Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

A transação judicial como instrumento de concretização do interesse público*

*Arthur Sanchez Badin***

Diante do princípio da indisponibilidade do interesse público, o Cade pode celebrar acordo judicial transacionando direitos e obrigações decorrentes de decisão proferida em processo administrativo sancionador? Em caso positivo, quais as principais cautelas e requisitos que devem balizar a decisão do Cade em negociar e firmar a transação judicial?

Em agosto de 2004, o Cade condenou as empresas Microsoft do Brasil Ltda. e TBA Informática Ltda. por infração contra a ordem econômica (art. 20 da Lei nº 8.884/94). Entenderam os conselheiros que o arranjo contratual estabelecido entre as duas limitava a concorrência no mercado de venda e licenciamento de *softwares* e prestação de serviços de informática, especialmente à administração pública federal. Ao estabelecerem contratualmente a exclusividade na distribuição de produtos Microsoft à TBA, as empresas teriam estendido o poder de monopólio que a primeira detém no mercado de *softwares* (*upstream*) para o mercado de distri-

* Comentário de Arthur Sanchez Badin, e parecer da Procuradoria-Geral do Cade no caso TBA/Microsoft encaminhado à professora doutora Elizabeth Farina (presidente do Cade) em 5 de setembro de 2006. Alguns gráficos foram suprimidos e apenas suas informações foram mantidas.

** Advogado e presidente do Cade (2009/2010). Ex-procurador-geral do Cade (2006-2008). Exerceu os cargos de chefe de gabinete da Secretaria de Direito Econômico (2003-2005) e presidente do Conselho Federal Gestor do Fundo de Direitos Difusos (2003-2005). Mestrando em direito econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em defesa da concorrência e regulação pela FGV em São Paulo e em direito empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

buição (*downstream*), configurando abuso de posição dominante e restrição vertical à entrada de novos concorrentes.

Por essas razões, além de cessação da prática, as empresas foram condenadas a multas e obrigações de fazer. Seguiram-se então diversos recursos administrativos e judiciais¹ questionando a legalidade e a justiça da decisão do Cade, que resultaram em liminares determinando a suspensão do pagamento das multas mediante garantia judicial.

Nesse contexto, as empresas propuseram à Procuradoria do Cade uma transação judicial visando extinguir as ações judiciais e regularizar sua situação perante o Cade. A possibilidade de celebração de transação judicial é prevista desde a promulgação da Lei nº 8.884, em 1994, porém nunca havia sido utilizada. Trata-se de um importante instrumento de efetivação das decisões do Cade, não raras vezes dificultado em razão da prodigalidade na concessão de liminares em processos judiciais. Entretanto, o instrumento deve ser empregado com cautela, para que não se torne um incentivo à “judicialização” abusiva das decisões do Cade.

A partir desse *leading case*, firmou-se o entendimento de que a celebração de transação judicial está subordinada a um juízo de conveniência e oportunidade do Cade à luz de avaliação de sua Procuradoria sobre os riscos de sucumbência. No caso concreto, a Procuradoria do Cade avaliou como “provável” o risco de derrota judicial pelas razões que poderão ser analisadas no parecer abaixo publicado.

Em resumo, ocorreu que o Cade havia definido a multa da Microsoft em “dez por cento do faturamento auferido com licenciamento de *softwares* ao Governo Federal”. Posteriormente à decisão, entretanto, verificou-se que a Microsoft do Brasil Ltda. não possuía faturamento, pois os licenciamentos eram feitos diretamente pela Microsoft Inc. Ressalvado o entendimento da Procuradoria do Cade de que a responsabilidade pelo pagamento da multa é do grupo econômico, reputou-se elevada a chance de o Poder Judiciário decidir pela impossibilidade de transcendência subjetiva da pena.

O Plenário do Cade acolheu a proposta de transação, autorizando o encerramento dos processos judiciais mediante o pagamento da multa, com desconto de 20% sobre uma base de cálculo estimada segundo parâmetros negociados e especificados no parecer.²

¹ Processos que tramitaram na Justiça Federal, seção judiciária do DF: 2006.34.00.017801-3 (TBA), 2006.34.00.017609-9 (MS), 2006.34.00.025048-2 (MS), 2004.34.00.015593-0 (MS), 2001.34.00.033541-3 (MS), 2002.34.00.015214-0 (MS), 2004.34.00.020629-0 (MS) 2004.43.00.026664-8 (TBA).

² O voto da presidente Elizabeth Farina, que acolheu o parecer da Procuradoria do Cade abaixo transcrito, foi assim proferido: “[...] O parecer do Ministério Público Federal (fls. 7768/7770) e o parecer ProCade sustentam a competência legal do Plenário do Cade para a realização de acordos e transações judiciais, nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.469/97 que expressamente autoriza autarquias a realizar tais acordos, e nos termos da Lei nº 8.884/94, que, em seu artigo 10, IV, prevê a competência da Procuradoria do Cade de ‘promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem

Desde então, outras transações vieram a ser firmadas pelo Cade.³ O desenvolvimento desse instituto vem sendo feito pelo Cade paralelamente ao do termo de compromisso de cessação (TCC), instrumento de solução alternativa e negociada do processo administrativo sancionador, pelo qual se permite o encerramento do processo administrativo mediante a transação da pena, à semelhança da transação do processo penal.

Ambos os institutos são exemplos do que Carlos Ari Sundfeld chamou de “direito administrativo dos negócios”, em oposição ao “direito administrativo do

econômica, mediante autorização do Plenário do Cade, ouvido o Ministério Público Federal’. Os dispositivos legais mencionados são claros e expressos quanto à possibilidade e competência do Plenário do Cade para a realização desse tipo de acordo, que deve ser, em obediência ao estrito mandamento legal, promovido pela Procuradoria do órgão, ouvido o Ministério Público. Por sua própria natureza, a transação encerra o conflito judicial, antecipando a execução da decisão e reduzindo os custos associados à implementação da decisão do Cade quando discutida judicialmente e que são, reconhecidamente, altos. Ressalte-se que, até o presente momento, a grande maioria das decisões do Cade levadas ao judiciário não transitou em julgado, o que tem implicações indiscutíveis sobre a tempestividade e efetividade de tais decisões, quando a mesma for conveniente e oportuna, segundo análise de cada caso concreto. Nos termos dos arts. 1º e 7º, II, da Lei nº 8.884/94, a função repressiva do Cade somente é alcançada quando suas decisões sancionatórias são cumpridas, criando custos para comportamentos lesivos à concorrência. A antecipação da solução torna imediatamente eficaz a decisão do Cade que visa sancionar comportamentos anticompetitivos no mercado. Apoiada no entendimento do Ministério Público Federal, que representa no Cade o interesse da coletividade, e no parecer da ProCade, entendo que a transação é oportuna e conveniente. Conforme relato no parecer da ProCade, os termos do Acordo foram discutidos em reuniões das quais participaram o Procurador-Geral do Cade e o Conselheiro Relator, constantes na agenda pública do Cade. A minuta do Acordo ora submetida à apreciação do Plenário para autorização da transação judicial prevê o pagamento do valor da multa determinada pela decisão do Cade de 25 de agosto de 2004 (328ª Sessão Ordinária), calculada a seu valor presente. Isto é, o valor presente, conforme calculado pela NT da Cad/Cade e pela ProCade, atribuindo 100% de probabilidade à confirmação judicial da decisão do Cade e atribuindo custo zero para administração pública para prosseguimento do litígio judicial. O valor presente da multa a ser paga no acordo proposto subestima o tempo médio das decisões judiciais das ações que discutem as decisões do Cade, que, segundo informação da coordenação do setor de contencioso da Procuradoria do Cade, calculado a pedido desta Presidência (Despacho Presidência nº 90/2006, de 26-9-2006), é de 4 a 5 anos em primeira instância e de 10 a 15 para percorrer todas as instâncias, lembrando que a esmagadora maioria das ações envolvendo as decisões do caso, a ProCade avaliou como provável o risco das ações ajuizadas pelas Representadas serem julgadas de alguma forma procedentes, entre outros motivos, pela própria dificuldade de liquidação da multa. O acordo prevê a exoneração da publicação do extrato da decisão do Cade e da inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor. Há que se levar em conta que, segundo a ProCade, órgão deste Conselho responsável pela execução judicial das decisões, as liminares concedidas pelo judiciário sistematicamente suspendem tal obrigação das partes, uma vez que se trata de uma medida satisfativa. Sendo assim, só seria possível obter a publicação do extrato da decisão, ao final do processo judicial, o que a tornaria ineficaz. Além disso, não se exclui a publicidade da decisão do Cade, que, de resto, já foi efetivada pela devida publicação no DOU, bem como no site do Cade (<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/dprocesso.asp?pc=928>), publicidade essa mais eficiente do que a prevista na própria Lei nº 8.884/94, promulgada em época em que a internet ainda não era um instrumento de divulgação tão eficaz quanto hoje. Face aos pareceres do MPF, da ProCade e aos motivos arrolados, manifesto-me favorável a que a Procuradoria do Cade realize a transação judicial nos termos propostos na minuta apresentada” (Despacho nº 128/2006).

³ AC 08012.00777/05-60 (Itap Bemis); PA 08012.003393/99-0 (Kodak); PA 08012.009160/02-67 (Peça Gás); PA 08000.002322/96-57 (FEHOSPAR); PA 08012.004036/01-24 (Cartel de Lages/SC); PA 08012.002127/02-14 (Cartel das Britas); PA 08012.002097/99-81 (Infoglobo); e PA 08012.001826/2003-10 (Cartel dos Vigilantes).

clips". Enquanto o segundo é marcado pela desconfiança dos agentes privados (e dos próprios agentes públicos) e despreza a relação tempo, custos e resultados, o "direito administrativo dos negócios" reflete uma abordagem moderna da ação administrativa, que reconhece valor na busca por soluções mais rápidas e negociadas, e a redução de custos de implementação das decisões administrativas (Sundfeld, 2008:87-93).

Trata-se de um campo aberto de pesquisa que poderá servir para a construção de um direito administrativo mais moderno e apto a lidar com os problemas atuais.

Parecer da Procuradoria do Cade nº 99/2006/PG/Cade

Autos nº 08012.008024/1998-49

Representante: SDE *ex officio*

Representados: TBA Informática Ltda., Microsoft do Brasil Ltda.

Senhora Presidenta, Senhores Conselheiros,

Proponho ao Plenário do Cade, nos termos do art. 10, VI, da Lei nº 8.884/94, a celebração de transação judicial, nos termos da minuta juntada às fls..., pelas razões que se seguem.

I. Relatório

[...] Em 5 de setembro de 2006, as representadas protocolaram petição endereçada à Procuradoria-Geral do Cade, solicitando a celebração de transação judicial, com o seguinte teor:

1. As partes chegaram a uma composição, pela qual transacionaram os seus interesses, direitos, deveres e obrigações relacionados com o processo administrativo e as decisões nele proferidas, objeto das ações judiciais em referência, restando pactuados os termos e condições que se seguem.

2. O Cade, nos autos do Processo Administrativo nº 08012.000000/1998-00, considerando as Autoras como incursas no art. 20, I e IV, c/c e art. 21, IV e VIII, da Lei nº 8.884/94, impôs-lhes as seguintes sanções:

(i) Microsoft: multa equivalente a 10% do faturamento, excluídos os impostos, auferidos com o licenciamento de produtos Microsoft ao Poder Público Federal brasileiro, referente ao ano anterior à instauração do Processo Administrativo nº 08012.000000/1998-00;

(ii) TBA: multa equivalente a 7% de seu faturamento obtido através da comercialização de produtos Microsoft ao Governo Federal e correlata prestação de serviços, excluídos os impostos, referente ao ano anterior à instauração do Processo Administrativo nº 08012.000000/1998-00;

(iii) Microsoft e TBA: (a) inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; (b) publicação, em meia página do primeiro caderno do jornal diário de maior circulação nacional, por um período de dois dias seguidos, durante duas semanas consecutivas de extrato descritivo da decisão condenatória, de cujo teor não constará qualquer alusão à opinião a respeito da decisão do Cade.

3. Conforme noticiado às fls... dos autos do processo administrativo, segundo dados obtidos do Siafi, via Secretaria do Tesouro Nacional, o total do faturamento da TBA com a comercialização de produtos e serviços ao Poder Público Federal em 1998 é de R\$...

4. As Autoras declaram que, de acordo com as cláusulas e condições dos contratos firmados entre ambas, o faturamento da Microsoft corresponde, em média, a 75% (setenta e cinco por cento) do faturamento da TBA com o licenciamento de produtos marca Microsoft.

5. Embora defendam não terem praticado, em conjunto ou isoladamente, qualquer ato ilícito ou agido com culpa ou dolo ou qualquer intenção de fraudar ou de lesar a concorrência, as Autoras, visando demonstrar o respeito aos consumidores e às autoridades antitruste brasileiras, têm interesse em prevenir e terminar litígios em relação aos fatos objetos do processo administrativo supramencionado, bem como em face dos seus desdobramentos judiciais.

6. O Cade reconhece que a transação, nos presentes termos, atende ao interesse público, além de ser conveniente e oportuna, pois elimina o contingente judicial e, considerando as peculiaridades e especificidades do caso concreto, apontadas no Despacho ProCade/2006, presta-se a conferir eficiência, efetividade e rapidez no cumprimento de sua decisão contestada judicialmente pelas Autoras.

7. Em razão do exposto, as Autoras se obrigam, solidariamente, a pagar o valor de R\$ [...], calculado na forma da Nota Técnica Cad/Cade.

8. O pagamento previsto nesta transação deverá ser efetuado em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), nos termos da Resolução nº 12, de 22 de janeiro de 2004, do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, c/c art. 1º, §2º, inciso III, da Lei nº 9.008/95, da seguinte forma:

(i) expedição de mandado de levantamento dos depósitos judiciais realizados nesses autos, arcando as Autoras com os tributos e despesas decorrentes;

(ii) pagamento do saldo devedor em até 15 dias contados a partir da data do trânsito em julgado da decisão que homologar esse acordo.

9. Em caso de atraso, o débito será atualizado pela Selic e acrescido de multa no valor de 20% sobre o saldo devedor.

10. Considerando que as obrigações previstas nesta transação, dadas as peculiaridades e especificidades do caso concreto apontadas no Parecer Pro-Cade, atingem o interesse da coletividade e as finalidades da decisão do Plenário, o Cade determinará, uma vez integralmente cumpridas, o arquivamento do Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49, exonerando as Autoras das sanções que lhe foram cominadas e dos seus respectivos efeitos, para todos os fins da Lei nº 8.884/94.

11. Os termos da presente transação foram aprovados pelo Plenário do Cade na [...] Sessão ordinária, realizada em [...] de setembro de 2006, após pareceres favoráveis da procuradoria do Cade e do representante do Ministério Público Federal junto ao Cade, nos termos do art. 10, IV, da Lei nº 8.884/94.

As Partes requerem a extinção dos processos epigrafados, bem como das ações conexas, incidentes e recursos, com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, III e V, do Código de Processo Civil, c/c os art. 3º, da Lei nº 9.469/97, arcando cada qual com os honorários de seus respectivos patronos e desde já renunciam aos recursos previstos na legislação de regência.

O texto supra foi negociado pela Procuradoria-Geral do Cade com os patronos das Representadas [...]. É o relatório.

II. Da possibilidade jurídica da celebração da transação

É preciso ponderar se diante do princípio de direito administrativo da indisponibilidade do interesse público, o Cade poderia celebrar acordo judicial, transacionando direitos e obrigações decorrentes de decisão proferida em processo administrativo sancionador.

A transação é a forma de extinção das obrigações pela qual as partes, mediante concessões mútuas, chegam a uma composição amigável para disciplinar seus interesses, prevenindo ou terminando litígio judicial e os contingentes a ele inerentes.

Em princípio, “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação” (art. 841 do Código Civil). Todavia, o legislador expressamente

autorizou o Plenário do Cade a celebrar transações nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, nos termos da Lei nº 8.884/94.⁴

Não passou despercebido ao legislador que o princípio da indisponibilidade do interesse público autoriza a celebração de acordos processuais, uma vez constatado que de sua não celebração pode resultar o risco de perecimento ou de pouca eficácia da tutela.

Por essa razão, o legislador municiou o Cade de importantes e poderosos instrumentos para a efetivação da tutela dos direitos difusos e coletivos que prescindem ou obviam o longo e tortuoso processo judicial, mediante solução negociada dos litígios, a saber:

- termo de ajustamento de conduta (Lei nº 7.347/85, com redação dada pela Lei nº 8.078/90);
- termo de compromisso de cessação (Lei nº 8.884/94);
- a transação judicial e extrajudicial (Leis nºs 8.84/94 e 9.469/97).

Evidentemente, a solução negociada é superior à solução imposta, na medida em que elimina os custos associados à implementação, antecipando à sociedade os benefícios da tutela legal. Com efeito, muitas vezes a solução negociada dos processos administrativos que visam à aplicação da Lei nº 8.884/94, na medida em que obvia os custos e riscos inerentes à morosidade do trâmite judicial, pode se afigurar como uma alternativa para a implementação eficaz da política de defesa da concorrência.

Nos EUA, cerca de 90% dos casos de cartel (que têm natureza criminal) terminam com alguma forma de acordo processual — *plea agreements* ou *plea bargain* — assim como cerca de 90% dos casos criminais federais. Nos últimos cinco anos, mais de 200 acordos processuais, em casos antitruste, foram celebrados nos EUA.

E não apenas no âmbito do Cade o legislador autorizou a realização de transações judiciais, conforme dispõe a Lei nº 9.469/97, mas a toda administração pública, direta ou indireta.⁵

⁴ “Art. 10. Junto ao Cade funcionará uma Procuradoria, com as seguintes atribuições: [...] IV — promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Plenário do Cade, e ouvido o representante do Ministério Público Federal.”

⁵ “Art. 1º O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não propositura de ações e a não interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.

§1º Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado no *caput*, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, no caso da União, ou da autoridade máxima da autarquia, da fundação ou da empresa pública.”

No caso do Cade, o art. 1º da Lei nº 9.469/97 deve ser interpretado à luz do art. 10, IV, da Lei nº 8.884/94, por força do que dispõe o próprio art. 7º daquela lei.⁶

Assim, nas matérias de competência do Plenário, sobretudo no julgamento das diversas espécies de processo administrativo previstas na Lei nº 8.884/94 e seus incidentes, não cabe ao presidente autorizar a celebração de acordos ou transações, mas sim ao próprio Plenário. Reserva-se ao presidente do Cade, no entanto, a competência de autorizar acordos ou transações nas ações judiciais ou litígios extrajudiciais administrativos.

Obviamente, à vista do princípio da indisponibilidade do interesse público, quando envolve direitos e interesses difusos e coletivos, o manejo dos instrumentos de solução negociada (TAC, TCC e transação) deve ser feito com redobradas cautelas, a partir de uma política delineada claramente e efetivos mecanismos de controle (*check and balances*).

Por essa razão que a Lei nº 8.884/94 exige que o acordo seja proposto pela Procuradoria-Geral, analisado pelo representante do Ministério Público Federal junto ao Cade (art. 12 da Lei nº 8.884/94) e aprovado pelo Plenário, composto de sete conselheiros com mandato, nomeados pelo presidente da República, entre cidadãos brasileiros maiores de 30 anos, de ilibada reputação e notórios conhecimentos jurídico e econômico, após sabatina pelo Senado Federal.

Esse desenho institucional e procedimental confere ao Cade a necessária independência e legitimação para vocalizar o interesse público, no caso concreto, quanto à conveniência e à oportunidade na celebração de acordo processual (TCC, TAC ou transação).⁷

Portanto, a celebração de acordo processual (TCC, TAC ou transação)⁸ encontra-se na esfera de competência do Plenário do Cade como mecanismo válido de implementação da política de defesa da concorrência.

III. Da conveniência e oportunidade da celebração da transação

Introdução

Os estudos realizados nas décadas de 1970-80 por processualistas brasileiros acenando a importância da “instrumentalidade do processo”⁹ — influenciados sobretu-

⁶ “Art. 7º As disposições desta Lei não se aplicam às autarquias, às fundações e às empresas públicas federais quando contrariarem as normas em vigor que lhes sejam específicas.”

⁷ Em decisão posterior, proferida no Processo Administrativo nº 08012.008372/1999-14 (Abecitrus e outros), o Plenário do Cade entendeu não ser possível a celebração de termo de compromisso de cessação — TAC, em razão de existir instrumento próprio na Lei nº 8.884/94, que é o TCC.

⁸ Veja nota supra.

⁹ Dinamarco, 1987; Grinover, 1984a e 1984b; Oliveira, 1978.

do pelas lições de M. Taruffo (1968), Mauro Cappelletti¹⁰ e Vittorio Denti¹¹ — determinaram a política legislativa da década de 1990, quando se assistiu a uma verdadeira “onda modernizadora” em busca da “efetividade da tutela”, mormente dos direitos e garantias “sociais” ou de “terceira geração” (“direitos institucionais”).

O que se pretendia com esse movimento reformador era “a abertura da ordem processual aos menos favorecidos da fortuna e à defesa de direitos e interesses supraindividuais, com a racionalização do processo”, que “quer ser um *processo de resultados*, não um processo de conceitos ou de filigranas”. Em outras palavras, o que se buscava era a “efetividade do processo”, sendo indispensável, para isso, “pensar no processo como algo dotado de bem, definidas as destinações institucionais, e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo”. “Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça *tarda*¹² ou alguma injustiça de qualquer ordem” (Dinamarco, 1998:21-22).

Em conferências que proferiu sobre o tema, assinalou o professor Mauro Cappelletti ser muito fácil “declarar” os direitos sociais; o difícil é “realizá-los” (Ribeiro, 1999:123-127). Daí que “o movimento para acesso à justiça é um movimento para a efetividade dos direitos sociais”, e a sua investigação deve ser feita sob três aspectos principais, aos quais denominou “ondas renovatórias”. A primeira refere-se à garantia de adequada representação legal dos pobres (defensorias públicas). A segunda onda renovatória visa à tutela dos interesses difusos ou coletivos. A terceira onda preocupa-se com fórmulas para simplificar os procedimentos.

A Lei nº 7.347/85, ao introduzir e disciplinar as ações coletivas no Brasil, criou importante mecanismo de defesa judicial dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, notadamente o meio ambiente, os direitos do consumidor, o patrimônio histórico, estético, turístico e paisagístico, a livre concorrência e os direitos dos hipossuficientes.

A Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), elevando as relações de consumo a novo patamar ético, logrou implementar significativos benefícios aos cidadãos brasileiros, no que tange ao respeito à sua dignidade e boa-fé, à melhoria da qualidade de vida e aos direitos à informação, proteção contratual e judicial, e incolumidades física, moral e econômica. O CDC introduziu importantes e revolucionários mecanismos de proteção e efetivação dos direitos do consumidor em juízo, como a ação coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos, a inversão

¹⁰ Cappelletti, 1975; 1976; 1979; 1984; 1985.

¹¹ Denti, 1971; 1983.

¹² Muito tempo antes, Rui Barbosa (2009:62), em sua peroração aos jovens bacharéis recém-formados da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, já advertia que “Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

do ônus da prova em favor do hipossuficiente e a criação do termo de ajustamento de conduta (art. 113, §6º, que acrescentou o §5º do art. 6º da Lei nº 7.347/85).¹³

Referidos diplomas normativos eram e ainda são considerados os mais modernos e avançados sistemas de proteção dos direitos do cidadão no mundo. Revolucionaram a cultura jurídica nacional e os tradicionais mecanismos de resolução de conflitos herdados do liberalismo jurídico do século XIX, marcadamente judicializados e individualistas, incapazes de responder à complexidade inerente a uma sociedade de massas. A promulgação dos referidos diplomas normativos insere-se no contexto do movimento de redemocratização do país, que culminou três anos após a Lei da Ação Civil Pública, em 1985, e dois anos antes do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, com a promulgação da Constituição cidadã de 1988. Sua consolidação é fruto do processo histórico de introjeção dos valores democráticos da cidadania e da dignidade da pessoa humana, pilares da nova República (1985).

A chamada primeira Reforma do Código Civil, implementada pelas Leis nºs 8.455/92 (prova pericial), 8.710/93 (citações e intimações), 8.898/94 (liquidação de sentença), 8.950/94 (recursos), 8.951/94 (consignação em pagamento), 8.952/94 (processo de conhecimento e cautelar) e 8.953/94 (processo de execução), alterou sobretudo o regime das “tutelas de urgência”, permitindo a antecipação de tutela (nos casos em que verificados a verossimilhança da alegação e o risco de dano irreparável) e a antecipação da tutela recursal (“efeito suspensivo”). A introdução desses mecanismos de antecipação da tutela decorre da constatação de que, muitas vezes, aguardar por todos os trâmites do devido processo legal e os recursos a ele inerentes implica, na prática, negar o direito àquele que se socorre do Poder Judiciário.

A Lei nº 9.099/95, que criou os juizados especiais cíveis e criminais, introduziu um procedimento célere e desburocratizado nas causas cíveis de pequeno valor ou criminais de menor potencial ofensivo. Referida lei estabeleceu ainda a possibilidade de “transação penal” pela suspensão do processo, condicionada a determinadas condições e cominações.¹⁴

Nesse mesmo contexto foi editada a Lei nº 8.884/94, que criou instrumentos judiciais e extrajudiciais para defesa da ordem econômica, em cumprimento ao comando constitucional de que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, §4º da Constituição Federal). Ao mesmo tempo que

¹³ “Art. 113. Acrescente-se os seguintes §§4º, 5º e 6º ao art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985: [...] §6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

¹⁴ “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).”

transformou o Cade em autarquia especial, tipificando as infrações por conduta anticompetitiva e estabelecendo o controle prévio de atos de concentração, a Lei nº 8.884/94 fez incluir a defesa da ordem econômica no rol dos direitos difusos (ou institucionais), protegidos pela Lei nº 7.347/85.¹⁵

Não obstante as inovações legislativas citadas, a efetividade da tutela dos direitos difusos e coletivos, em razão da demora e *démarches* inerentes ao processo judicial, ainda está longe de ser uma realidade no Brasil. Mais de 20 anos passados desde a edição da Lei nº 7.347/85 são raríssimos os casos em que sentenças em ações judiciais coletivas transitaram em julgado, revertendo à sociedade os benefícios da tutela reparadora dos danos causados aos direitos e interesses difusos lesados.

Somos informados pela imprensa das inúmeras iniciativas dos legitimados para a ação civil pública — honras sejam feitas ao Ministério Público — para obter a reparação, em juízo, de danos causados aos direitos difusos e coletivos.¹⁶ Embora possa gerar a sensação de que “algo está sendo feito”, com condenações vultosas sendo cobradas, dados do Fundo Federal de Defesa de Direitos Difusos — para onde deveriam ser vertidos os recursos das ações civis públicas propostas no âmbito da Justiça Federal em todo Brasil — revelam uma situação escandalosa: quase nenhuma dessas ações civis públicas atinge seu objetivo reparador, em termos de condenações efetivamente pagas ao FDD.

Receita do FDD oriunda de condenações em ACP (em reais)

Fonte: Brasil. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Relatório de Gestão do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/cfdd/pdf/Relatório_Gestão_2005.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2010.

¹⁵ “Art. 88. O art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação e a inclusão de novo inciso: “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...] V — por infração da ordem econômica.”

¹⁶ Confira-se, por exemplo, matéria publicada no jornal *Gazeta do Povo* (11 jan. 2001): “O Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado do Paraná protocolaram ontem, em Curitiba, ação civil pública com pedido de indenização de R\$ 2,3 bilhões contra a Petrobras, por danos ambientais causados pelo vazamento de quatro milhões de litros de óleo no Rio Iguaçu, no dia 16 de julho do ano passado”.

Evidente que em muitos casos os resultados benéficos para a sociedade obtidos por meio da ação civil pública não são mensuráveis em valores monetários, como cominações de obrigações de fazer (cessar a prática lesiva) ou até preventivas (abster-se de causar o dano). Todavia, o reconhecimento de tal fato não justifica o resultado pífio de condenações efetivamente recolhidas no FDD, de pouco mais de R\$ 2 milhões em seis anos (média de R\$ 334.425,00 por ano).

Indiscutivelmente, esses dados revelam a absoluta inefetividade da tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos no Brasil.

Embora não haja estudos que demonstrem as causas correlacionadas com essa baixa efetividade da ação civil pública, é possível intuir — a partir de nossa experiência na militância nos foros judiciais — ser a principal a “morosidade da tutela jurisdicional”,¹⁷ decorrente das deficiências estruturais e administrativas do Poder Judiciário e da profusão de recursos e incidentes processuais inerentes ao devido processo legal.

Para acima e além de se buscar os responsáveis por esse descabro, o seu reconhecimento impõe aos operadores do direito — Judiciário, Ministério Público, órgãos públicos legitimados e terceiro setor — o comprometimento não apenas com reformas legislativas e administrativas, mas também com uma nova “postura” — mais “aguerrida”, “desburocratizada”, “corajosa” e “criativa” — em busca da efetivação dos direitos difusos e coletivos.

Um importante e poderoso instrumento para a efetivação da tutela dos direitos difusos e coletivos, que prescinde do longo e tortuoso processo judicial, é o mecanismo de solução negociada dos litígios, como o termo de ajustamento de conduta (Lei nº 7.347/85, com redação dada pela Lei nº 8.078/90), o termo de compromisso de cessação (Lei nº 8.884/94), a suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95) e a arbitragem (Lei nº 9.307/96). Evidentemente, a solução negociada é superior à solução imposta, na medida em que elimina os custos associados à implementação, antecipando à sociedade os benefícios da tutela legal.

Veja, como exemplo dessa “nova postura”, mais voltada para a efetividade da tutela, a louvável iniciativa do Ministério Público de São Paulo, relatada em editorial do jornal *O Estado de S. Paulo*, de 13 de julho de 2006:

Conduta ajustada, O polo industrial de Cubatão, famoso nas décadas de 70 e 80 como a região mais poluída do mundo, contará, a partir de agosto, com a primeira instituição pública de pesquisas do País erguida como

¹⁷ Estudo realizado pela Universidade de Brasília (UnB), denominado “Consultoria para construção do sistema integrado de informações do Poder Judiciário. 9º relatório de atividades. Relatório consolidado de indicadores da Justiça”, dá conta de que um processo de conhecimento demora, em média, 100 meses ou 8,33 anos. Em um processo de alta complexidade e vários interesses envolvidos, como as ações coletivas, esse prazo pode facilmente dobrar.

resultado de um Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental (TAC) — instrumento legal que impõe que empresas causadoras de danos ambientais os compensem por meio de investimentos sociais e preservacionistas na comunidade afetada. O Centro de Capacitação e Pesquisa em Meio Ambiente (Cepema) foi construído pela Petrobras, numa área de 20 mil metros quadrados pertencente à Refinaria Presidente Bernardes. A empresa terá, em contrapartida, regularizada a licença de duas unidades produtivas da refinaria, a Unidade de Craqueamento Catalítico e a Unidade de Tratamento, responsáveis pela produção de diesel ecológico, que operavam em desacordo com a legislação. O Cepema entrará em funcionamento em agosto e será doado à Universidade de São Paulo (USP). Desenvolvido a partir de uma concepção multidisciplinar, o centro reunirá atividades de pós-graduação e extensão nas áreas de gestão de preservação dos recursos naturais, num modelo bastante inovador. Desde o projeto, de autoria do arquiteto Carlos Bratke, a preocupação foi não agredir o meio ambiente e ser funcional para os pesquisadores. O prédio exigiu da Petrobras investimentos de R\$ 10,8 milhões e reúne laboratórios, salas de aula e anfiteatro, que servirão tanto aos pesquisadores quanto aos professores da rede municipal de Cubatão que, ali, passarão por um processo de capacitação em aulas de educação ambiental. Nos próximos cinco anos, a Petrobras investirá outros R\$ 5 milhões, aproximadamente, na manutenção das atividades no centro. Cubatão foi a cidade que mais influência teve no processo de evolução das questões ambientais no Brasil. Há três décadas, seu polo industrial lançava no ar, diariamente, quase mil toneladas de poluentes. Outras milhares de toneladas de resíduos tóxicos contaminavam os mangues, os rios e o solo da região. Em 1984, a prefeitura local passou a liderar uma parceria com as indústrias, a comunidade e a Cetesb para iniciar um programa de despoluição. Mais de 320 fontes poluidoras foram identificadas e obrigadas a adotar um rigoroso cronograma de controle da emissão de poluentes. Em dez anos, os índices de emissão dessas fontes baixaram em 93%. A expectativa é de que, até 2008, cheguem a zero. A despoluição dos mananciais, o reflorestamento das encostas e o controle das fontes poluidoras secundárias levaram Cubatão a conquistar na Eco92 o Selo Verde, concedido pela Organização das Nações Unidas (ONU), que reconheceu a cidade como exemplo mundial de recuperação ambiental. Doze anos depois, no meio de uma infinidade de prédios industriais, o Cepema desponta em Cubatão como símbolo da maturidade do poder público na aplicação da legislação ambiental e, de alguns setores da indústria, na gestão do meio ambiente. O comprometimento das empresas, do poder público e da comunidade científica com o desenvolvimento do Cepema trará grande contribuição para a preservação do meio ambiente em várias regiões do

País, e a consolidação daquele município como laboratório-padrão nessa linha de pesquisa. Entre os projetos a cargo do centro, há os de melhorias de processos químicos e energéticos, monitoramento da degradação por poluentes usando radiação solar e artificial, além de estudos sobre toxinas liberadas por algas em reservatórios artificiais ou no mar. Empresas, como a Alcoa já escolheram o Cepema como destino de recursos para o desenvolvimento de programas de sustentabilidade ambiental. Com essas verbas, projetos que visam à preservação da mata atlântica e questões como o sequestro de carbono serão viabilizados. Também servirão para manter um centro de triagem e reabilitação das espécies da fauna da Baixada Santista e da Serra do Mar. É a primeira vez que um Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental traz resultado concreto e de valor para a comunidade atingida. Mais do que reparar os danos ambientais, a Petrobras, a USP e empresas parceiras permitirão melhorias ambientais em Cubatão, que poderão ser multiplicadas em outros polos industriais brasileiros.

Caso o Ministério Público tivesse optado por não fazer o acordo e prosseguir na lide, possivelmente poderia obter uma indenização em valor superior ao desembolsado pela Petrobras para construção do centro de pesquisas. Todavia, certamente, esses valores não seriam investidos no interesse da sociedade em menos de 20 anos, comprometendo a eficácia da ação estatal não apenas na sua dimensão prática — reparação do dano — como também propedêutica — consciência social de que lesar o meio ambiente é errado e é sancionado eficazmente.

A tutela administrativa dos direitos difusos, especialmente do “direito à higidez da ordem econômica”, também padece de enormes dificuldades para sua efetivação. Isso porque as decisões do Cade, como atos administrativos que são, estando sujeitas ao controle judicial, costumam demorar anos para serem efetivamente implementadas, graças a liminares concedidas *initio litis*.

Esse processo de progressiva “judicialização” da política de defesa da concorrência pode ser aferido pelo gráfico abaixo, que revela o aumento exponencial das ações judiciais envolvendo o Cade na Justiça Federal do DF:

[Gráfico revelando aumento exponencial no número de ações ajuizadas envolvendo o Cade de 1994 a 2006].¹⁸

Ocorre que as decisões do Cade são tomadas no exercício do poder de polícia de controle do mercado e, por essa razão, reclamam imediata implementação, sob risco de se tornarem inefetivas adiante da dinâmica da economia. Embora a Procuradoria não disponha de dados objetivos — espera-se obtê-los até o final do ano após a rea-

¹⁸ Gráfico omitido (N. R.).

lização de uma correição geral extraordinária¹⁹ — algumas informações são bastante significativas para ilustrar a dificuldade de implementação das decisões do Cade.

[Gráfico demonstrando que entre 2002 e 2004 apenas 3,13% das multas do Cade haviam sido efetivamente recolhidas.²⁰ Fonte: Competition Law and Policy in Brazil — A Peer Review, OECD, 2005.]

Os dados supra revelam uma situação calamitosa de absoluta ineficácia da atividade administrativa de controle de condutas anticompetitivas no Brasil.

Ainda que se considerassem as multas aplicadas pelo Cade por intempestividade na apresentação de atos de concentração (art. 54, §5º, da Lei nº 8.884/94), os valores recolhidos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos ainda são bastante irrisórios, diante do volume de condenações que aplica.

[Gráfico demonstrando que entre 2001 e 2005 haviam sido recolhidos apenas R\$ 22,7 milhões em multas do Cade.²¹ Fonte: Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos.]

Os dados apresentados revelam quem o Cade, no período 2001-2005, conseguiu recolher em multas apenas R\$ 22.780.042,91 (média de R\$ 4.556.008,58 por ano).²²

Verdade seja dita, grande parte dos recursos não recolhidos ao FDD encontra-se depositada judicialmente, por força da aplicação do art. 65 da Lei nº 8.884/94.²³ Ocorre que, completados 11 anos desde a transformação do Cade em autarquia especial, com a entrada em vigor da Lei nº 8.884/94, nenhuma ação ajuizada contra as decisões do Cade ainda chegou ao fim, com sentença de mérito transitada em julgado e reversão dos valores das condenações em benefício da sociedade. Casos reveladores podem ser citados como exemplos da dificuldade de implementação tempestiva das decisões do Cade:

- caso Xerox (Processo Administrativo nº 23/91). Trata-se de uma das primeiras decisões do Cade, condenando a empresa Xerox do Brasil

¹⁹ O resultado da referida correição encontra-se em Badin (2007:59-191).

²⁰ Gráfico omitido (N. R.).

²¹ Gráfico omitido (N. R.).

²² No quadriênio subsequente (2006-2009) verificou-se um aumento expressivo no recolhimento das multas do Cade: R\$ 148,5 milhões. Isso se explica por duas razões. A primeira é diretamente relacionada com o caso comentado, já que a partir de seu julgamento, o Cade abriu-se para os diferentes mecanismos de solução alternativa e negociada do processo administrativo sancionador, como a transação judicial e o termo de compromisso de cessação. A segunda decorre da mudança de foco de atuação da Procuradoria do Cade, que a partir de 2006 priorizou o fortalecimento da defesa judicial das decisões do Plenário. Veja OECD. Competition Law and Policy in Brazil: a Peer Review. Paris, 18-19 fev. 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/document/26/0,3343,en_2649_34685_45146202_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 4 mar. 2010.

²³ Art. 65 da Lei nº 8.884/94. “O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.”

por infração contra a ordem econômica pela prática de venda casada. A decisão do Cade, proferida em 1993 (antes da Lei nº 8.884/94), foi contestada no mesmo ano perante a Justiça Federal do DF, que a confirmou, por sentença, em primeira instância (Processo nº 930004717-5/DF). O processo encontra-se no TRF desde 2001, perfazendo já 13 anos de discussão judicial, que pode se estender por pelo menos mais 4 anos, tempo médio de tramitação de recurso especial no STJ. Enquanto isso, o valor da multa encontra-se depositado em juízo, não podendo ser revertido em benefício da sociedade lesada pela violação à ordem econômica;²⁴

- caso Cartel do Aço (Processo nº 08012.005924/2000-30). Em 1999, o Cade condenou as empresas CSN, Cosipa e Usiminas pela prática de cartel. O caso é considerado um marco na história da defesa da concorrência do Brasil, pois foi o primeiro caso em que o Cade, aplicando sofisticada análise econômica, condenou um cartel constituído de empresas de grande porte em um mercado importantíssimo para a economia nacional (construção civil). Não obstante ter sido a decisão do Cade confirmada por sentença em primeira instância, o processo, graças a inúmeros recursos e liminares, arrasta-se perante o TRF1, num total de mais de sete anos de batalha judicial. O mais grave de tudo é que, passados todos esses anos, o TRF1 ainda sequer decidiu se exigirá o depósito judicial do valor das multas, tal qual preceitua o art. 65 da Lei nº 8.884/94;²⁵ [...]
- caso Nestlé/Garoto (Ato de Concentração nº 08012.001698/2002-89). Em 2004, o Cade reprovou o ato de concentração, determinando o desfazimento da operação. Até a presente data, a decisão do Cade não foi implementada por decisão liminar concedida pela Justiça Federal do DF. A demora na implementação da decisão do Cade poderá redundar na irreversibilidade dos danos causados ao mercado pela operação.²⁶

Nesse contexto, a solução negociada dos processos administrativos que visam a aplicação da Lei nº 8.884/94, na medida em que obvia os custos e riscos inerentes à morosidade do trâmite judicial, pode se afigurar como uma alternativa para a implementação eficaz da política de defesa da concorrência. Embora não sejam suficientes, por si sós, a justificar a celebração do acordo processual, os dados supra, a respeito da morosidade judicial e das dificuldades enfrentadas

²⁴ Até maio de 2010, o caso ainda se encontrava sem solução no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

²⁵ Até maio de 2010, o caso ainda estava sem solução no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

²⁶ O processo foi julgado e seu conhecimento devolvido ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Até maio de 2010 não houve decisão definitiva daquela corte.

pela Procuradoria do Cade para efetivar judicialmente as decisões do Plenário, merecem ser levados em consideração na avaliação da conveniência e oportunidade de sua celebração.

Da discricionariedade do Plenário do Cade para avaliar a existência de interesse público na celebração de acordo processual (TCC, TAC ou transação)²⁷

O juízo a respeito da conveniência e oportunidade na celebração de acordo processual, como solução alternativa ao processo administrativo, é de estrita discricionariedade do Plenário do Cade. Não possuem as representadas um “direito subjetivo” à celebração do acordo processual, caso o Plenário do Cade entender adequado e suficiente para atender ao interesse público.

Assim tem entendido o Plenário do Cade (Processo Administrativo nº 29/92, relatora conselheira Lucia Helena Salgado):

Diante da proposta de cessação da prática sob apuração, deve o aplicador da norma, sempre tendo por fundamento o interesse público, decidir, em vista da discricionariedade a ele conferida, por sua aceitação ou não. Nesse sentido foi o entendimento do Secretário de Direito Econômico, à época, quando registrou que o compromisso de cessação não constitui um direito subjetivo do agente econômico em celebrá-lo se interesse público não houver.²⁸

²⁷ Em decisão posterior, proferida no Processo Administrativo nº 08012.008372/1999-14 (Abecitrus e outros), o Plenário do Cade entendeu não ser possível a celebração de termo de compromisso de cessação — TAC, em razão de existir instrumento próprio na Lei nº 8.884/94, que é o TCC.

²⁸ Nesse diapasão, confirmam-se as seguintes decisões judiciais: “Inicialmente, cumpre esclarecer que tanto a celebração de Termo de Cessação de Conduta — TCC, previsto no art. 53, §5º, da Lei nº 8.884/94, como a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta — TAC, previsto no art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85, são faculdades da SDE e do Cade, não direitos das empresas investigadas, cabendo a estes o exame da conveniência e oportunidade da celebração em cada caso concreto” (Processo nº 2006.34.00.020380-5, Cristiane Pederzoli Rentzsc, juíza federal substituta da 17ª Vara); “Assim postos os fatos, entendo, ao menos em princípio, serem relevantes os argumentos do Cade no sentido de que a celebração do Termo de Compromisso de Cessação de Prática, previsto no art. 53 da Lei nº 8.884/94, não constitui direito subjetivo do administrado, mas mera faculdade do Conselho, que poderá ou não admiti-lo, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto. Note-se que a redação do art. 53 da Lei nº 8.884/94 dispõe que ‘em qualquer fase do processo administrativo poderá’ — e não deverá — ser celebrado, pelo Cade ou pela SDE, *ad referendum* do Cade, compromisso de cessação de prática sob investigação” (TRF1, desembargadora federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues); “Em que pese a tese desenvolvida pelos requerentes, entendo que não lhes assiste razão. Pois bem, primeiramente, tenho que não há direito subjetivo das requerentes à celebração do ‘compromisso de cessação’. Não foi sem razão que o legislador utilizou a expressão ‘poderá ser celebrado’. Poderá haver hipóteses em que a celebração do termo não se mostra conveniente, cabendo ao administrador aquilatar as condições reais que se apresentam” (juiz federal Francisco Renato Codevila

Da mesma forma, nos EUA, embora o *plea bargain* seja reconhecido como uma parte essencial do sistema criminal judicial, o réu não possui direito constitucional em celebrar o acordo processual: “*There is no constitutional right to plea bargain; the prosecutor need not do so if he prefers to go to trial* (Supreme Court, *Weatherforf v. Bursey*, 429 U.S. 545, 561 [1977]).

Por essas razões, não possui os representados em geral “direito subjetivo” à celebração de acordo processual, seja TCC, TAC ou transação.

Do valor

Do desconto

A primeira consideração de mérito a respeito da conveniência e oportunidade na celebração da transação com as representadas é que o valor negociado — R\$ 5 milhões — por corresponder a cerca de 80% do valor das multas que lhe foram impostas (desconto de 20%) é, do ponto de vista financeiro, recomendável.

Em razão do acordo, serão revertidos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, hoje, valores que somente seriam obtidos após o trânsito em julgado das ações judiciais.

Se um credor quiser receber, hoje, uma dívida que vence em data futura, qual desconto valeria a pena aceitar? Em outras palavras, qual o valor que, recebido hoje, será transformado em 100% do valor da dívida ao cabo do período de maturação, uma vez aplicado nos investimentos disponíveis ao credor?

Para cálculo dessa taxa de desconto, podemos considerar o deságio aplicado pelo mercado às Letras do Tesouro Nacional (LTN). As LTNs no valor de R\$ 1.000,00, com prazo de vencimento em 1^a Jan. 2009 (= 27 meses) estão sendo negociadas pelo mercado, hoje (5 set. 2006), a R\$ 733,73,²⁹ ou seja, por um deságio de 36,29%.³⁰ Esse deságio representa “juros brutos” de 36,29% ou uma taxa mensal de 1,1533%³¹ e anual de 14,7524%.³²

Pinheiro Filho); “Não vislumbro a presença dos pressupostos autorizadores da medida. O art. 53 da Lei nº 8.884/94 prevê que o compromisso de cessação poderá ser celebrado, não configurando direito líquido e certo dos requerentes. Em princípio, compete ao Cade decidir pela viabilidade e oportunidade do compromisso de cessação, tendo em vista que a lei permite ao próprio Cade ordem de cessação da prática, como medida preventiva (art. 52 da mencionada Lei)” (juíza federal Anamaria Reis Resende, nos autos do Processo nº 2002.34.00.016863-1).

²⁹ Brasil. Ministério da Fazenda. Tesouro Nacional. Disponível em: <www.tesourodireto.gov.br>. Acesso em: 3 mar. 2010.

³⁰ Em outras palavras, o governo federal recebe, hoje, R\$ 733,73 para pagar, em 1^a Jan. 2009, R\$ 266,27 de juros, que representam 36,29% do valor recebido.

³¹ Igual a $(1,3629)^{1/27}$.

³² Igual a $[1+(1,533\%)]^{12}$.

O depósito judicial é remunerado pela poupança. Muito embora, até a presente data, as representadas não tenham efetuado o depósito judicial do valor das multas cominadas pelo Cade, apenas para exercício de precificação do custo financeiro de continuar o litígio judicial, podemos considerar que o custo de oportunidade do governo federal é de 36,29%, menos a poupança no período.

Não é possível saber a remuneração da poupança no futuro, mas é bastante conservador considerar uma taxa de 10% para os próximos anos.³³ Assim, a taxa anual de 14,7524%, descontada da taxa poupança, é de 4,7523% ao ano. Esse é o custo de oportunidade, conservadoramente estimado, do governo federal.

Considerando essa taxa de 4,752399%, pode-se montar a seguinte tabela de descontos: ano 1 (4,752399%), ano 2 (9,730652%), ano 3 (14,94549%), ano 4 (20,40816%), ano 5 (26,13044%), ano 6 (32,12466%), ano 7 (38,40375%), ano 8 (44,98125%), ano 9 (51,87134%), ano 10 (59,08888%).

A tabela revela o desconto que, do ponto de vista financeiro, vale a pena o governo federal aceitar, em função da estimativa de duração da ação judicial (até seu trânsito em julgado ou efetivo recolhimento da multa ao Fundo de Direitos Difusos).

Pode-se afirmar, com alto grau de certeza, considerando o tempo de duração médio de um processo (conforme dados analisados anteriormente) e a complexidade da matéria envolvida, que as ações judiciais em que as representadas figuram como autoras não transitarão em julgado antes de quatro anos. Nesse prazo, uma taxa de desconto de 20,20816% seria plenamente justificável, do ponto de vista estritamente financeiro. Portanto, o desconto de 20%, aplicado no acordo com as representadas, se afigura, do ponto de vista estritamente financeiro, plenamente aceitável.

Importante esclarecer, para reforçar a razoabilidade do acordo, que no cálculo dessa taxa de desconto foi considerado apenas o “custo de oportunidade” financeiro do governo federal. Não foram considerados outros custos a serem incorridos pelo Cade, como: custos administrativos da defesa no processo judicial e risco de sucumbência (este último será analisado mais adiante).

Do cálculo das multas

Até o presente momento, a Cad/Cade³⁴ não pôde liquidar o valor das multas infligidas às representadas pelos seguintes motivos:

- a apuração do faturamento com licenciamento e correlata prestação de serviços ao governo federal, conforme determinado pelo Plenário, requer a difícil análise de cada uma das notas fiscais/fatura emitidas pelas empresas;

³³ Confira-se a remuneração da poupança dos últimos sete anos: 2000 (8,3926%); 2001 (8,5940%); 2002 (9,1432%); 2003 (11,103%); 2004 (8,0984%); 2005 (9,1758%); e 2006 (6,2245%).

³⁴ A Comissão de Acompanhamento das Decisões do Cade (CAD/Cade) era o órgão, à época, responsável pela liquidação e cobrança das multas. Hoje, essa atribuição é da Procuradoria do Cade.

- a Microsoft do Brasil não possui faturamento no Brasil atinente a licenciamento de *softwares* (os *softwares* são faturados por outras empresas do Grupo Microsoft e mesmo assim nunca para o consumidor diretamente).

Com o intuito de apurar o valor das multas, a Procuradoria-Geral do Cade encaminhou solicitação à Secretaria do Tesouro Nacional para que informasse todos os pagamentos efetuados pelo governo federal à empresa TBA Informática Ltda., tendo obtido os seguintes valores:³⁵ total 1997: R\$ 17.538.127,21; total 1998: - 31.302.163,93.

Foram requeridos os faturamentos de 1997 e 1998, ante dúvida jurídica suscitada pelas representadas a respeito de qual ano-base considerar, diante do que dispõe a Lei nº 9.021/95.³⁶

Não é claro, à primeira leitura do dispositivo legal, se devemos considerar “processo administrativo” *lato sensu* (ou seja, inclusive averiguação preliminar instaurada na forma do art. 30 da Lei nº 8.884/94) ou *stricto sensu* (ou seja, o processo administrativo instaurado na forma do art. 32 da Lei nº 8.884/94).

A Procuradoria-Geral do Cade tem orientado a Cad/Cade para que seja considerado o ano de instauração do processo administrativo *stricto sensu*, pois, na interpretação de texto normativo, deve-se preferir o sentido específico emprestado pelo diploma legal. Assim, à medida que a Lei nº 9.021/95 dispõe sobre a aplicação da Lei nº 8.884/94, deve-se-lhe interpretar os termos tal qual empregados por esta. Tendo a Lei nº 8.884/94 utilizado uma expressão genérica (“processo administrativo”) para qualificar uma espécie (o processo administrativo instaurado nos termos do seu art. 32), é nessa concepção específica que deve ser lido seu art. 11. Esse entendimento foi referendado pelo Plenário do Cade, no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14 (“Cartel das Britas”).

Portanto, embora a denúncia que ensejou a instauração do citado processo administrativo tenha sido autuada em 1998, conforme revela sua própria numeração (08012.008024/1998-49), o ano-base para cálculo da multa deve ser 1998 (e não 1997), pois, o processo administrativo somente foi instaurado, nos termos do art. 32 da Lei nº 8.884/94, em 1999.

Todavia, a representada TBA peticionou a este Procurador-Geral, tecendo as seguintes considerações:

DD. Procurador-Geral do Cade

Ref.: Processo nº 08012.008024/1998-49

³⁵ Os valores individuais de cada pagamento foram omitidos neste parecer.

³⁶ “Art. 11. Para os fins previstos no art. 23 da Lei nº 8.884, de 1994, será considerado o faturamento da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, corrigido segundo os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso, até a data do recolhimento da respectiva multa.”

Só Software Informática Ltda., sucessora da TBA Informática Ltda., nos autos do processo administrativo em referência, vem, respeitosamente, dizer e ao final requerer o que segue.

Como é do conhecimento de V.Exa., pela conclusão de mérito do processo administrativo, tanto a Requerente quanto a Microsoft do Brasil Ltda. foram condenadas por infração à ordem econômica e obrigadas, entre outras sanções, ao pagamento de multa incidente sobre o faturamento auferido com o licenciamento de produtos Microsoft ao Poder Público Federal, referente ao ano anterior à instauração do processo administrativo.

Nada obstante a omissão do acórdão administrativo quanto a fixação exata do ano de faturamento sob o qual incidiria a multa aplicada, a Requerente e a Microsoft sempre consideraram como certo o ano de 1997, seja pela incidência do art. 11 da Lei nº 9.021/95, seja em função de decisões e despachos exarados na liquidação da referida sanção pecuniária.

Aliás, ambas as Empresas condenadas pelo Cade foram a Juízo pretendendo anular a decisão administrativa e suas iniciais fazem expressa menção ao faturamento do ano de 1997 como base para incidência das multas a que foram condenadas.

Demais disso, no curso da liquidação do julgado administrativo, a Requerente informou ao relator do caso — que não suscitou qualquer dúvida sobre a exatidão dessa informação — o valor de seu faturamento do ano de 1997, acompanhado do balanço e demonstrativos de resultados (fls...).

Tal fato foi ressaltado pelo Cad/Cade em sua Nota Técnica 17/2006 (item 23), ocasião em que, sem refutar a correção do ano do faturamento informado (1997), ressaltou que não foram apresentados os documentos específicos do faturamento obtido através da comercialização de produtos Microsoft ao Governo Federal, nos termos do voto do Relator (fls...).

Referida Nota Técnica foi adotada pela Presidente do Cade através do despacho nº 30/2006, de 24 de maio de 2006, referendado pelo Plenário, determinando-se a apresentação dos documentos indicados pelo Cad/Cade.

Também nas defesas preliminares apresentadas em Juízo, em face das ações movidas pela Requerente e pela Microsoft, o próprio Cade reconheceu que 1997 seria o ano base de incidência das multas, conforme se vê às folhas 1224/1225 (itens 17 a 21) e 1237/1238 (pedido de letra “b”) dos autos do processo nº 2006.34.00.017801-3 e fls. 2020/22 (itens 8 e 11) e 2029/2030 (itens 31, 32 e 34) e, finalmente, fl. 2031 (item 36, alínea “c”) do processo nº 2006.34.00.017609-9, movido pela Microsoft.

Como a Requerente nunca considerou outro ano de incidência da multa que não o de 1997, contratou empresa especializada para fazer uma checagem geral em todas as 46.000 (quarenta e seis mil) notas fiscais emitidas naquele exercício para identificar quais delas estavam abrangidas pela decisão condenatória administrativa a fim de possibilitar a sua liquidação.

Esse trabalho, que levou mais de três meses para ser concluído e custou alguns milhares de reais da Requerente em honorários e despesas, já foi inclusive juntado aos autos do processo administrativo, em atenção à decisão da Presidente do Cade (doc. 01).

No entanto, qual não foi a surpresa da Requerente quando teve conhecimento da contestação apresentada pelo Cade nos autos da ação cautelar movida pela Microsoft, na qual sustenta, em várias passagens da peça processual, especialmente no §37, que o faturamento a ser considerado para liquidação do julgado é de 1998, e não mais o de 1997 que até então prevalecia nos despachos, decisões e reuniões administrativas.

Nesse sentido, e

(i) considerando essa nova e surpreendente posição adotada pelo Cade, que ainda não foi sufragada pelo Judiciário;

(ii) considerando a dificuldade e os custos da Requerente para fazer o mesmo trabalho de identificação completa de seu faturamento de 1998 face ao furto de documentos de que foi vítima, (fls. 526/528 do PA), aliada ao tempo e elevado número de documentos a ser periciados;

(iii) considerando a real possibilidade de transação, cujas tratativas estão bastante adiantadas;

(iv) considerando que V.Exa. obteve do Siafi o valor total do faturamento da requerente no ano de 1998; e, por fim,

(v) considerando que do faturamento total da Requerente no ano de 1997, no importe total de R\$ 18.086.514,25 (dezoito milhões, oitenta e seis mil, quinhentos e quatorze reais e vinte e cinco centavos), 34,3% (trinta e quatro vírgula três por cento) referem-se a produtos e serviços não abrangidos pela decisão e 7,65% (sete inteiros e sessenta e cinco por cento) referem-se a impostos;

a Requerente submete à elevada apreciação de V.Exa., visando a não prejudicar a eventual conclusão da transação pretendida por todos os envolvidos, que sobre o valor do faturamento total de 1998 extraia-se o mesmo percentual de produtos e serviços não incluídos na decisão, além dos im-

postos, para fixar o valor que, resultante dessas operações, servirá de base para incidência da multa fixada pelo Cade.

Na certeza de que V. Exa. compreenderá as razões da presente, aguardamos sua pronta manifestação para podermos concluir as negociações tendentes à conclusão do acordo que atenda as partes e, especialmente, o interesse público e a coletividade.

Brasília, 28 de agosto de 2006.

Parecem razoáveis as alegações da TBA, já que foi obrigada a fazer frente a vultosas despesas para apurar o faturamento do ano de 1997, respaldada em pronunciamentos — equivocados ou lacônicos — do CAD/Cade, do conselheiro relator e da própria Procuradoria-Geral. Assim, para evitar que a representada incorra em novas despesas para apurar o faturamento com licenciamento de produtos marca Microsoft e serviços correlatos, no ano de 1998, com a demora inerente, parece-me razoável considerar o faturamento global auferido naquele ano com vendas para o governo federal (conforme informado pela Secretaria do Tesouro Nacional), descontando-se um percentual referente aos demais produtos e serviços que não tenham relação com a marca Microsoft.

Todavia, considero bastante elevado, no âmbito de uma solução negociada, aplicar no ano de 1998 a mesma proporção entre “faturamento com produtos marca Microsoft” e “faturamento global”, que em 1997 era de 65,7%. Para aplicar o desconto tão grande — 34,3% —, talvez compensassem novas incursões para apuração do faturamento real.

Por essa razão, para apuração do valor do faturamento da TBA com vendas para o governo federal no ano de 1998, foram considerados 80% do faturamento global, apurados pela Secretaria do Tesouro Nacional. Ou seja, a bem da celeridade e economia processual, assumiu-se que, dos pagamentos efetuados pelo governo federal à TBA no ano de 1998, 20% referiam-se a produtos ou serviços não associados à marca Microsoft, tendo em vista que, no ano de 1997, essa mesma participação foi de 34,3%.

Assim, temos que o faturamento-base para cálculo da multa da TBA é 80% de R\$ 31.302.163,93 (total de pagamentos efetuados pelo governo federal à empresa TBA Informática Ltda., segundo informado pela Secretaria do Tesouro Nacional), ou seja, R\$ 25.041.731,14.

Sobre esse valor, devem ser descontados os impostos, conforme preceitua o art. 11 da Lei nº 9.021/95 e expressamente assinalado na decisão do Plenário. Segundo informado pela representada TBA, os impostos incidentes no ano de 1998 foram de 7,65%, o que conduz a um faturamento líquido de impostos de R\$ 23.126.038,71.

O faturamento deve ser atualizado nos termos do Despacho ProCade 12/2006, de 13 de fevereiro de 2006, aprovado pelo Plenário do Cade em sessão ordinária do dia 14 subsequente.³⁷

Mandado de Segurança contra decisão do Cad/Cade que liquidou multa infligida à Representada Infoglobo. Critérios de correção e atualização monetária do faturamento para liquidação da multa. Art. 23, I, da Lei nº 8.884/94. Art. 11 da Lei nº 9.021/95. Inaplicabilidade da Selic como índice de correção e atualização monetária durante o período de tramitação do processo administrativo. Aplicabilidade da Selic após a constituição das Representadas em mora. Proposta de adequação dos cálculos e aprovação de desistência da ação judicial mediante pagamento do saldo devedor.

Nos termos do referido despacho do procurador-geral, o valor do faturamento-base para cálculo da multa de que trata o art. 23 da Lei nº 8.884/94 e art. 11 da Lei nº 9.021/95 deve ser atualizado monetariamente durante a tramitação do processo administrativo segundo a jurisprudência dominante do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região para atualização monetária de créditos discutidos em ações em geral, consolidado mensalmente na tabela de correção monetária indicada no item 1 (Ações condenatórias em geral) do capítulo 5 (Liquidação de sentença) do *Manual de orientação de procedimentos para os cálculos na Justiça Federal*.

Assim, o valor de R\$ 23.126.038,71, correspondente ao faturamento líquido de impostos estimado da TBA no ano de 1998, atualizado monetariamente, de janeiro de 1999 (mês seguinte ao ano-base) a novembro de 2005 (mês da publicação do acórdão que acolheu parcialmente os embargos de declaração), perfaz o montante de R\$ 39.832.021,27.³⁸ Portanto, a multa da TBA, de 7% sobre esse faturamento, equivalia, em novembro de 2005, a R\$ 2.788.241,48.

Embora a TBA jamais tenha sido constituída em mora, uma vez que nem a decisão do Plenário do Cade fixou prazo para pagamento, nem o Cad/Cade o fez (pois aguardava a liquidação do valor da multa), razoável considerar, para cálculo dos juros moratórios no âmbito de um acordo amigável, como vencida a dívida 30 dias contados de 9 de janeiro de 2006, data em que tomou posse o conselheiro Paulo Furquim (até então, os prazos estavam suspensos por falta de quórum, nos

³⁷ Em 5 de agosto de 2009, o Cade alterou sua interpretação sobre a forma de cálculo da multa, considerando devida Selic mesmo durante o trâmite do processo administrativo.

³⁸ Igual a R\$ 23.126.038,71*1,7747084126 (índice de janeiro 1999)/1,0303764194 (índice de novembro 2005).

termos do art. 4º, §5º, da Lei nº 8.884/94,³⁹ dado o impedimento do conselheiro Luís Schuartz).

Portanto, a fluência dos juros Selic deve ser computada a partir de fevereiro de 2006 até hoje. Considerando a taxa Selic acumulada no período de 8,39%,⁴⁰ o valor da multa da TBA, hoje, é estimado em R\$ 3.022.174,94.

Quanto à representada Microsoft do Brasil, o cálculo da multa é dificultado pelo fato de não possuir faturamento com licenciamento de *softwares* ao governo federal, conforme noticiou e demonstrou nos autos às fls. 7.663. Em primeiro lugar, porque a Microsoft do Brasil, e/ou qualquer das empresas do Grupo Microsoft, não comercializam diretamente com consumidores, incluindo o governo federal, sendo as vendas efetuadas por meio de distribuidores (como a TBA). Em segundo lugar, porque o licenciamento de *softwares* da marca Microsoft não é efetuado pela Microsoft do Brasil, mas sim por outras empresas estrangeiras do Grupo Microsoft.

Assim, a decisão do Cade de aplicar multa de 10%, não sobre o faturamento global da representada Microsoft do Brasil — como determina o art. 23 da Lei nº 8.884/94 —, mas sim sobre o “faturamento auferido com o licenciamento de produtos da marca Microsoft ao governo federal” pode resultar em multa equivalente a R\$ 0,00.

Essa, na minha opinião, uma das principais razões pelas quais me parece que a transação judicial é vantajosa para o Cade, pois afasta o risco — que reputo elevado — do Poder Judiciário considerar que a multa da Microsoft do Brasil equivale a R\$ 0,00, tendo em vista que a mesma não possui faturamento com licenciamento de produtos da marca Microsoft, quer seja para particulares, quer seja para o governo federal.

A representada Microsoft do Brasil informou que o faturamento do Grupo Microsoft com licenciamento de seus produtos aos distribuidores equivale, em média, a 75% do faturamento destes. Ou seja, de cada R\$ 100,00 recebidos pelo distribuidor do consumidor final, cerca de R\$ 75,00 são repassados ao Grupo Microsoft.

Por parecer tal proporção razoável, no âmbito da negociação de um acordo amigável, é de se considerar, para cálculo da multa da Microsoft, que seu faturamento no ano de 1998 com licenciamentos para o governo federal através da TBA corresponde a 75% do faturamento desta. Assim, considerando o faturamento da TBA em 1998, líquido de impostos e atualizado monetariamente, de

³⁹ Art. 4º, §5º, da Lei nº 8.884/94. “Se, nas hipóteses previstas no parágrafo anterior, ou no caso de encerramento de mandato dos Conselheiros, a composição do Conselho ficar reduzida a número inferior ao estabelecido no art. 49, considerar-se-ão automaticamente interrompidos os prazos previstos nos arts. 28, 31, 32, 33, 35, 37, 39, 42, 45, 46, parágrafo único, 52, §2º, 54, §§4º, 6º, 7º e 10, e 59, §1º, desta Lei, e suspensa a tramitação de processos, iniciando-se a nova contagem imediatamente após a recomposição do quorum.”

⁴⁰ Brasil. Ministério da Fazenda. Receita Federal. Disponível em: <www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 3 mar. 2010.

R\$ 39.832.021,27, razoável supor que o faturamento da Microsoft seria da ordem de R\$ 29.874.015,95 (75%).

Portanto, a multa da Microsoft, de 10% sobre esse faturamento estimado, equivale a R\$ 2.987.401,59. Computando-se os juros moratórios Selic sobre esse valor, da mesma forma com que foram calculados anteriormente para liquidação do valor da multa da TBA, tem-se que a multa da Microsoft equivale, hoje, a R\$ 3.238.044,58.

Portanto, o total das multas infligidas a TBA (R\$ 3.022.174,94) e Microsoft (R\$ 3.238.044,58) equivale a R\$ 6.260.219,52. Aplicando-se o desconto de 20%, conforme justificado anteriormente, tem-se o valor de R\$ 5.008.175,62.

Ressalte-se que a multa nesse valor será a maior já paga na história do Cade, sendo seu valor maior que a média de recolhimentos de multas do Cade nos anos de 2001-2005.

Das demais cominações relevadas pelo acordo proposto

Pelos termos do acordo negociado, em contrapartida ao pagamento da multa, serão relevadas as demais cominações impostas às representadas, a saber:

- publicação de extrato da decisão em jornal de grande circulação nacional;
- inscrição do nome das representadas no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

A exoneração da obrigação de publicar parece conveniente, tendo em vista que:

- sua implementação via execução judicial tem sido bastante custosa e difícil, conforme verificado em outros processos sob patrocínio da Procuradoria do Cade;
- a divulgação da decisão do Cade poderá ser feita de forma muito mais eficiente por meio de entrevistas coletivas, quando da divulgação da realização da transação;
- a publicação da decisão, quando efetivada muito tempo depois de proferida (quando do trânsito em julgado da decisão judicial), perde contexto e eficácia.

A exoneração da inscrição das representadas no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor se justifica tendo em vista o cumprimento negociado da decisão do Cade.

Da análise de risco da ação judicial

Embora a Procuradoria-Geral esteja convicta da legalidade da decisão do Plenário do Cade e da procedência de suas razões de defesa, avalio como “provável” o risco das ações ajuizadas pelas representadas serem julgadas de alguma forma procedentes.⁴¹

Essa avaliação está baseada nos seguintes fatores:

- parecer do Ministério Público Federal junto ao Cade, que reconheceu a procedência de algumas das alegações das representadas;
- excesso de formalismo do Poder Judiciário e tendência a superestimar as alegações de cerceamento do direito de ampla defesa;
- elevada chance da multa da Microsoft ser considerada equivalente a R\$ 0,00 pelo Poder Judiciário;
- qualidade técnica da defesa dos interesses das Representadas em juízo.

Esclareça-se que qualquer avaliação de risco e contingente judicial é subjetiva e revela uma percepção particular do avaliador, que pode ser diferente da de outro profissional, razão pela qual essa avaliação merece ser analisada com cuidado pelo Plenário do Cade.

IV. Do acordo proposto

Conforme relatado, os termos da minuta proposta foram negociados com esta Procuradoria-Geral, estando presentes os requisitos legais para sua validade.

Por fim, o valor que deverá ser pago é o de R\$ 5.008.175,62 (cinco milhões, oito mil, cento e setenta e cinco reais e sessenta e dois centavos).

V. Conclusão

Pelas razões e nas condições antes expostas, proponho ao Plenário do Cade a aprovação da transação judicial, nos termos do art. 10, IV, da Lei nº 8.884/94.

⁴¹ Considerado os parâmetros definidos na Deliberação 489 da Comissão de Valores Mobiliários para avaliação de contingentes: (i) “Praticamente certo” (situação em que um evento futuro pode ser considerado como certo, apesar de ainda não ocorrido); (ii) “Provável” (quando a chance de um ou mais eventos futuros ocorrer é maior do que a de não ocorrer); (iii) “Possível” (quando a chance de um ou mais eventos futuros ocorrer é menos que provável, mas maior que remota); (iv) “Remota” (quando a chance de um ou mais eventos futuros ocorrer é pequena).

O presente parecer deverá ser submetido à análise do digníssimo representante do Ministério Público Federal junto ao Cade (art. 12 da Lei nº 8.994/94), previamente ao julgamento pelo Plenário.

Referências

BADIN, Arthur. Balanço das atividades da Procuradoria do Cade no biênio 2006/2007. *Revista de Direito da Concorrência*, n. 15. Brasília, p. 59-191, jul./set. 2007.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. In: MÓDOLO, Marcelo (Org.). *Oração aos moços*. São Paulo: Hedra, 2009.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. Disponível em: <www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 3 mar. 2010.

_____. Ministério da Fazenda. Tesouro Nacional. Disponível em: <www.tesouro-direto.gov.br>. Acesso em: 3 mar. 2010.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Relatório de Gestão do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/cfdd/pdf/Relatório_Gestão_2005.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. *Revista di Diritto Processuale*, 1975.

_____. Il processo civile come fenomeno sociale di massa. In: CAPPELLETTI, Mauro et al. *Studi in memoria di Roberto Bracco*. Padova: Cedam, 1976.

_____. Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo. In: ICHINO, Giovanna et al. *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano: Giuffrè, 1979. t. I.

_____. Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. In: BAUR, Fritz et al. *Studi in onore di Tito Carnacini*. Milano: Giuffrè, 1984. v. II, t. I.

_____. Tutela dos interesses difusos. *Ajuris*, v. 33. Porto Alegre, 1985.

_____; GARTH Bryan (Eds.). *Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective: a general report*. Milano: Giuffrè, 1978.

DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Edizioni di Comunità, 1971.

_____. Le rôle de la conciliation comme moyen d'éviter le procès et de résoudre de conflit. In: PERROT, R. *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung*

— *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*. Giesecking-Verlag: Bielefeld, 1983.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1987.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito comparado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984a.

_____. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo e sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984b. v. II.

JORNAL *Gazeta do Povo*. Ministério Público pede indenização de R\$ 2,3 bilhões à Petrobras. Curitiba, 11 jan. 2001.

OECD. *Competition law and policy in Brazil: a peer review*. Paris, 18-19 fev. 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/document/26/0,3343,en_2649_34685_45146202_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 4 mar. 2010.

OLIVEIRA, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. *Revista de Processo*, v. 33, 1978.

RIBEIRO, Antonio de Pádua. Novas tendências do direito processual civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 32, p. 123-127, out./dez. 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre clips e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.