PAULO MÁRCIO REIS SANTOS

Advogado em Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro das Comissões de Educação Jurídica e de Regulação e Concorrência da OAB/MG. Professor e Coordenador Técnico da Escola Superior da Advocacia da OAB/MG. Professor da Graduação e da Pós-Graduação *lato sensu* da Universidade FUMEC

# Direito Econômico Processual:
# *uma abordagem pela Análise Econômica do Direito*

Belo Horizonte

2013

**UNIVERSIDADE FUMEC**

REITOR
Prof. Doutor Eduardo Martins de Lima

**FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE**
Prof. Antônio Marcos Nohmi – Diretor Geral
Prof. João Batista de Mendonça Filho – Diretor de Ensino
Prof. Fernando de Melo Nogueira – Diretor Administrativo-Financeiro
Profa. Silvana Lourenço Lobo – Coordenadora do Curso de Direito
Prof. Daniel Firmato de Almeida Glória – Coordenador Adjunto do Curso de Direito

Rua Cobre, n. 200. Belo Horizonte, Minas Gerais – Brasil
Tel.: 55 (31) 3228-3090
**www.fumec.br**

Editoração eletrônica e capa: Flávia Flecha
Impressão: www.clubedosautores.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S237d

Santos, Paulo Márcio Reis
Direito Econômico Processual: uma abordagem pela análise econômica do direito / Paulo Márcio Reis Santos. – Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e Saúde, 2013.
242 p.; 21 cm.

Obra publicada também em Portable Document Format (PDF).
Inclui bibliografia.
ISBN: 978-85-88228-19-1

1. Direito processual. 2. Direito econômico. I. Título.

CDU: 346.91

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da FCH-FUMEC
© Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro pode ser reproduzida sob quaisquer meios existentes sem a autorização por escrito do autor.

*À minha esposa Kelly, pela presença, carinho e amor.*

*Ao meu filho Vitor Gabriel, pela sua tão esperada chegada.*

*Aos meus pais, Marcus e Ilda pelo amor e pelas oportunidades.*

*Ao Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, pelas grandes lições de Direito Econômico.*

*Ao Professor Daniel Firmato de Almeida Glória, amigo e grande incentivador desde os tempos da graduação.*

*Ao advogado Marco Antônio Gonçalves Tôrres, pelo aprendizado diário e incentivo constante.*

# PREFÁCIO

Surge mais uma provocação sobre o tema da relação entre a competência constitucional do Poder Judiciário, integrante de um dos três Poderes da União, assim definido pelo artigo 2º da Constituição Federal e a competência legal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica para julgamento de questões atinentes à ordem econômica. E é esse mesmo artigo que impõe a independência e a harmonia entre os Poderes. Independência que impede a qualquer Poder interferir na esfera de competência e atuação de outro. Mas essa independência esta envolvida também com a exigência constitucional de harmonia, o que impõe um constante entrelaçamento de pontos de vista, de decisões, de questionamentos.

Há, com efeito, questões de ordem social, econômica, jurídica que reclamam a colaboração dos três poderes para a construção de uma ordem jurídica, em que sejam atendidas as exigências do Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos exigem a busca de equilíbrio entre o interesse social e o interesse individual.

O trabalho que agora vem a lume, de autoria de Paulo Márcio Reis Santos, tem como proposta justamente discutir um tema que deve ser objeto de análise pelos três Poderes: o alcance, o significado e a eficácia do regime de economia de mercado. Este regime foi adotado pelo Constituinte, que tracejou seu conteúdo em vários dispositivos da Constituição e deve ser implementado pela atuação dos três Poderes.

No caso específico do trabalho que agora tenho a honra de apresentar, o Poder Legislativo, com a finalidade de garantir a plena realização de uma economia de mercado, cria uma Autarquia, com poder judicante. O Poder

Executivo, dando seguimento à implantação desse órgão, nomeia Conselheiros dotados de saber jurídico e econômico e organiza todo um conjunto procedimental para solução das questões relativas à concorrência no mercado. O Poder Judiciário tem sua atuação constitucional detalhada, em matéria de concorrência, a partir do artigo 93 da Lei nº 12.529, de 2011. E, nas disposições transitórias da lei, o legislador determina, no artigo 118 da mesma lei, a obrigatoriedade da intimação do Cade para, querendo, intervir nos processos judiciais em que se discutam questões de aplicação da lei de concorrência.

O trabalho que agora se divulga vai examinar justamente as implicações dessa determinação legal. Aqui vai ser discutida a consequência dessa disposição legal. Deixo ao leitor, como provocação, a verificação dos pormenores de discussão relativa à matéria processual, se se trata mesmo de uma "assistência" nos moldes do Código de Processo Civil, ou se estamos diante de uma inovação com a introdução da figura do "amicus curiae".

A relação decisória em matéria de Direito Econômico, e centralizadamente no âmbito de Direito da Concorrência, provoca questionamentos de tempo econômico e de "conteúdo econômico", o que levará certamente a um posicionamento adequado diante da perspectiva aberta pela lei para a introdução da figura do "amicus curiae".

As questões relativas ao relacionamento econômico dentro de uma estrutura de mercado exigem decisões em tempo econômico. A extrema agilidade com que se desdobram os fenômenos econômicos exige que a decisão seja compatível com essa qualidade. De outra forma serão totalmente ineficientes e não terão qualquer eficácia. A decisão poderá ser justa, mas estará destituída de eficiência. A exigência de celeridade não se compadece com a

atual morosidade das decisões judiciais, decorrente certamente da enorme pletora de processos em tramitação.

A visão do Direito Comparado nos oferece provocações, que não podem traduzir-se em imitações ou cópias incondicionadas. Como provocação, pode-se referir o prazo que levou a Suprema Corte dos Estados Unidos para decidir o caso Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS, Inc. O processo foi apresentado ao Tribunal em 26 de março de 2007 e decidido em junho de 2008. A polêmica desse caso, em que a Suprema Corte inverteu seu entendimento já centenário, não foi obstáculo a uma tramitação célere.

Por outro lado, a intensa correlação entre Economia e Direito é outro ponto que é analisado no livro. Essa interdisciplinaridade se propõe como um desafio.

A adoção de um regime de economia de mercado, em consonância com o direcionamento constitucional vigorante no mundo ocidental, realça a correlação entre Direito e Economia. Esta correlação tinha sido já profetizada por OLIVER WENDEL HOLMES, ao afirmar que “devemos estar avisados da armadilha do arcaísmo, e devemos lembrar-nos de que para nossos fins nosso único interesse no passado se deve à luz que ele lança sobre o presente. Eu antevejo um tempo em que a parte desempenhada pela história na explanação do dogma será muito pequena, e em lugar de uma pesquisa engenhosa nós gastaremos nossa energia num estudo dos objetivos que se pretenda alcançar e das razões para desejá-las. Como um passo rumo a este ideal parece-me que todo advogado terá que procurar um entendimento da economia. O presente divórcio entre as escolas de economia política e de direito parece-me uma demonstração de quão grande progresso no estudo filosófico ainda está por ser feito ( ).

Em tom ainda profético, assevera HOLMES que “no que tange ao estudo racional do direito o homem do direito (the black-letter man) pode ser o homem do presente, mas o homem do futuro é o homem da estatística e o mestre de Economia ( ).

O entendimento das relações de mercado passa forçosamente por uma análise econômica de sua estrutura, da atuação das empresas e da regulação do Estado. Não é possível entender estas relações contextuais somente com a utilização de um instrumental jurídico. Os fatos que se desenrolam no mercado exigem, para sua adequada apreensão e, conseqüentemente, para sua transposição para o nível do dever-ser, a adoção de uma lógica diferente da jurídica, mas que lhe serve de substrato. A economia é um instrumento indispensável para o direito. E esta afirmativa pode ser esclarecida, se levarmos em conta a correlação entre raciocínio e linguagem. Podemos dizer que esta é um instrumento indispensável para o primeiro, o que não pode ser visto como uma relação hierárquica, mas sim como uma interrelação de coexistência. O raciocínio não alcançaria sua exteriorização e, portanto, a possibilidade de influência para além do ser pensante, se não houvesse a linguagem. Por outro lado, esta não atingiria seus objetivos se não lhe fosse presente um conteúdo, um sentido. Esta mesma correlação é a que se processa entre Direito e Economia.

A apreensão do conteúdo das regras jurídicas é de capital importância para a adequada definição da natureza jurídica ou econômica da magistratura econômica. A substância dessas regras é econômica, sua forma é jurídica. Sua aplicação exige um balanço econômico-jurídico que deve empenhar os juízes e que envolve ainda uma percepção social e política. É esse jogo de busca de um equilíbrio que envolveu os juízes americanos não

especializados, na aplicação do direito antitruste por mais de um século. Essa história evolutiva é apontada por BARRY E. HAWK, que a divide em quatro fases:

“Primeiramente, existe uma forte e séria tensão entre o desejo de certeza jurídica (isto é, o recurso a regras precisas e previsíveis) e a análise econômica de uma questão determinada;

Em segundo lugar, as mudanças e os desenvolvimentos da teoria econômica sugerem ou exigem freqüentemente mudanças da doutrina jurídica, o que pode reduzir a certeza jurídica;

Em terceiro lugar, considerações não vinculadas à política de concorrência (tais como objetivos políticos de desconcentração do poder de mercado e de proteção das pequenas empresas) podem significativamente complicar a análise judiciária, introduzindo fatores ou objetivos que não são sempre compatíveis com, ou pelo menos que não se acomodam realmente com uma análise econômica;

Em quarto lugar, com o risco de simplificar demasiadamente, os tribunais americanos tiveram a tendência para efetuar um movimento de balanço entre dois pólos opostos quanto às regras de interpretação e quanto aos métodos de análise utilizados:

um exame mais amplo de todos os fatos e circunstâncias que envolvem um acordo ou uma prática particular, compreendidas suas “finalidades”, a “intenção” das partes, os efeitos sobre o mercado, etc. (por exemplo, as análises da regra da razão); e

regras simples (chamadas “linhas claras”), mais fáceis de um ponto de vista administrativo (por exemplo, as proibições “per se” relativamente aos acordos que fixam preços entre concorrentes) ( ).

Posto em contato com uma realidade econômica em que há necessidade de resolver os conflitos em presença, o magistrado deve necessariamente utilizar-se de um instrumental econômico.

Em 1977, Alexis Jacquemin e Guy Schrans já observavam que o problema de uma magistratura econômica não é novo e vai muito além da perspectiva limitada de criar uma magistratura nova ou de introduzir transformações. O crescente desenvolvimento da vida econômica incita a promoção de diversos tipos de instituições que o direito habilita para formular uma apreciação de uma determinada situação econômica, a título quer preparatório, quer consultivo, quer decisório ( ).

Salientam esses autores que a intervenção de uma autoridade para solucionar um conflito de conteúdo essencialmente econômico pode ocorrer em diversos níveis, resumidos em dois pólos: o da legalidade da decisão, e o da oportunidade dessa mesma decisão.

Afirmam que “na realidade, os “poderes” (quer seja o do Estado, da empresa ou de um particular) têm direito a uma margem de decisão discricionária. Não é concebível, em nosso sistema econômico descentralizado, que todos os poderes estejam vinculados. Em regra geral, o juiz deve respeitar esta margem de discrição, mas deve traçar seus limites com clareza, não somente no que concerne ao controle da legalidade interna e externa, mas também no domínio mais delicado da oportunidade. Desde que o legislador tenha orientado a significação que convém dar a uma noção vaga ou que tenha estabelecido qualquer escala de prioridade entre diversos valores que se põe diante do juiz, este deve poder controlar. Não é preciso dizer que a tarefa do juiz seria grandemente facilitada se todo “poder”, público ou privado, dotado de uma margem de discrição, desse conhecimento explicitamente dos

motivos que levam a utilizar seu poder discricionário desta ou daquela maneira. A motivação dos atos ou decisões é portanto um dos elementos essenciais da magistratura econômica" ( ).

O juiz, ao apreciar uma questão já decidida pelo CADE, estará diante de uma decisão discricionária, com suficiente motivação de conteúdo jurídico e econômico. E é uma decisão proferida por todo um corpo de técnicos altamente especializados, desde os economistas que compõem os órgãos instrutórios até aqueles que, em conjunto com juristas especializados, proferem a decisão de mérito.

Em 1973, a obra de Richard A. Posner dá seguimento ao movimento surgido na Universidade de Chicago com Aaron Director e Ronald H. Coase, propugnando pela adoção de uma metodologia adequada ao tratamento de questões jurídicas cujo cerne é o elemento econômico. As decisões que tratam de questões ligadas ao Direito da Concorrência têm que acatar certos balizadores como o da eficiência, o da maximização do bem estar ou da felicidade. Procura-se uma decisão que leve os interessados a um posicionamento em que haja menor custo e maior benefício. Ora, a avaliação desses parâmetros dentro de uma situação concreta que se antepõe ao juiz exige deste uma sólida preparação e conhecimento econômico.

Em recente estudo promovido pela OCDE se discute a visão de diversos magistrados, vinte juízes de 14 países, envolvidos com o desafio de decidir questões suscitadas pelos conflitos da vida econômica.

Dentre as opiniões, vale ressaltar a de uma juíza do Tribunal de Apelação do Sétimo Circuito dos Estados Unidos e de dois juízes federais do Competition Tribunal do Canadá.

A juíza Diane P. Wood assinala que poucas áreas legais se apóiam mais diretamente sobre o conhecimento econômico do que aquela que visa preservar ou garantir a concorrência. Para condenar as práticas que sejam anticompetitivas e para garantir a liberdade de mercado, a lei de concorrência necessita de um dispositivo de proteção que seleciona para execução somente as práticas que possam vir a prejudicar o mercado. Dentre esses instrumentos, a Economia se apresenta como prima inter pares. E conclui sua reflexão, afirmando que "a análise econômica desempenha um papel central nas decisões sobre concorrência. Os juízes, para decidirem ou reverem estas questões, devem ter acesso à prova trazida por experts que apontarão para o resultado correto. Qualquer que seja o sistema, o conteúdo do direito que se lhes apresenta é profundamente econômico. E como a própria Economia é uma área que se muda e se desenvolve a cada dia, o próprio direito deve incorporar a mesma espécie de flexibilidade; os americanos observam com freqüência quão deplorável teria sido se a Lei Sherman tivesse ficado congelada quando das decisões econômicas de 1960. Isto não aconteceu, porque os juízes, todos eles generalistas, foram capazes de incorporar os novos e recentemente desenvolvidos conhecimentos econômicos. O direito se desenvolverá ainda nas próximas décadas, como ocorreu desde 1890. Com o crescente comércio transnacional e a promessa de maior cooperação entre as autoridades de concorrência, será mais importante do que nunca para o judiciário de cada país entender e analisar o papel que seus pares desempenham, quer na utilização da Economia quer na mais abrangente aplicação do Direito" ( ).

O juiz federal William P. Mckeown, presidente do Competition Tribunal, e o juiz federal Marshall E. Rothstein, membro do mesmo Tribunal ( ), relatam

os fundamentos em que se baseou o Parlamento canadense para a criação de um tribunal especializado:

“Numa área de direito que se apóia tão firmemente na economia e no julgamento empresarial é muito importante ter um corpo decisório que tenha a expertise para tratar com questões complexas de concorrência ao mesmo tempo em que provê proteção legal. Nós propomos criar um corpo judicante inteiramente novo, o tribunal de concorrência. A finalidade deste tribunal será a de julgar questões não-criminais de concorrência. Sua composição compreenderá juízes e leigos experientes nas áreas de comércio, economia e negócios públicos.

Esta proposta trata de um dos problemas que temos reconhecido e com ele temos convivido por muitos anos, a complexidade das questões de concorrência. Tipicamente, as questões se referem a efeitos prováveis – efeitos futuros – e implicações de várias atividades empresariais, questões que têm de ser consideradas em seu contexto comercial e econômico. Respostas a questões como estas requerem comumente a aplicação não somente de uma expertise legal mas a expertise sobre como o mercado funciona” ( ).

É essa correlação que impulsiona o Autor do presente trabalho à consideração do último ponto de sua pesquisa, e que é o ápice de sua indagação. É que o artigo 118 da Lei 12.529, de 2011, determina que “nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

Está assim reservada ao Cade a possibilidade de comparecer nos processos judiciais em que se analisam questões que são objeto da lei, ou seja, questões de conteúdo concorrencial, como “amicus curiae”. O Autor analisa muito

bem este tópico e sua opinião merece ser levada em conta pelo Poder Judiciário.

A figura do “amicus curiae” é definida pelo Black’s Law Dictionary muito concisamente como aquela pessoa “que não é parte num processo, mas que requer ao Tribunal ou é convidada pelo Tribunal para emitir um parecer porque aquela pessoa tem um eminente interesse na questão discutida” (9).

E o Autor traz a contribuição do Ministro Luiz Fux que assim expressou sem entendimento: “E não há dúvida que o Cade detém interesse jurídico, dadas as suas funções institucionais e a própria existência de processo na via administrativa, acerca dos fatos narrados à inicial. Em havendo interesse jurídico, evidentemente que a intervenção se amolda ao instituto da assistência..." .

O livro vem acrescentar mais um subsídio para a reflexão jurídica para além dos muros da Academia. A comunidade jurídica estará enriquecida com mais esta contribuição.

*João Bosco Leopoldino da Fonseca*
*Professor Titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFMG*

Belo Horizonte, 29 de maio de 2013.

## APRESENTAÇÃO

Constitui uma grande honra e muita satisfação apresentar esta preciosa obra do professor PAULO MÁRCIO REIS SANTOS.

Paulo Márcio formou-se em 2003 no Curso de Direito da Universidade Fumec, tendo se destacado pelo empenho, estudo e dedicação ao longo do período de graduação.

Antes mesmo de se formar, ainda como estagiário, já despontava em seu escritório como promissor advogado, condição esta que se confirmou com o tempo ao conquistar o status de sócio do sólido escritório Santiago, Tôrres e Saldanha Sociedade de Advogados na capital mineira.

Com alguns anos na advocacia privada, Paulo Márcio, ainda influenciado pelas magníficas aulas na graduação do saudoso e emérito professor Washington Peluso Albino de Souza, entra, após disputado certame, no mestrado em Direito Econômico na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Em setembro de 2009 tem sua dissertação de mestrado intitulada "O Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a utilização da Análise Econômica do Direito como garantia da liberdade e da empresa no processo judicial de defesa da concorrência" aprovada, diante de banca constituída pelos professores João Bosco Leolpodino da Fonseca (orientador), Leonardo Militão Abrantes e Amanda Flávio de Oliveira.

Em 2012, o professor Paulo Márcio passou a integrar o corpo docente do Curso de Direito da Universidade Fumec lecionando a disciplina de Direito Econômico e de Direito Constitucional.

Em 2013 assumiu turmas da cadeira de Direito Internacional Público e Direito da Integração, demonstrando sua predileção absoluta pelo Direito Público.

Paulo Márcio, na sua condição de docente tem se esmerado em contribuir, não apenas dentro de sala de aula, com formação sólida do corpo discente, mas também em projetos de extensão e na busca incansável pela abertura de cursos de pós-graduação "lato sensu" em Direito no âmbito da Universidade Fumec.

Estou certo que Paulo Márcio, talentoso professor e competente advogado, tem futuro de sucesso, tanto na vida acadêmica quanto na profissional.

*Daniel Firmato de Almeida Gloria*

*Mestre em Doutor em Direito Econômico pela UFMG. Coordenador Adjunto do Curso de Direito da Universidade FUMEC. Professor Titular de Direito Econômico e de Direito do Consumidor da Universidade FUMEC. Defensor Público em Minas Gerais*

Belo Horizonte, junho de 2013

**SUMÁRIO**

PREFÁCIO ..... 7
APRESENTAÇÃO ..... 17
MENSAGEM DO AUTOR ..... 24
INTRODUÇÃO ..... 24
O SENTIDO DAS PALAVRAS JUSTIÇA E EFICIÊNCIA ..... 37

**CAPÍTULO I – O DIREITO ECONÔMICO DA CONCORRÊNCIA E O REGIME DE ECONOMIA DE MERCADO**

1. Prevenção e repressão ao abuso do Poder Econômico: aspectos históricos..... 54
2. A perspectiva do Direito Comparado: antecedentes do Sherman Act ..... 58
3. A adoção do modelo de economia de mercado ..... 65
4. Políticas Econômicas Institucionais: o surgimento dos órgãos de defesa da concorrência – interação entre juristas e economistas ..... 72

**CAPÍTULO II – O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL**

1. Antecedentes da legislação de defesa da concorrência no Brasil: a luta de Delmiro Gouveia ..... 76
2. A repressão às infrações econômicas na esfera administrativa ..... 80
3. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica ..... 82

3.1. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a defesa da liberdade da coletividade ..... 87

## CAPÍTULO III – A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

1. Análise Econômica: antecedentes históricos ..... 92
2. A busca pela eficiência e a Escola de Chicago ..... 104
3. A eficiência alocativa e os órgãos de defesa da concorrência ..... 110

## CAPÍTULO IV – *AMICUS CURIAE*

1. *Amicus curiae*: um instituto democrático ..... 114
2. *Amicus curiae* e a defesa da concorrência ..... 122

## CAPÍTULO V – PODER JUDICIÁRIO E A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA

1. Antecedentes históricos ..... 124
1.1. A judicialiazação da concorrência e a necessidade de uma magistratura econômica ..... 129
2. *Amicus curiae* e magistratura econômica ..... 137
2. Poder Judiciário e Cade: exacerbação de competência ou *amicus curiae*? ..... 139
3. A experiência do direito norte-americano ..... 157

4. A experiência do direito canadense ..... 167
5. A experiência do direito europeu ..... 169
5.1. O princípio do reenvio prejudicial na União Européia ..... 169
5.2. O Regulamento CE 01/2003 ..... 172
5.3. A lei espanhola de defesa da concorrência ..... 180
5.4. A experiência holandesa ..... 181

**CAPÍTULO VI – ANÁLISE ECONÔMICA DA ATUAÇÃO DO CADE NOS PROCESSOS ENVOLVENDO A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA**

1. A eficiência alocativa em face dos custos de transação ..... 186
2. Custos de transação e segurança jurídica: efeitos da intervenção do Cade na liberdade do consumidor e da empresa ..... 192
3. Cooperação entre o Poder Judiciário e o Cade: ganhos de eficiência para o sistema ..... 195
4. Estudo de casos ..... 209

CONSIDERAÇÕES FINAIS ..... 222

BIBLIOGRAFIA ..... 228