSSÃO JUDICIAL QUANTO ÀS PENALIDADES APLICADAS

Além das multas por infração da ordem econômica<sup>20</sup>, a Lei n. 8.884/1994<sup>21</sup> autoriza a aplicação da mesma penalidade pela não prestação das informações ou apresentação de documentos solicitados por SDE, SEAE ou CADE. A fim de atingir as matrizes de empresas estrangeiras atuando no Brasil, a Lei n. 8.884/1994<sup>22</sup> estabelece que a filial, sucursal, escritório ou estabelecimento de tais empresas, no País, responderão solidariamente pelo pagamento das multas aplicadas. A Lei n. 8.884/1994<sup>23</sup> também determina a aplicação de multa no caso de recusa injustificada para prestar esclarecimentos orais solicitados pelas autoridades, bem como àquele que impedir, obstruir ou dificultar a realização das inspeções por parte dos representantes da SEAE e SDE.

Muitas empresas e pessoas físicas multadas pelo CADE desde a promulgação da Lei n. 8.884/1994 já recorreram ao Poder Judiciário. Questiona-se, normalmente, (i) os procedimentos adotados durante a investigação e o julgamento e (ii) o alegado abuso de poder por parte dos órgãos do SBDC.

No questionamento judicial a respeito da legalidade dos atos administrativos de tais autoridades, muito já se discutiu sobre a aplicação do dispositivo da Lei n. 8.884/1994 que diz que “o oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.”<sup>24</sup> O STJ já se manifestou no sentido de confirmar a legalidade da imposição de garantia do juízo para que uma decisão do CADE possa ser discutida perante o Poder Judiciário.

---

<sup>20</sup> Artigos 23 e 24 da Lei n. 8.884/1994.

<sup>21</sup> Artigo 26 da Lei n. 8.884/1994.

<sup>22</sup> Artigo 26, § 4º da Lei n. 8.884/1994.

<sup>23</sup> Artigo 26, §§ 5º e 6º da Lei n. 8.884/1994.

<sup>24</sup> Artigo 65 da Lei n. 8.884/1994.



No Recurso Especial n. 590.960-DF<sup>25</sup>, por exemplo, a Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico buscou a reforma de acórdão que determinara a prestação de garantia do juízo do valor referente às multas diárias decorrentes do não cumprimento da obrigação imposta pelo CADE (de exclusão de cláusula de exclusividade de atuação de médicos associados).

Neste caso, a Primeira Turma do STJ confirmou que a Lei n. 8.884/1994 “dispõe inequivocamente que as decisões plenárias do CADE, quer impondo multas, quer estabelecendo obrigações de fazer ou de não fazer, constituem título executivo extrajudicial.” Assim, “qualquer ação que vise à desconstituição da decisão plenária do CADE, não suspenderá a sua execução, ainda que referente às multas diárias, sem que haja a garantia do juízo.” E foi além. Restou consignado no acórdão inclusive que não havia incompatibilidade entre a exigência de garantia de juízo e os dispositivos da Constituição Federal que tratam do acesso ao Poder Judiciário<sup>26</sup>, com o que não concordamos.

Já no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 859.307-DF<sup>27</sup>, em que era recorrente a Unimed Ribeirão Preto Cooperativa de Trabalho Médico, a Segunda Turma do STJ também entendeu que “a) decisão plenária do CADE tem força de título executivo extrajudicial, que somente poderá ser desconstituído após a garantia do juízo; b) os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, veracidade e de legalidade, não sendo possível seu eventual afastamento por medida liminar, com flagrante ofensa ao princípio do devido processo legal, a não ser diante de evidências concretas e unívocas”.

Tais precedentes obviamente vêm sendo usados pelo CADE na defesa de suas decisões perante o Poder Judiciário.

---

<sup>25</sup> Recurso Especial n. 590.960-DF. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26.10.2004, DJ 21.03.2005.

<sup>26</sup> Notadamente o artigo 5º, incisos XXXV, XXXIV e LV.

<sup>27</sup> AgRg no Agravo de Instrumento n. 859.307-DF. Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.02.2008, DJ 25.02.2008.

#### IV. PODER DO CADE NO JULGAMENTO DE CONDUTAS EMPRESARIAS CONSIDERADAS POTENCIALMENTE DELETÉRIAS

Em razão da interdisciplinaridade dos conceitos considerados para a apreciação das matérias que lhe são pertinentes, a Lei n. 8.884/1994<sup>28</sup> prevê que o CADE é formado por um Presidente e seis Conselheiros, todos com mandatos de dois anos renováveis por uma vez, “escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.” As decisões do Plenário do CADE são adotadas por maioria e delas não cabe recurso no âmbito do Poder Executivo, apesar de a autarquia ser vinculada ao Ministério da Justiça<sup>29</sup>.

Entendendo que uma decisão proferida pelo Plenário do CADE estava incorreta, o Ministério Público Federal decidiu interpor recurso administrativo ao Ministro da Justiça. Ao ter seu recurso administrativo arquivado sumariamente pelo Ministro da Justiça, o Ministério Público Federal impetrou o Mandado de Segurança n. 10.138-DF<sup>30</sup> visando a ter seu recurso analisado. Ao examinar o pleito, a Primeira Seção do STJ decidiu, à unanimidade, que, por expressa determinação da Lei n. 8.884/1994, não cabe recurso administrativo da decisão do CADE. Assim, o STJ confirmou que as decisões do CADE são finais no âmbito do Poder Executivo, servindo para afastar, acreditamos, maiores discussões a respeito do tema.

Ainda no que tange aos procedimentos adotados pelo CADE para a análise das questões que lhe são submetidas por força da Lei n. 8.884/1994, o STJ teve a oportunidade de examinar a possibilidade de o Presidente do Conselho proferir voto de qualidade, ou de minerva, em julgamentos cuja votação pelos demais membros do Plenário reste empatada. Observe-se que a Lei n. 8.884/1994 determina que compete ao Presidente do CADE “presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário”<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Artigo 4º da Lei n. 8.884/1994.

<sup>29</sup> Artigo 3º da Lei n. 8.884/1994.

<sup>30</sup> Mandado de Segurança n. 10.138-DF. Relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 09.11.2005, DJ 28.11.2005.

<sup>31</sup> Artigo 8º, II, da Lei n. 8.884/1994.



A questão do chamado voto de minerva pelo Presidente do CADE foi largamente discutida pelo STJ no Recurso Especial n. 966.930-DF<sup>32</sup>, interposto pela Companhia Vale do Rio Doce. Ao examinar o Recurso Especial, a Primeira Turma do STJ fez consignar que “[a] Lei n. 8.884/1994, ao disciplinar os processos administrativos do CADE, outorga ao presidente do órgão o dever de participar como votante, ao tempo em que também lhe atribui voto de qualidade, em caso de empate.”

Na oportunidade, a Ministra Eliana Calmon esclareceu que “[a] celeuma em torno da interpretação que se dá ao dispositivo é de absoluta desnecessidade, na medida em que sabemos ser possível a duplicidade de votos quando a lei assim permite, embora constitua-se como regra o só voto do presidente de um colegiado como voto de desempate, conclusão a que se chega quando assim está explicitado ou no silêncio da legislação.” No mesmo sentido, o Ministro João Otávio Noronha registrou que “[s] em o voto de qualidade, o julgamento teria de ser renovado. E, se a opção fosse pela renovação, então o voto de qualidade poderia ser tido como complemento inútil, e a letra da lei conteria uma previsão inútil.”

#### V. TITULARIDADE DO PODER DE APLICAÇÃO DA LEI N. 8.884/1994

Durante o período de vigência da Lei n. 8.884/1994, o STJ também teve a oportunidade de examinar a competência dos órgãos para aplicar os dispositivos da Lei n. 8.884/1994. Como se sabe, algumas das condutas anticoncorrenciais previstas na Lei n. 8.884/1994 podem de certo modo ser confundidas com infrações previstas em outros dispositivos legais, o que resulta, algumas vezes, na discussão sobre quais órgãos devem ser responsáveis pela aplicação da Lei n. 8.884/1994.

É de se reconhecer que os conceitos trazidos na Lei n. 8.884/1994 e em outros diplomas legais, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.09.1990) ou a Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279, de 14.05.1996), por vezes se sobrepõem e até se confundem. De fato,

---

<sup>32</sup> Mandado de Segurança n. 966.930-DF. Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 28.08.2007, DJ 12.09.2007.

conforme indica FORGIONI<sup>33</sup> “a confusão muitas vezes se justificaria, considerando-se que os bens jurídicos tutelados mediatemente por uma lei são protegidos de forma direta e imediata por outra, não sendo difícil que se percam os contornos de uma nítida individualização.”

No julgamento do Recurso Especial n. 938.607-SP<sup>34</sup>, a Primeira Turma do STJ entendeu que o PROCON teria competência para aplicar penalidades com fundamento na Lei n. 8.884/1994 desde que se comprove que a infração sob apreciação tenha causado prejuízos aos consumidores nos termos do Código de Defesa do Consumidor. O Recurso Especial em questão dizia respeito à imposição de penalidade pelo PROCON do Município de Campinas-SP em função da alegada prática de *dumping*<sup>35</sup>.

Ao apreciar o referido Recurso Especial, o Ministro Francisco Falcão destacou que “ainda que num primeiro momento possa se entender pela inexistência de eventual afronta a direito do consumidor na hipótese, o fato é que não há como se afastar a legitimidade do PROCON para atuar como fez (...)”. Na verdade, para justificar a competência do PROCON, o Ministro Francisco Falcão disse que “[o] artigo 7º, do Código de Defesa do Consumidor contém ditame no sentido de que outros direitos, decorrentes de legislações outras, não são excluídos em decorrência daqueles nele previstos, abrindo a possibilidade de atuação do PROCON em casos como o que ora se apresenta”.<sup>36</sup>

O próprio CADE insurgiu-se contra tal acórdão do STJ, tendo em vista a necessidade de manutenção da sua competência em

<sup>33</sup> Paula A. Forgioni (2005, pp. 284 e ss.).

<sup>34</sup> Recurso Especial n. 938.607-SP. Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 04.09.2007, DJ 08.10.2007.

<sup>35</sup> *Dumping*, pela definição oficial da Organização Mundial de Comércio, e nos termos do artigo 4º do Decreto n. 1.602, de 23.08.1995, ocorre quando há “introdução de um bem no mercado doméstico, inclusive sob as modalidades de *drawback*, a preço de exportação inferior ao valor normal”. A Lei n. 8.884/1994 trata, na verdade, de preço predatório --- que é a prática injustificada de venda de mercadorias abaixo de seu preço de custo (artigo 21, inciso XVIII) variável médio. O preço predatório se diferencia do *dumping*, na medida em que o *dumping* é prática de comércio em âmbito internacional e os elementos de comparação para sua constatação são os preços praticados pela empresa em seu país de origem e os preços praticados pela empresa no país importador, reduzidos à mesma base.

<sup>36</sup> Até 19.12.2008, a matéria ainda se encontrava em discussão no STJ, no Agravo Regimental em Embargos de Divergência.



função principalmente da complexidade da análise das práticas anticoncorrenciais.<sup>37</sup>

A usurpação dos poderes dos órgãos do SBDC, por órgãos que não estejam diretamente envolvidos ou capacitados à apreciação de infrações da ordem econômica, como o PROCON, traz riscos significativos aos administrados. Espera-se assim que, ao concluir a análise da matéria, o STJ perceba tais riscos e reconheça a competência exclusiva do CADE para aplicar penalidades relacionadas às condutas anticoncorrenciais previstas na Lei n. 8.884/1994.

## VI. CONCLUSÃO

Como se percebe da análise das questões apontadas acima, o STJ teve e tem papel fundamental na interpretação de conceitos e parâmetros para o desenvolvimento das atividades dos órgãos que compõem o SBDC. A atuação do STJ confirma, ou reforma, os posicionamentos adotados por tais órgãos e traz legitimidade para a aplicação da Lei n. 8.884/1994.

O esforço das autoridades do SBDC de estabelecer mecanismos para a repressão efetiva contra as infrações da ordem econômica é extremamente válido e deve ser reconhecido. Contudo, é preciso que se observe os ditames constitucionais e legais, para que abusos de poder não sejam cometidos e os infratores da ordem econômica sejam efetivamente punidos.

O incremento dos poderes de investigação dos órgãos integrantes do SBDC e a ampliação e maior efetividade de sua atuação tendem a gerar cada vez mais a apreciação de questões referentes à Lei n. 8.884/1994 pelo Poder Judiciário. Os posicionamentos adotados pelo STJ são essenciais para a tão almejada segurança jurídica.

---

<sup>37</sup> O CADE manifestou-se nos autos do Recurso Especial n. 938.607-SP, após a apresentação de recurso da parte. Sobre a complexidade pertinente à investigação da prática de preços predatórios, diz Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (2008, p. 554): "A conduta de preços predatórios é talvez a mais complicada de se comprovar e, por esse motivo, os órgãos de defesa da concorrência necessitam ter um cuidado adicional em sua análise. Punir uma determinada empresa por tal conduta de forma equivocada é dar um prêmio negativo, desestimulando o aperfeiçoamento do ambiente competitivo. (...) Por isso, é fundamental que as características estruturais do mercado sejam analisadas para averiguar se há racionalidade para a prática de preços predatórios. Só após essa análise indicar a possibilidade de implementá-la de forma lucrativa é que se devem comparar preços e custos. Deve ficar claro que a consideração dos aspectos estruturais é importante para não se punir uma ação competitiva de uma determinada empresa, de forma a mostrar que a ocupação dos órgãos antitruste deve ser com a concorrência e não com um ou outro concorrente em específico."

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CARDOZO, Maria Izabel. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional no Direito da Concorrência*. Dissertação de Mestrado. *Mimeo*. Rio de Janeiro: PUC – Departamento de Direito, 2005.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert. *Advocacia da concorrência e a remoção de regulações anticompetitivas: o caso Denatran*. In: MATTOS, César (org.). *A Revolução do Antitruste no Brasil 2*. São Paulo: Editora Singular, 2008.

\_\_\_\_\_. SILVA, Ruttely Marques da. “Viaje por R\$ 50,00”: *Promoção ou preço predatório?*. In: MATTOS, César (org.). *A Revolução do Antitruste no Brasil 2*. São Paulo: Editora Singular, 2008.

#### ENDEREÇOS ELETRÔNICOS:

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?53d354dc23e122380848>. Acesso em 17.12.2008.

