

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO ANTITRUSTE

*Shirlei Silmara de Freitas Mello**

*Carolina França***

*Dayana Pereira de Assis****

*Estanislau Correia Almeida Junior*****

*Fernanda Morato Moura******

*Heitor Humberto do Nascimento Carvalho******

Resumo: *Este trabalho propõe-se a analisar o conteúdo do princípio da eficiência administrativa diante dos principais aspectos processuais regulados pela lei 8884/94. Fundamenta-se na importante função do princípio referido num contexto em que noções como celeridade, participação e razoabilidade figuram como exigências constitucionais do processo administrativo. A noção de interesse difuso permeia todo o trabalho, pois o objeto do processo antitruste reside na proteção da liberdade de iniciativa concorrencial, visando o bem estar social. Para tanto, utilizamos os conhecimentos básicos concernentes à teoria geral de processo administrativo, bem como outras fontes específicas do antitruste, envolvendo material bibliográfico e jurisprudencial adequados. O método adotado pautou-se pelo raciocínio dedutivo.*

Palavras-chave: *Lei 8884/94. Processo Administrativo Antitruste. Princípio da Eficiência.*

* Doutora em Direito pela UFMG. Professora Adjunta da Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia (UFU)

** Acadêmica do curso de Direito pela Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis".

*** Acadêmica do curso de Direito pela Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis".

**** Acadêmico do curso de Direito pela Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis".

***** Acadêmica do curso de Direito pela Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis".

***** Acadêmico do curso de Direito pela Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis".
Bolsista do programa institucional de iniciação científica CNPq/UFU.

Abstract: *This work is proposed to analyze the content of the efficiency administrative principle in front of the main procedural aspects covered by the law 8884/94. It is based on the important role of the principle in a context where notions such as speed, participation and rule of reason are shown as constitutional requirements of the administrative process. The concept of the fuzzy interest permeates the entire work, because the object of the antitrust process is the protection of freedom of competitive initiative, aimed at social welfare. For this, this work used the basic knowledge concerning the general theory of administrative procedure, and other specific sources of antitrust, involving bibliographic material and legal resources. The method adopted is guided by deductive reasoning.*

Keywords: *Law 8884/94. Administrative Antitrust Process. Efficiency principle.*

Introdução

A processualidade ampla implica reconhecer no processo o instrumento legitimador das funções estatais. Nesse sentido, a figura do processo administrativo surge como o meio pelo qual a Administração Pública exerce a aplicação do direito ao caso concreto, de ofício ou mediante representação, para satisfazer os imperativos do interesse público, sem definitividade.

A regulamentação geral do instituto, fornecida pela lei 9784/99 é complementada por diversas leis especiais do processo administrativo, como a lei 8884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

O instrumento jurídico regulado pela lei supra-referida é o processo administrativo antitruste, tido como uma relação jurídica que visa assegurar a necessária proteção à liberdade de iniciativa concorrencial, salvaguardando a natural movimentação dos agentes competidores no mercado, em face dos interesses difusos envolvidos.

Posto isso, e tendo em vista a variada gama principiológica atinente ao instituto em pauta, o princípio da eficiência, introduzido ao art. 37 da Constituição da República pela Emenda nº19/1998, se afirma como importante baliza da atuação administrativa, na medida em que impõe ao agente público o dever de proceder ao constante aperfeiçoamento de si mesmo enquanto pessoa e das técnicas e equipamentos envolvidos no exercício da função pública.

Aplicada ao processo administrativo antitruste, a eficiência administrativa exige que este instrumento seja conduzido com celeridade, sem descuidar dos mecanismos que assegurem a neutralidade inerente ao exercício de função pública e dos meios que permitem uma efetiva participação daqueles que poderão vir a sofrer os reflexos do provimento estatal.

Este trabalho oferece como proposta proceder a um cotejo entre o conteúdo do princípio da eficiência administrativa diante dos principais institutos referentes ao processo administrativo antitruste, regulamentado pela lei 8884/94. Para tanto, utilizamos os conhecimentos básicos concernentes à teoria geral de processo administrativo, bem como outras fontes específicas do antitruste, envolvendo material bibliográfico e jurisprudencial adequados. O método adotado pautou-se pelo raciocínio dedutivo.

1. Teoria geral e processo administrativo na lei 8884/94

Cada função jurídica do Estado é exercida mediante processo peculiar, que lhe confere legitimidade. Dessa forma, a função administrativa se instrumentaliza mediante prévio e regular processo administrativo, da mesma forma que a feitura das leis requer precedente processo legislativo e a sentença, processo judicial. Logo, a idéia de processo não é exclusiva da seara jurisdicional, haja vista que vigora hodiernamente a noção de processualidade ampla.

1.1. Processo e procedimento

Processo administrativo é tido como relação jurídica que se caracteriza por um procedimento participativo. Cumpre enaltecer o conteúdo de seus elementos conceptuais:

a) Relação jurídica – o processo administrativo apresenta a natureza de um vínculo intersubjetivo (pois travado entre Administração e

administrados) que sofre a incidência de uma regra jurídica de direito público estabelecendo direitos e deveres entre os envolvidos. Daí seu caráter jurídico. Tal relação jurídico-processual administrativa apresenta as características básicas das relações jurídicas em geral¹, além de atributos próprios, quais sejam: a hierarquização dos sujeitos participantes² e a finalidade preestabelecida em lei.³

b) Procedimento - o vínculo jurídico descrito acima se desdobra temporalmente numa seqüência de atos lógica e juridicamente encadeados, visando uma decisão final do Estado. Cada um dos atos administrativos processuais apresenta um nexo de causalidade em relação aos demais e ao mesmo tempo, devem resguardar sua autonomia, uma individualidade jurídica, incorporando uma finalidade própria dentro do conjunto.⁴

c) Participativo – o vínculo jurídico que se expressa numa seqüência harmônica de atos deve ser realizado em contraditório, permitindo que os interessados possam dialeticamente influir na formação do provimento que afetará suas esferas jurídicas. Nesse sentido, a noção de procedimento é mais ampla que a de processo e, segundo orientação de Calmon de Passos *apud* Carvalho Filho (2006, p. 813), traduz “o processo em sua dinâmica, é o modo pelo qual os diversos atos se relacionam na série constitutiva de um processo.”⁵ Mello (2003, p. 43) entende que procedimento é gênero e processo é modalidade específica de procedimento, realizado em contraditório, assim:

Acolher a expressão processo administrativo significa admitir que o procedimento no qual atuem os interessados em contraditório acontece também na Administração Pública. Processo caracteriza-se então por:

¹ É assim, *complexa*, pois apresenta-se como soma de uma série de posições ativas e passivas; é *autônoma*, pois sua validade independe de qualquer relação de direito material; é *una*, pois todos os atos componentes do procedimento visam à emissão de um provimento imperativo.

² De acordo com MOREIRA (2003, p. 27): “A Administração possui poderes e regalias extraordinárias, que afetam o vínculo intersubjetivo. São as chamadas ‘prerrogativas da Administração’, limitadas e exercitadas em atenção aos ‘direitos dos administrados’”

³ Tal relação jurídica não se estrutura aleatoriamente. Os poderes manejados pelo agente estão atrelados a um fim preestabelecido pela lei, de modo que só serão validamente exercidos se contemplarem os específicos deveres legais.

⁴ Para PEREZ *apud* BANDEIRA DE MELLO (2006, p. 470), os requisitos para que exista um procedimento são: a) autonomia relativa dos atos, b) conexão em vista da unidade de efeito jurídico que se expressa no ato final e c) relação de causalidade, de tal modo que um dado ato suponha o anterior e o ato final suponha a todos eles

⁵ PASSOS, Calmon *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16ª Ed. São Paulo: Lúmen Iuris, 2006, p. 813.

formas procedimentais particulares, debate contraditório, certa dose de formalismo e publicidade, viabilizando destarte a formação da decisão final motivada.⁶

Assim, todo processo é procedimento, mas nem todo procedimento é processo. O processo administrativo é a forma da função administrativa, ou seja, a via pela qual o Estado aplica o direito ao caso concreto, de ofício ou mediante representação, para contemplar o interesse público sem definitividade e que permite um debate contraditório entre os interessados.

O processo administrativo tem por finalidades: a) assegurar uma atuação administrativa eficiente, (através da disciplina dos meios pelos quais a Administração Pública toma decisões), pois o pré-estabelecimento de um caminho a seguir representa, ao lado de segurança jurídica, importante fator de economia processual e b) garantir a maximização dos direitos dos administrados. Segundo Moreira (2003, p. 63), o processo administrativo é “instrumento de participação, proteção e garantia dos direitos individuais. Caso prestigiado, o cidadão terá convicção de que o ato administrativo é legítimo e perfeito”⁷.

O instituto sob análise pode ser classificado de acordo com os mais variados critérios.⁸ Para os fins deste estudo, enalteçemos a simples distinção promovida por Ferraz & Dallari (2003, p. 43): para os autores existe um processo administrativo geral, regulado pela lei 9784/99 (globalmente incidente em toda a processualística administrativa que não tenha sido alvo de tratamento legal específico) e processos administrativos especiais, que contam com procedimentos próprios em face do conteúdo ou objeto que lhes é peculiar.⁹

Nessa segunda categoria encontramos o processo administrativo antitruste, regulado pela lei 8884/94, por possuir um conteúdo todo particular (a proteção da liberdade de iniciativa concorrencial), o que requer um procedimento específico. A Lei 9784/99 possui dessa forma, aplicação subsidiária, suprimindo lacunas encontradas na especial lei 8884/94.

⁶ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela Cautelar no processo administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.43

⁷ MOREIRA, Egon Bockman. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9784/99**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63

⁸ MEDAUAR (1993, p. 126) distingue os processos administrativos em duas classes: a) os caracterizados por conflitos de interesses, tais como processos de gestão, de outorga, de controle e de revisão e b) processos administrativos punitivos, internos e externos.

⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.43

1.2. O processo administrativo antitruste: peculiaridades

A liberdade de iniciativa é fundamento da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o art. 1º, IV da Constituição Federal. Entretanto, tal liberdade é limitada pela livre concorrência, não podendo ser exercida de forma irrestrita e abusiva. Daí falar-se em *liberdade de iniciativa concorrencial*.

Posto isso, cabe ao Estado proporcionar, em benefício da coletividade, um ambiente favorável ao espírito competitivo saudável, contemplativo do interesse público e dos princípios da ordem econômica.

Tal se dá através da regulação econômica interventiva, de caráter excepcional, conforme legitimação auferida pelo art. 173, §4º da Constituição Federal. Surge então, a figura do processo administrativo antitruste como via pela qual o Estado exerce tal intervenção legitimamente e propõe um equilíbrio entre os dois valores supra referidos, estabelecendo mecanismos de proteção à híbrida figura da liberdade de iniciativa concorrencial.

O processo administrativo antitruste, regulado pela lei 8884, de 11 de junho de 1994, é o instrumento pelo qual a Administração Pública toma decisões na seara concorrencial de forma legítima.¹⁰ Tem por finalidade imediata a prevenção e repressão às infrações a ordem econômica (abuso do poder econômico) e por finalidade mediata a construção de uma situação econômica salutar, garantidora de uma ampla variedade de produtos e serviços aos consumidores, pelo menor preço possível, contemplando, dessa forma, a proteção a interesses difusos.

Seu conteúdo e objeto específico é garantir a natural movimentação dos agentes competidores e o regular funcionamento da dinâmica do mercado, patrocinando o uso regular do poder econômico. Pode ser definido como uma “relação jurídica dinâmica, coordenada pela Constituição, pela lei 8884/94 e afins, que tem por objeto a proteção da liberdade de iniciativa concorrencial, em salvaguarda aos interesses da coletividade.”¹¹

¹⁰ CRETELLA JUNIOR *apud* MELLO (2003, p. 187), entende que o processo administrativo na Lei Antitruste é “o conjunto de iniciativas e de diligências praticadas pelo CADE, para apurar fatos ou desempenhos, atribuídos a empresas ou (a) pessoas físicas, que atingem a ordem econômica, instaurando-se, para tanto, em oito dias, contados do conhecimento do evento, da representação ou das averiguações preliminares, culminando com arquivamento ou com decisão fundamentada do órgão julgador.”

¹¹ OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. A efetividade do contraditório no processo administrativo antitruste. *Revista de Direito da Concorrência* n.14. Brasília: IOB/CADE, 2008, p. 136.

Com fundamento nas exigências constitucionais supra, o Poder Executivo criou o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica (SBDE), formado por três órgãos encarregados da defesa da concorrência: o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) do Ministério da Justiça, que de acordo com o estabelecido no art. 39 da lei 8884/94 tem função judicante; a SDE (Secretaria do Direito Econômico) do Ministério da Justiça, órgão encarregado de colher informações e produzir provas, segundo o art. 35 da referida lei e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda.

A atuação dos órgãos da SBDE, mais especificamente do CADE, apóia-se em três ações principais: preventiva, repressiva e educativa. A ação preventiva corresponde à análise dos atos de concentração, isto é, análise de operações de associações, incorporações e fusões de qualquer espécie de agentes econômicos, está prevista no artigo 54 da Lei 8884/94.

O papel repressivo é a análise das condutas anticoncorrenciais previstas nos artigos 20 da mesma Lei. E a ação educativa, que visa difundir a cultura da concorrência, que quando bem utilizada garante várias vantagens aos consumidores como preços mais baixos e maior qualidade dos produtos e serviços.¹²

No processo administrativo antitruste são reconhecíveis diferentes fases desde as averiguações preliminares até a decisão final que concluirá o processo. Tais fases podem ser divididas em: a) representação escrita de qualquer interessado ou mediante ação de ofício da SDE; b) instauração e instrução do processo administrativo; c) conclusão da instrução processual; d) tramitação do processo administrativo no CADE; e) decisão.¹³

A primeira fase se configura pelas averiguações preliminares e está disposta nos artigos 30 e 31 da Lei 8884/94. Tais averiguações são promovidas pela SDE, podendo ser realizadas de ofício ou mediante representação escrita e fundamentada por qualquer interessado, poderão, ainda, ocorrer em sigilo a critério da SDE ou se for interesse das investigações.

Se a iniciativa de representação for de Comissão do Congresso Nacional ou qualquer de suas casas o processo administrativo será

¹² A esse respeito ver: <http://www.cade.gov.br>

¹³ AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira. O Processo Administrativo no CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica in MEDAUAR, Odete. (Cord.) **Processo Administrativo** - Aspectos Atuais. São Paulo: Cultural Paulista, 1998, p.194.

instaurado imediatamente, independentemente de averiguações preliminares.

O prazo legal para a conclusão das averiguações preliminares realizadas pela SDE é de sessenta dias, quando determinará a instauração do inquérito ou o seu arquivamento. Em caso de arquivamento das investigações o secretário da SDE recorrerá de ofício ao CADE, pois qualquer matéria que seja levada a conhecimento da SDE deve ser repassada ao Conselho para seu pronunciamento definitivo.

Encerradas as investigações preliminares, mediante despacho fundamentado do secretário da SDE no qual constará de forma especificada os fatos a serem apurados o prazo para a instauração do processo administrativo não poderá exceder a oito dias. Tal prazo também será considerado em caso de representação ou a partir do conhecimento do fato.¹⁴ A partir de então é iniciada a segunda fase do processo administrativo antitruste, a fase de instauração e instrução do processo.

O representado será notificado por correio com aviso e recebimento em nome próprio, ou através do Diário Oficial da União ou jornal de grande circulação no Estado em que reside ou tenha sede. A notificação conterá o inteiro teor do despacho de instauração do processo administrativo e da representação além da determinação do prazo de quinze dias para a apresentação de defesa pelo representado, podendo ser considerado revel ou ainda incorrer em confissão quanto à matéria de fato se não apresentar defesa no prazo legal.

Independente de notificação, os demais prazos poderão correr contra o revel, porém a qualquer momento do processo ele poderá intervir, mas não poderá requerer a repetição de qualquer ato praticado.¹⁵

Após o prazo para defesa a SDE determinará, se entender ser necessário, a realização de diligências e a produção de provas tanto documentais quanto testemunhais. Estas diligências e provas determinadas pelo secretário da SDE, inclusive a inquirição das testemunhas deverão ser concluídas no prazo de 45 dias, prorrogável por igual período se justificada a necessidade.

Antes de encerrada a instrução, o representado poderá apresentar a qualquer momento novos documentos, além de requerer ao secretário da SDE a designação de data, hora e local para a oitiva de testemunhas não podendo exceder a três.

¹⁴ Art. 32 Lei 8884/94.

¹⁵ Art. 33, Lei 8884/94.

Concluída a instrução processual, o representado terá o prazo de cinco dias para apresentar suas alegações finais, iniciando-se assim a terceira fase do processo administrativo antitruste. Nesta fase, o secretário da SDE elaborará relatório circunstanciado em que concluirá pela remessa dos autos ao CADE para a realização de seu julgamento ou optará pelo seu arquivamento, neste caso recorrerá de ofício ao Conselho o qual caberá decidir se o inquérito será arquivado ou não.

O artigo 41 da Lei 8884/94 determina que não caberá recurso ao Ministro da Justiça para as decisões tomadas pelo secretário da SDE, sendo assim, não haverá neste caso, duplo grau de jurisdição.

A quarta fase do processo administrativo antitruste é composta pela tramitação do processo no CADE.¹⁶ Ao receber o processo, o Presidente do Conselho o distribuirá ao Conselheiro Relator por meio de sorteio, que abrirá vistas à Procuradoria para manifestar-se no prazo de vinte dias. Feito o sorteio, o Conselheiro Relator o poderá determinar a realização de diligências complementares ou requerer novas informações, bem como solicitar a produção de novas provas para auxiliá-lo na formação de sua convicção.

Decorrido o prazo de manifestação da Procuradoria os autos serão devolvidos ao Conselheiro Relator que elabora o seu relatório, para posterior julgamento. No ato do julgamento o representado ou o seu representante legal terá o prazo de 15 minutos para fazer uso da palavra. O Procurador-Geral também terá direito ao mesmo tempo para suas considerações finais.

A decisão do CADE será, no prazo de cinco dias, publicada em Diário Oficial da União, sendo de sua competência a fiscalização do cumprimento de sua decisão. No caso de descumprimento total ou parcial da decisão será comunicado ao Procurador-Geral para que seja determinada a execução judicial.¹⁷ Inicia-se, aqui, a quinta e última fase do processo administrativo antitruste. As decisões serão tomadas por maioria absoluta, ou seja, mínimo cinco membros e não poderão ser revistas pelo Poder Executivo.

2. Antitruste, direitos difusos e direitos coletivos

As constituições de nosso tempo constituem documentos jurídicos garantidores de interesses que variam de forma pendular, entre o

¹⁶ AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira. O Processo Administrativo no CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica in MEDAUAR, Odete. (Cord.) **Processo Administrativo** - Aspectos Atuais. São Paulo: Cultural Paulista, 1998.

¹⁷ Art. 48 Lei 8884/94

intervencionismo estatal e o liberalismo capitalista. Daí, a necessidade de que haja equilíbrio nessa relação, consagrada pela própria experiência histórica de que não é tão somente o Estado que acanha o desenvolvimento da personalidade, e que também não é a única entidade que impõe relações coercitivas de convívio.

É notável assim, que as liberdades liberais estão condicionadas, em sua concretização, a conjunturas e poderes extra-estatais dos quais o Estado tenta se libertar, por exemplo, as raciais, os eclesiásticos e, especialmente, os poderes econômicos. Neste sentido, caminhou-se para a construção da Constituição de 1988 com o intuito de libertar, ou na medida do possível, afagar essas pressões. De anteriormente esvaziado pelo liberalismo econômico, o Estado passou a ampliar suas atividades e intervenções na vida econômico-social.

2.1.O freio ao abuso econômico

Essa colisão entre liberalismo, com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercutiu nos textos das constituições contemporâneas, “com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos.”¹⁸

Assim, os programas estatais de intervenção na ordem econômica podem ser interpretados como tentativas de realização de fins sociais, com vistas a assegurar a todos existência digna conforme o disposto nos arts. 170 e 193 que a Constituição brasileira preceitua para as ordens de natureza econômica e social.

O art. 170 da Carta Magna estatui que a ordem econômica funda-se em dois postulados básicos: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, estabelecendo em seu inciso IV, o princípio da livre concorrência¹⁹. Ou seja, qualquer atividade econômica praticada em

¹⁸ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p.136.

¹⁹ Art. 170. A Ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna. Conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

regime de desconformidade aos postulados supra inferidos, é inconstitucional e inválida.

A livre iniciativa permite, grosso modo, que qualquer pessoa exerça atividade econômica independentemente de autorização governamental. No entanto, tal prerrogativa não pode ser exercida de forma absoluta, sendo limitada pela livre concorrência, assegurando esta a possibilidade de que um grande número de agentes econômicos atue num mesmo mercado, em igualdades de condições.

O Estado²⁰, segundo o art. 174 da Constituição Federal, exerce a função de agente normativo e regulador da atividade econômica. Exercendo desta maneira, funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Fato esse determinante para o setor público e indicativo para o setor privado o que afasta o dirigismo econômico e salienta a sua natureza imperativa. E, não resta dúvida, também, que é utópica a idéia de que o mercado é capaz de se auto-regular.

Desta concepção firmada na Carta de 88 é que urge a necessidade de preservação da ordem econômica balizada pela democratização do ingresso ao mercado de forma que o exercício da liberdade econômica ocorra de fato. Neste sentido, a Lei n. 8.884 de 11 de junho de 1994 que institui o CADE²¹ como autarquia federal, visa conter de forma forte e coesa o abuso do poder econômico seja mediante o controle preventivo, seja de forma repressiva, viabilizando o uso regular do poder econômico,

VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenha a sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²⁰ Para MAGALHÃES (1949, p. 19): “O Estado de Direito só pode defender-se com a lei. Se não outorgamos ao Estado Poderes legais para defender as instituições e o povo contra a opressão econômica, seremos vencidos por aquele governo invisível definido por Wilson como o governo de corrupção econômica e política. O Estado será subjugado pelas concentrações capitalistas, que vão corromper o regime democrático desde as nascentes eleitorais até a sua cúpula, que é o honesto exercício dos poderes públicos. Toda a ação do Estado ficará subordinada aos interesses dos grupos financeiros, que controlam e dominam os mercados internos e externos. Até a opinião pública será mistificada pela imprensa e pelo rádio dirigido por esses grupos”.

²¹ A lei é mais conhecida como Lei Antitruste, não apenas como Lei de Defesa da Concorrência. A este respeito convém salientar que segundo Marco Aurélio Gumieri Valério: “há quem diga que a utilização da denominação Lei Antitruste é indevida, pois a legislação não é contra o monopólio em si, mas a favor de uma saudável relação competitiva. Deve conviver, se for o caso, com monopólios naturais advindos da capacidade e eficiência de determinadas empresas. Todavia, a expressão Lei Antitruste é consagrada e dela não se pode fugir”.

benéfico por garantir variedade e aperfeiçoamento de serviços e produtos no mercado²².

2.2. Direitos coletivos e direitos difusos

É neste diapasão que se passa a uma breve análise dos direitos difusos e dos direitos coletivos a seguir, na medida em que o processo administrativo antitruste, de que tratará o presente trabalho, maneja interesses transindividuais relacionados à concorrência.

Assim, no entendimento de Prade (1993, p. 23-24) temos que, são direitos coletivos aqueles “perseguidos através do processo associativo, conatural ao homem (família, cooperação profissional, empresa, sindicato)”²³. Ou seja, “são interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas” que repousam sobre “vínculo jurídico definido que as congrega”^{24, 25}.

Ainda quanto ao conceito de direitos coletivos, Bastos (1981, p. 41-42) os conceitua como aqueles “afetos a vários sujeitos não considerados individualmente, mas sim por sua qualidade de membros de comunidades menores ou grupos intercalares, situados entre os indivíduos e o Estado”²⁶, dentre os quais se pode notar a existência de “um vínculo jurídico básico (...) que une todos os indivíduos”²⁷.

Assim, direitos coletivos, são aqueles que estão relacionados a um determinado grupo de pessoas, as quais gozam das mesmas prerrogativas. Ou seja, são aqueles de natureza indivisível de que seja titular grupo,

²² Segundo VALERIO (2006, p. 64), “a Carta Política de 1988 alterou, assim, o caráter direto da intervenção, presente desde a Constituição Federal de 1937, levado a cabo pelo legislador infraconstitucional a ponto de criar, a partir de então, uma nova sistematização concorrencial. Todavia, cada sistema que surge é produto da evolução dialética daquela que o precedeu. A predominância dos elementos que informam um, não afasta a sobrevivência dos rudimentos de anteriores e a emergência de fatores que prenunciam já um estágio superior de evolução”. Nesse sentido: NUNES, Avelãs. **Os sistemas económicos**. Coimbra: Almedina, 1994. p.27.

²³ PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p 39-58. *apud* ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 23-24.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 30.

²⁵ Temos como exemplo, além dos já indicados: a sociedade comercial, o condomínio, associação de pais, etc.

²⁶ BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23, jul./set., 1981. p. 41-42

²⁷ *Ibidem*.

categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica. Essa mesma coletividade é a titular dos bens protegidos com o advento da Lei n.8.884/94.

Cabe, aqui também, fornecer o conceito de direitos individuais homogêneos que são aqueles direitos decorrentes de origem comum, como o próprio art. 81 do Código de Defesa do Consumidor preceitua. Por conseqüente, os direitos nascidos em conseqüência da própria lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo).

Direitos difusos²⁸, não se confundem com interesses públicos²⁹. No entendimento de Prade (1993, p. 23-24) direitos difusos são aqueles “titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situações, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro abrangente de conflituosidade”³⁰.

Para Mazzilli (1995, p. 07) direitos difusos são “interesses indivisíveis de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso”³¹. A indivisibilidade de tais interesses diz respeito ao seu objeto, que não pode ser quantificado e distribuído entre os membros da coletividade.

Ou seja, tais interesses fazem parte de um conjunto de interesses

²⁸ Convém destacar que o CDC (Código de Defesa do Consumidor - Lei 8078/90) apresenta a seguinte conceituação em seu art. 81, no qual a doutrina nacional em parte se satisfaz: Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

²⁹ “interesses públicos correspondem aos interesses gerais de uma coletividade, mas abstraem dos interesses individuais que são satisfeitos; (...) os interesses difusos são sempre interesses que estão a satisfazer necessidades efetivas de cada um dos membros de uma classe ou de um grupo” SOUSA, M. T. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português**. Disponível em: <<http://www.judidium.it/archivio/teixeira01.html>> Acesso em: 22 de setembro de 2008.

³⁰ PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p 39-58 *apud* ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 23-24.

³¹ MAZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 7.

individuais conectadas por alguma situação objetiva³². Por este motivo, a Lei n. 8.884/1994 não tem como fundamento proteger e garantir interesses deste ou daquele concorrente individualmente considerado, mas sim, “defender e manter o processo competitivo cuja existência é de interesse de toda a sociedade, gerando bem-estar à coletividade. Trata-se, na verdade, de um direito difuso”³³.

Assim, a Lei a que se faz menção é clara ao abarcar a proteção dos direitos difusos³⁴, pois logo em seu primeiro artigo, parágrafo único, dispõe que a coletividade é titular dos bens protegidos por ela.

Nesse sentido, Mello (2003, p. 268):

o processo administrativo é a fórmula técnica ideal para fazer emergir os interesses difusos perante a Administração, mantendo ao mesmo tempo ‘a estabilidade organizativa e a distinção democrática de papeis, que são essenciais, por um lado, à certeza e à imparcialidade da Administração e, por outro, à própria existência e fecundidade da participação’.³⁵

3. O princípio da eficiência no processo administrativo antitruste

Princípio³⁶ é mandamento nuclear de um sistema, alicerce, pedra de toque, disposição fundamental que espargue sua força por todos os escaninhos do ordenamento,³⁷(BULOS, 2007, p. 384) que impõe obrigatoriamente uma conduta e ao mesmo tempo, invalida comportamentos praticados em desconformidade ao que preceitua seu conteúdo (funções positiva e negativa dos princípios).³⁸

³² Como exemplos de interesses difusos temos: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócio-econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc. Podemos exemplificar como interesses públicos ou gerais os seguintes: as garantias individuais e sociais fundamentais, a segurança pública, a moralidade administrativa, a qualidade de vida, a harmonia da família, o pleno emprego, a educação, a paz, etc.

³³ VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Antitruste em setores regulados**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006. p.81.

³⁴ Para Mazilli, os direitos difusos “são como um feixe de interesses individuais, com pontos em comum” (MAZILLI, op. cit, p.7).

³⁵ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela cautelar no processo administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 268.

³⁶ Segundo DELGADO (2008, p. 171), princípios são proposições ideais informadoras da compreensão do fenômeno jurídico e podem ser tomados como fonte supletiva em situações de lacunas nas fontes jurídicas principais do sistema.

³⁷ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.384.

³⁸ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. Princípios do Processo Administrativo: uma visão panorâmica. Cidadania e Justiça – **Revista de Direito**. Ituiutaba, 2004. p 113.

Nesse contexto, surgem vários princípios aplicáveis ao processo administrativo, tais como razoabilidade, verdade material, impessoalidade, publicidade, motivação, impulso oficial e a viga mestra do regime jurídico administrativo: o princípio da legalidade.

O princípio da eficiência administrativa, passou a integrar, com o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, o rol do artigo 37 da Constituição Federal, substituindo o antigo modelo burocrático pelo novo modelo gerencial. Segundo Moraes (2006, p. 90), “princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir maior rentabilidade social.”³⁹

Na seara pública, em que predomina a idéia função e não a autonomia da vontade, o agente deve adotar as medidas que conduzam à melhor solução na gestão dos interesses da coletividade, tendo em vista a limitação técnica e pessoal porventura disposta pela Administração Pública.

É nesse sentido que deve ser abordado o princípio em pauta. No dizer de Marcelo Harger (1998, p. 41), o princípio da eficiência “traduz o dever de alcançar a solução que seja ótima ao atendimento das finalidades públicas. Não basta que seja uma solução possível. Deve, isto sim, ser a melhor solução. Há um dever jurídico de boa administração para o atendimento da finalidade legal”.⁴⁰

O princípio da eficiência, sinteticamente, significa que a Administração Pública deve buscar o máximo aproveitamento possível aos meios de atuação disponíveis, superando formalidades burocráticas em atenção ao interesse público.⁴¹ O exercício de função clama um constante aperfeiçoamento do agente como pessoa e das técnicas atinentes à sua prática. Tais os aspectos subjetivo e objetivo da eficiência administrativa.

³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 90.

⁴⁰ HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1ª Ed. 1998, p.141

⁴¹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.99.

A eficiência, como princípio administrativo expresso tem a função de reforçar as preocupações da Administração, incrementando a mera reflexão estática sobre o adequado uso das suas prerrogativas. Álvarez elenca três consequências básicas do princípio: 1. a incrementação da avaliação dos fins públicos que introduzem as normas e os meios disponíveis à organização encarregada de sua satisfação; 2. a configuração de mais um critério jurídico para análise ponderada das possíveis contradições entre os distintos fins públicos na sua aplicação tópica e; 3. a melhor delimitação do exame da adequada distribuição dos meios disponíveis pelo poder público entre as distintas organizações à sua responsabilidade, em função da valorização dos fins e objetivos públicos atribuídos a todas elas.⁴²

A aplicação do princípio da eficiência no processo administrativo é determinada explicitamente pelo art. 2º, caput, da Lei 9784/99 e por outras normas implícitas esparsas. Para Ferraz & Dallari (2003, p. 100), o princípio da eficiência, aplicado ao processo administrativo “exige que este, no mínimo, chegue ao seu final, com celeridade, com uma decisão conclusiva que afirme ou negue um direito, ou solucione uma controvérsia”⁴³. Moreira (2003, p. 184) entende que a “eficiência processual garante o desenvolvimento de um processo célere, simples, com finalidade predefinida, econômico e efetivo”⁴⁴. Nesse diapasão, o princípio referido clama pelos seguintes tópicos característicos, de acordo com a obra do autor (MOREIRA, 2003, p.184-194):

a) celeridade – impõe que os atos processuais sejam praticados no mais curto espaço de tempo possível, de forma contínua e coordenada.

b) simplicidade – o processo não deve se revestir de formalidades extravagantes ou desnecessárias ao atingimento da finalidade por si visada.

c) finalidade predefinida - não devem haver processos administrativos aleatórios, sem escopo claro.

d) economia processual – preconiza o máximo resultado na aplicação do direito com o menor emprego possível de atividades processuais.

⁴² ÁLVAREZ *apud* GABARDO. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 96-97 .

⁴³ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.100.

⁴⁴ MOREIRA, Egon Bockman. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9784/99**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 184

e) efetividade – o processo deve prestar-se a um fim útil, atingindo um resultado concreto que atinja efeitos práticos no mundo real.⁴⁵

Nessa perspectiva, o processo antitruste, classificado como processo administrativo especial (frente o processo geral regulado pela lei 9784/99) deve, indubitavelmente, amoldar-se aos ditames do princípio da eficiência, promovendo um equilíbrio entre a necessidade de se obter a rápida recomposição na movimentação natural dos agentes competidores no mercado e a dose de formalidade garantidora da participação dos possíveis afetados pelo provimento.

A lei 8884/94 menciona a eficiência em dois dispositivos, conforme orientação de Salomão (2008, p. 144): no art. 20, §1º, apresentando-a como excludente de ilicitude, na medida em que a dominação de mercado relevante fica descaracterizada se tal conquista resultar de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores; no art. 54, §1º, I, c, a eficiência aparece como fundamento balizador para a aprovação da concentração de empresas, que requer a conjugação de outros fatores, previstos no artigo.⁴⁶

Nesse contexto, procederemos ao estudo do conteúdo do princípio em comento levando-se em conta a complexidade e a dinâmica das atividades econômicas do mundo hodierno.

3.1. Economicidade

O processo administrativo antitruste deve apresentar-se como um instrumento que obtenha o máximo possível de resultados com o mínimo possível de recursos e esforços, promovendo o balanço adequado das variáveis que compõe a “Energia Administrativa”, formulada por Mello (2004, p. 115), na qual aquela corresponderia ao tempo gasto pela Administração para praticar certo número de atos administrativos, requerendo o pessoal adequado e parcela do patrimônio público, daí: $Ead = T + A + P + \$$.⁴⁷

No que respeita a variante tempo, a lei 8884/94 estabelece prazos relativamente exíguos tanto para a instauração do processo (8 dias – art.

⁴⁵ MOREIRA, Egon Bockman. **Processo Administrativo**: Princípios Constitucionais e a Lei 9784/99. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 184-194.

⁴⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (Princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 144.

⁴⁷ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. Princípios do Processo Administrativo: uma visão panorâmica. Cidadania e Justiça – **Revista de Direito**. Ituiutaba, 2004. p.115

32), apresentação de defesa pelo representado (15 dias – art.33), instrução probatória (45 dias – art. 35, § 1º), regulação temporal do direito à palavra do representado no ato de julgamento em Plenário (15 minutos – art. 45).

A celeridade processual (aspecto temporal da economicidade) foi alçada à categoria de direito fundamental após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que incorporou ao art. 5º, o inciso LXXVIII, garantidor da “razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O princípio em comento, indubitavelmente pugna por um processo célere que, ao mesmo tempo não se descuida das garantias oferecidas aos administrados. Tal celeridade não pode ser encarada como um objetivo absoluto, na medida em que, em certos casos, um processo mais demorado pode satisfazer com maior robustez os imperativos da eficiência, ao evitar o recurso do particular ao Judiciário.

A lei geral do processo administrativo (9784/99), subsidiariamente aplicável a lei concorrencial, veda em seu art. 38, §2º, a produção de provas “ilícitas, impertinentes, desnecessárias e protelatórias”, e fixa também o dever de impulsão de ofício” em todas as fases do processo (arts. 2º, parágrafo único, 24, 42, 44, 49, 56 e 59).

Insta salientar também, o disposto no art. 29 da referida lei antitruste, que ao tratar do direito de ação salienta que “(...) o processo administrativo não será suspenso em virtude de ajuizamento de ação”, seja por intermédio de prejudicados ou pelos legitimados do art. 82 da lei 8.078/90.

Desta forma, fica evidenciada a autonomia existente entre o processo administrativo e os possíveis litígios na órbita judicial, o que demonstra maior celeridade para aquele na medida em que é dispensável sua suspensão, no que concerne à utilização do poder judiciário para reaver interesses individuais ou individuais homogêneos. Do contrário, se no caso em tela, fosse necessário aplicar a suspensão do processo administrativo, certamente o princípio da economicidade estaria fragilizado, tendo em vista que a duração do processo seria desarrazoada.

Outro reflexo do tema relativo à celeridade no processo antitruste concerne ao instituto da medida preventiva, prevista no art. 52 da lei 8884/94, que faculta ao secretário da SDE ou ao Conselheiro-Relator a faculdade de aplicá-la “quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo”.

Diante da circunstância autorizadora da aplicação da medida cautelar

administrativa, surge a exigência de que o Estado seja ágil e atue rapidamente, tendo em vista a potencial lesão a direitos difusos, ordenando a imediata cessação da prática infringente da ordem econômica. (art52, §1º). Tal exigência concretiza aplicação do princípio da eficiência e efetividade do processo.⁴⁸

A própria natureza das decisões do CADE, que se constituem em títulos executivos extrajudiciais (art. 60 - L.8884/94) favorecem a promoção da economia processual, na medida em que dificultam a utilização da via judicial como alternativa ao representado em caso de inconformismo frente às decisões da autarquia,⁴⁹ desafogando a máquina estatal. Contribui para a sustentação da assertiva anterior a disposição que permite ao Poder Judiciário a faculdade de decretar intervenções na empresa para permitir tal execução, através da nomeação de interventor (art.69 - L.8884/94).

O tema da economicidade é explicitado na seguintes orientação jurisprudencial do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica:

Tratam os presentes autos de recursos interpostos contra uma mesma Medida Preventiva, por meio de idênticas petições [...]. Por essas razões, levando em consideração os princípios da economia processual e da eficiência [...], entendo adequado realizar sua apreciação conjuntamente – como aliás fez este CADE relativamente a outros recursos interpostos contra a mesma medida e julgados há duas sessões. (grifos nossos)⁵⁰

3.2. Participação

O tema da celeridade processual é complexo, pois se de um lado, é extremamente salutar que o processo antitruste se conclua no menor intervalo de tempo possível, tornando-se uma via de efetiva coibição às práticas de abuso cometidas por empresas ou grupos econômicos que detenham o controle do mercado, seu procedimento deve assegurar aos

⁴⁸ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. Princípios do Processo Administrativo: uma visão panorâmica. Cidadania e Justiça – **Revista de Direito**. Ituiutaba, 2004. p.120

⁴⁹ AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira. O Processo Administrativo no CADE– Conselho Administrativo de Defesa Econômica in MEDAUAR, Odete. (Cord.) **Processo Administrativo - Aspectos Atuais**. São Paulo: Cultural Paulista, 1998, p.199.

⁵⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica/MJ. **Voto do Relator Marcelo Calliari**. RV 010, 011, 012, 013 e 014/99. Recorrentes: Abbott Laboratórios do Brasil Ltda. E outros. Processo administrativo n. 08012.009088/99-48

envolvidos, efetivos meios de demonstrarem suas razões e influírem na formação da convicção do órgão julgador (Plenário do CADE), em atenção aos princípios do contraditório e ampla defesa, consubstanciadores do devido processo legal. Nesse sentido, Gabardo (2002, p. 127):

Especialmente no processo administrativo (qualificado, então, pelo contraditório), tornam-se de grande importância alguns meios de colaboração no sentido de incrementação da eficiência, tais como: a garantia do direito à informação, a facilitação da vista dos autos, a correta intimação dos autos (com ciência da sua motivação), o fornecimento de fotocópias autenticadas, a publicidade efetiva e não meramente formal (...)⁵¹

A participação torna possível a co-responsabilização dos cidadãos pela decisão a ser buscada pelo processo antitruste, representando assim, um atributo da eficiência administrativa. A lei 8884/94 contém diversas disposições ensejadoras de tal participação, garantindo pois, a defesa dos representados e a possibilidade de formação do acervo probatório subsidiador do provimento final.

A lei sob enfoque prestigia a reiterada presença daquele que poderá vir a sofrer os efeitos da decisão do CADE, pessoalmente ou por intermédio de advogado, o que representa fator de legitimação ao exercício da função pública, através do processo. Nesse sentido, Oliveira (2008, p. 146):

Além de garantir a participação, em simétrica paridade, daqueles a quem se destinam os efeitos da decisão final do processo antitruste, na formação desta, o contraditório impõe ao CADE dever de buscar maximizar a satisfação do interesse público envolvido. Neste raciocínio, o respeito ao contraditório implica no dever das partes de participar de todas as fases do procedimento, na garantia da participação dos interessados e, sobretudo, numa atuação ativa da autarquia, enquanto sujeito participante da relação jurídica e, sobretudo, representante do Estado.⁵²

⁵¹ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Dialética, 2002. p. 127.

⁵² OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. A efetividade do contraditório no processo administrativo antitruste. **Revista de Direito da Concorrência** n.14. Brasília: IOB/CADE, 2008, p. 146.

O direito de petição, (o poder de requerer ou reclamar contra autoridades, perante o Poder Público⁵³) como corolário da participação, encontra-se garantido no art. 30 da lei antitruste, que permite que qualquer pessoa represente perante a Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça caso sinta-se de alguma forma, ofendida em sua liberdade concorrencial, utilizando o processo como um instrumento de controle social.

A garantia de reclamação do administrado (direito fundamental – art. 5º, XXXIV, a) o garante de uma potente prerrogativa fiscalizatória sobre a Administração Pública, cabendo exigir-lhe eficiência e presteza processual.

O instituto da “consulta pública”, previsto no art. 31 da lei 9784/99 encontra aplicação na lei concorrencial e permite que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica abra um período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

O instituto do compromisso de cessação concretiza a participação como atributo da eficiência administrativa, na medida em que permite que Administração e representado (a pessoa contra quem foi atribuída a prática de uma infração à ordem econômica) estabeleçam, bilateralmente, um termo contendo condições concernentes à paralisação temporária da conduta investigada, bem como a estipulação de multa em caso de descumprimento.

Tal acordo conduz à suspensão do processo administrativo antitruste até o término do prazo estipulado e não constitui confissão quanto à matéria de fato. Quando Administração e administrado colocam-se numa posição de mútuo entendimento, a coletividade sai ganhando, o que representa célere proteção aos interesses difusos envolvidos.

Ademais, com intuito de dar maior publicidade aos casos julgados, aprimorando a eficiência do processo administrativo antitruste, as sessões de julgamento passaram a ser transmitidas ao vivo pela internet a partir da 338ª Sessão Ordinária. O objetivo principal, neste caso, é proporcionar maior agilidade e transparência na divulgação das ações do Conselho, bem como beneficiar todos os interessados nos processos em trâmite no CADE⁵⁴.

⁵³ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p 118.

⁵⁴ CADE- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>> Acesso: 07/10/2008

3.3. Neutralidade

A eficiência administrativa só é alcançada se o agente público não se imbuir de paixão própria ao conduzir o exercício de sua função pública, já que maneja interesses da coletividade⁵⁵.

Deve ser o mais neutro e imparcial possível, evitando-se favoritismos ou perseguições.

A lei 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, estabelece instrumentos que permitem o afastamento do agente impedido (art.18) ou suspeito (art. 20). Em virtude de sua aplicação subsidiária ao processo antitruste, tais dispositivos deverão ser observados para a preservação da isenção de animo da autoridade antitruste. Nesse sentido, Ferraz & Dallari (2003, p. 137):

Seria total e absurdamente inútil o processo administrativo se inexistisse para os litigantes a garantia de imparcialidade na tomada da decisão. Do administrador-julgador há, pois, de se exigir, como condição de capacidade subjetiva, a inexistência de fatores que, direta ou indiretamente, sejam suscetíveis de prejudicar a total isenção que há de marcar sua atuação, sejam suscetíveis de prejudicar a total isenção que há de marcar sua atuação, em face dos direitos e interesses contrapostos(ainda quando entre tais direitos e interesses figurem aqueles de que titular a própria Administração).⁵⁶

A lei 8884/94 contém dispositivos que asseguram tratamento imparcial ao administrado, como o art. 42, que prevê o sorteio como critério de seleção do Conselheiro-Relator. A aleatoriedade em tese assegura que a distribuição dar-se-á de forma a prestigiar a isenção de ânimo daquele que formará um juízo de valor sobre a suposta infração à ordem econômica.

Para assegurar a independência e neutralidade do Plenário do CADE (composto por um Presidente e seis Conselheiros, de acordo com o art.4º

⁵⁵ Nesse sentido, RIBEIRO, *apud* MORAES (2006, p. 92): “[...] há um outro plano de sentido em que se fala de neutralidade do Estado: o de Justiça (...). Nesse sentido o Estado é neutro se, na resolução de qualquer conflito de interesse, assume uma posição valorativa de simultânea e igual consideração de todos os interesses em presença. A neutralidade não impõe aqui ao Estado atitudes de abstenção, mas mais propriamente atitudes de isenção na valoração de interesses em conflito. O Estado é neutro quando faz vingar a Justiça e estabelece regras do jogo justas”

⁵⁶ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 137.

da lei 8884/94), a lei antitruste arrola uma série de requisitos e vedações aos Conselheiros. Estes devem contar com idade não inferior a trinta anos de idade e possuir notório saber jurídico ou econômico, bem como reputação ilibada.

Não devem, pois, “receber honorários, percentagens e custas nos processos antitrustes que participarem”; “participar na forma de administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie”; “exercer profissão liberal”, “exercer atividades político-partidárias”, dentre outras, contidas no art. 6º da referida lei.

A lei 8884/94 assegura desta forma, meios de evitar que o Plenário do CADE se imiscua na avaliação da seara econômica pautando-se por conveniências de órbita pessoal, assegurando o caráter imparcial do processo antitruste como via hábil e eficiente no tocante à apuração de condutas abusivas da ordem econômica. Os agentes devem agir descompromissadamente em relação a interesses que contemplem exclusivamente suas pessoalidades, o que enaltece a figura da eficiência administrativa.

3.4. Razoabilidade

O princípio da eficiência administrativa coaduna-se indubitavelmente, com a noção do que seja razoável frente à relação estabelecida entre as situações de fato (motivo) e a atuação concreta da Administração (conteúdo do ato administrativo).

A razoabilidade, considerada como princípio geral de direito, estabelece a valoração do que seja a conduta realizada por um homem mediano⁵⁷. Desta forma, o administrador público no exercício de suas funções administrativas, deve agir com impessoalidade, atentando-se a critérios aceitáveis e lógicos do ponto de vista racional. A razoabilidade implica a exigência de que o agente público, ao exercer função, proceda de modo a alcançar o máximo de resultados, com o menor dispêndio de “energia administrativa”.

⁵⁷ Segundo HARGER (2001, p. 115): “A razoabilidade implica que o administrador deve se portar no curso do processo administrativo de modo compatível com os Standards de conduta. Deve, nesse sentido, admitir a produção de provas necessárias e recusar aquelas protelatórias. No seio dos processos condenatórios, deve procurar punir os culpados pela realização de ilícitos administrativos e absolver os inocentes. Em suma, deve evitar condutas desarrazoadas”.

Considerando que a intervenção estatal na seara econômica ganha contornos de excepcionalidade, de acordo com os ditames enunciados pelo art. 173, §4º da Constituição da República, o processo administrativo antitruste só deverá ser utilizado na medida em que for estritamente necessário para a consecução dos fins que lhe são inerentes (quais sejam, a repressão ao abuso do poder econômico e a recomposição da movimentação concorrencial dos agentes competidores), em atenção também à proporcionalidade da medida.

O princípio da razoabilidade estabelece que apenas são consideradas ilegais as condutas que limitam a concorrência de forma desarrazoada⁵⁸. Mello (2003, p. 280) entende que são permitidas assim, “práticas que, apesar de criarem restrições à livre concorrência, possuam razão de ser juridicamente aceita. A *rule of reason* elide a configuração da hipótese de incidência na norma antitruste”⁵⁹.

A lei 8884/94, no tocante a instauração e a instrução do processo administrativo, esclarece em seu art. 35 que:

após decorrido o prazo de apresentação da defesa, a SDE determinará a realização de diligências e a produção de provas de interesse da Secretaria, a serem apresentadas no prazo de quinze dias, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nesta Lei, mantendo-se o sigilo legal quando for o caso.

Imperioso anotar por meio desse dispositivo, a importância da aplicação do princípio da razoabilidade, pois, embora tal princípio não tenha sido mencionado expressamente nesse art. 35, o secretário da SDE deverá pautar-se por meios razoáveis na determinação da produção de provas, devendo admitir somente as que sejam realmente indispensáveis para a instrução do processo.

Neste mesmo sentido, encontra-se o art. 43 da referida lei, ao dispor que o Conselheiro Relator do CADE, poderá determinar a realização de diligências complementares ou a produção de novas provas, quando entender que são insuficientes os elementos existentes nos autos para formação de sua convicção.

⁵⁸ Nesse sentido, FORGIONI (1998, p. 184) “Pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável”.

⁵⁹ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela Cautelar no processo administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.280.

Por outro enfoque, no que diz respeito à decisão do CADE, uma vez julgada procedente a representação, o Presidente determinará a cessação da prática considerada abusiva, quando tratar-se de infração continuada, bem como aplicará a multa a ser recolhida pelo representado.⁶⁰ Caberá, portanto, ser arbitrada multa de forma razoável e proporcional à infração cometida, uma vez que a razoabilidade deve atrelar-se às necessidades da coletividade, à economicidade e à legitimidade⁶¹. Ademais, é imprescindível considerar o contexto específico em que cada infração é cometida, bem como sua razoabilidade econômica.

Outro aspecto de grande relevância relacionado ao princípio da razoabilidade é o que trata do abuso de posição dominante na lei 8884/94. Pode-se afirmar que o referido abuso é lícito desde que não produza seus efeitos, uma vez que a razoabilidade é utilizada como critério balizador da eficiência como excludente da ilicitude.

Embora o art. 21, caput, da referida lei enumere as condutas anticompetitivas, estas só serão consideradas infrações à ordem econômica à medida que provocarem algum de seus efeitos elencados no art. 20. Desta forma, é possível que a conquista de mercado pelo processo natural de concorrência, não constitua crime, desde que tal conquista resulte em maior eficiência de um agente em relação a outros.

Neste diapasão, Gumieri (2006, p. 144) salienta que:

o controle estrutural, admite que atos de concentração, ainda que possam restringir a concorrência, ou resultar na dominação de mercados, tenham seus potenciais efeitos anticompetitivos contrabalançados pelas eficiências e outros ganhos sociais, condição na qual são autorizadas⁶²

A análise dos atos de concentração na lei antitruste é diretamente interligada com o princípio da razoabilidade, uma vez que os efeitos restritivos devem razoavelmente ser compensados pelo ganho de eficiência, ou por outros aspectos positivos, tais como, redução de custos ligados a economia de escala, aumento de qualidade e produtividade,

⁶⁰ AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira. O Processo Administrativo no CADE—Conselho Administrativo de Defesa Econômica *In*: MEDAUAR, Odete. (Cord.) **Processo Administrativo - Aspectos Atuais**. São Paulo: Cultural Paulista, 1998, p.197.

⁶¹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 47.

⁶² VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Antitruste em Setores Regulados..** São Paulo: Lemos e Cruz, 2006. p144.

aperfeiçoamento tecnológico, entre outros, os quais podem justificar sua autorização por parte das autoridades antitruste.

Em outras palavras, o princípio ora referido, orientador da lei 8884/94 em matéria de condutas e de controle de concentrações econômicas, estende-se a uma minuciosa análise de custo e benefício das práticas restritivas da concorrência, admitindo, embora anticompetitivas, as que produzem eficiências compensatórias para o bem-estar econômico. A esse respeito, o CADE tem firmado a convicção doravante que se segue:

Processo Administrativo. Conduta: apuração de formação de cartel, entre outras práticas infratoras à concorrência. Análise de infração à concorrência no âmbito de serviço regulado. Conclusão: Adoção de série de normas regulatórias, fulcradas no poder de polícia da Administração Pública Municipal, que se destinam a estabelecer limites e condições às fontes de mercado (preço e entrada). Decisões regulatórias foram consequência imediata de política expressa e bem definida de regulação e encontram-se devidamente fiscalizadas. Razoabilidade das normas regulatórias vis a vis o princípio constitucional da livre concorrência. Fatos descritos não configuram infração à ordem econômica. Voto pelo arquivamento do processo.⁶³

Conclui-se, pelo exposto, que a aplicação do princípio da razoabilidade, por meio de parâmetros coerentes, medianos e sensatos⁶⁴, somado aos demais princípios, permite o aprimoramento da eficiência administrativa da lei 8884/94. Assim, é possível que as finalidades públicas objetivadas pelo processo administrativo antitruste sejam alcançadas, tanto pelo combate às práticas abusivas, como também por meio do estímulo às práticas e estruturas competitivas de mercado.

Considerações finais

Processo administrativo é vínculo jurídico que se desdobra temporalmente numa harmônica seqüência de atos administrativos

⁶³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº 08012.006507/1998-81. Relator: Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Formalizado em: 8/12/2001.

⁶⁴ No dizer de CARDOSO *apud* MORAES (1998, p. 182), razoabilidade é: “o princípio que determina à Administração Pública, no exercício de faculdades discricionárias, o dever de atuar em plena conformidade com critérios racionais, sensatos e coerentes, fundamentados nas concepções sociais dominantes.”

(processuais) lógica e juridicamente concatenados, visando uma decisão final imperativa do Estado e que se realiza mediante a participação dos interessados em contraditório.

Processo administrativo antitruste é modalidade especial de relação jurídico-processual administrativa, regulada pela lei 8884/94, que tem por objeto específico a proteção do mercado, da livre iniciativa concorrencial, apresentando-se como instrumento protetivo de interesses difusos. Tem por escopo preservar o indivíduo de ações arbitrárias do Estado e dos outros indivíduos e ao mesmo tempo, preservar a coletividade, ao reafirmar os princípios da ordem econômica.

Atrelado ao processo antitruste, o princípio da eficiência impõe que aquele seja conduzido celeremente ao seu desfecho, que não se reduza a um conjunto estéril de formalidades excessivas, que fomente a participação daqueles que poderão vir a sofrer os reflexos de seu provimento em suas esferas jurídicas, que estabeleça mecanismos assecuratórios da neutralidade e isenção das autoridades julgadoras, que considere os aspectos de razoabilidade no decorrer de suas fases e que promova a economia processual, evitando desperdícios e repetições desnecessárias.

A recomposição da natural movimentação dos agentes no mercado, por intermédio do processo antitruste deve-se dar no menor espaço de tempo possível, considerando sua inegável nuance pública. A eficiência administrativa consubstancia, mais do que importante fator de celeridade na prevenção e repressão às infrações à ordem econômica, a garantia de que tal interesse público seja alcançado pela forma menos gravosa ao âmbito social e que os destinatários do provimento imperativo tenham asseguradas as condições de influir em sua formação, conformando-se, pelo menos, com a legitimidade da medida.

A Lei 8884/94 oferece mecanismos vários que, como vimos, ratificam a presença da eficiência administrativa em seu bojo. A aplicação subsidiária da lei 9784/99 complementa a disciplina processualística, majorando o arcabouço garantidor da eficiência na seara concorrencial, o que enaltece a dignidade da pessoa humana, finalidade precípua da Administração.

Referências

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira. O Processo Administrativo no CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica *in*: MEDAUAR, Odete. (Cord.) **Processo Administrativo - Aspectos Atuais**. São Paulo: Cultural Paulista, 1998

ANTUNES, L. F. C. **A tutela dos interesses difusos em direito administrativo**: para uma legitimação procedimental. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 21ªEd. São Paulo: Malheiros, 2006.

BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23, jul./set., 1981

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988.

_____. Lei n. 8884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em autarquia e dispõe sobre a repressão às infrações à ordem econômica e dá outras providências.

_____. Lei n. 9784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal e dá outras providências.

CARDOSO, José Eduardo Martins. **Princípios Constitucionais da administração pública**. São Paulo: Atlas, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16ª Ed. São Paulo: Lúmen Iuris, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ªed. São Paulo: LTr, 2008.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1998.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

MAGALHÃES, Agamênon. **Abuso de poder econômico**. Recife: Edições Folha da Manhã, 1949.

MAZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 1993.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Princípios do Processo Administrativo: uma visão panorâmica**. Cidadania e Justiça – **Revista de Direito**. Ituiutaba, 2004.

_____. **Tutela cautelar no processo administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Princípios constitucionais da administração pública**. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, Egon Bockman. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9784/99**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. A efetividade do contraditório no processo administrativo antitruste. **Revista de Direito da Concorrência** n.14. Brasília: IOB/CADE, 2008.

PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (Princípios e fundamentos jurídicos). 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUSA, M. T. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português**. Disponível em: <<http://www.judidium.it/archivio/teixeira01.html>> Acesso em: 22 de setembro de 2008.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Antitruste em Setores Regulados**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.