

**André Marques Gilberto**

# **O Processo Antitruste Sancionador**

Aspectos Processuais na Repressão das  
Infrações à Concorrência no Brasil

São Paulo



Legal e Regulatória

**2010**

Copyright © 2010

EDITORA  
Yone Silva Pontes

ASSISTENTE EDITORIAL  
Ana Lúcia Grillo

DIAGRAMAÇÃO  
Flavia Alessandra Vanderlei e Nilza Ohe

REVISÃO  
Alessandra Alves Denani e Valéria R. Dias

ILUSTRAÇÃO DE CAPA  
Fernanda Napolitano

IMPRESSÃO E ACABAMENTO  
Graphic Express



**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Gilberto, André Marques  
O processo antitruste sancionador : aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil / André Marques Gilberto. -- São Paulo : Lex Editora, 2010.

Bibliografia.  
ISBN 978-85-7721-092-3

1. Direito antitruste - Brasil 2. Lei antitruste - Brasil (1994) 3. Sanções (Direito) I. Título.

10-01780

CDU-347.733 (81) (094)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito antitruste sancionador 347.733 (81) (094)

A ortografia desta obra está atualizada conforme o Acordo Ortográfico aprovado em 1990, promulgado pelo Decreto nº 6.583, de 30/09/2008, vigente a partir de 01/01/2009.

---

## 2010

Proibida a reprodução total ou parcial. Os infratores serão processados na forma da lei.

## LEX EDITORA S.A.

Rua da Consolação, 77 – 9º andar – CEP 01301-000 – São Paulo-SP  
Tel.: 11 2126 6000 – Fax: 11 2126 6020  
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

*Esse livro é dedicado à  
Ivanise Marques Gilberto  
e à memória de  
Antonio Carlos Lemos Gilberto.*



## Prefácio

Com seu livro *O Processo Antitruste Sancionador*, André Marques Gilberto adentra-se em tema do Direito da Concorrência, ressaltando, em especial, a atuação do Cade e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE.

Resultado de ampla pesquisa realizada no âmbito do programa de mestrado junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, aliada à atividade advocatícia na matéria, a obra traz valiosa contribuição ao conhecimento de todas as fases do processo administrativo de apuração de condutas eventualmente lesivas à concorrência. Além da exposição dos vários pontos deste processo administrativo, o autor suscita as controvérsias reinantes e fixa seu posicionamento a respeito.

Inicia sua obra tratando da vertente sancionadora do Direito Antitruste, delineando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e apresentando as bases legislativas da matéria. Discorre, em seguida, sobre os aspectos gerais do processo antitruste sancionador. Após, direciona-se ao estudo, uma a uma, das fases desse processo administrativo, com seus diversos itens. Ponto relevante a assinalar encontra-se na parte dedicada às provas.

Ao tratar da fase decisória, examina, dentre outros aspectos, o termo de compromisso de cessação, os recursos cabíveis e a execução das decisões do Cade, apresentando, ao final, notas sobre o Projeto de Lei nº 3.937/04 e seus possíveis reflexos no processo antitruste sancionador.

Na introdução de seu livro, o autor, André Marques Gilberto, bem assinala o aumento da atuação do Cade e da SDE nos últimos dez anos, crescendo, ainda, o número de decisões, na matéria, levadas à apreciação do Poder Judiciário.

A importância do tema, o caráter sistemático da obra, a clareza da exposição, os posicionamentos fixados pelo autor e os fartos exemplos oferecidos trazem enriquecimento à bibliografia do direito público brasileiro, fornecendo precioso material aos profissionais e estudiosos do Direito da Concorrência.

Odete Medauar  
Professora Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo  
Professora Visitante da Universidade Paris 1-  
Panthéon-Sorbonne

## Notas do Autor

Esta obra consiste em uma versão revisada e atualizada da dissertação de mestrado defendida junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em março/2009.

O autor agradece, inicialmente, às instigantes críticas e comentários recebidos dos professores Odete Medauar, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto e Bárbara Rosenberg na banca de exame; além disso, agradece ao professor Diogo Rosenthal Coutinho pelas pertinentes sugestões apresentadas durante a banca de qualificação.

À professora Odete Medauar, orientadora do autor na elaboração deste trabalho, é registrado um especial agradecimento pela paciência, dedicação e esmero no decorrer desse longo processo; foi um privilégio ter recebido a oportunidade de aprender tanto ao longo dos últimos anos, discutindo a fundo cada um dos temas adiante expostos, com uma de nossas maiores expoentes em Direito Administrativo, pioneira no estudo da relação entre Administração Pública e processo.

Cabem também os agradecimentos à Ivanise Marques Gilberto, Lucília Gonçalves e Camila Marques Gilberto pela cuidadosa revisão de versões anteriores do trabalho, e, ainda, à querida Priscila Brólio Gonçalves pelos incessantes debates sobre os temas que compõem a essência deste livro; dessas discussões, surgiu o impulso para diversos aprimoramentos e também para a adequada exploração de temas que, fosse outro o caso, poderiam não ter recebido a devida atenção.

Por fim, o autor registra seu agradecimento ao professor Flávio Luiz Yarshell, pelo inestimável auxílio e incentivo para a publicação deste livro.



# Sumário

<b>Prefácio</b> .....	5
<b>Notas do Autor</b> .....	7
<b>Introdução</b> .....	17
<b>1. A Atividade Antitruste Sancionadora: Origens, Natureza, Importância e Base Legal</b> .....	21
1.1. A Vertente Sancionadora do Direito Antitruste.....	23
1.1.1. Origens: Poder de Polícia como Pressuposto da Atividade Sancionadora da Administração Pública .....	23
1.1.2. Distinção entre Esfera Preventiva e Sancionadora do Direito Antitruste.....	25
1.2. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência .....	29
1.2.1. Cade.....	29
1.2.2. SDE .....	33
1.2.3. Seae .....	35
1.2.4. A Participação da Anatel .....	35
1.3. Legislação e Regulamentação Infralegal .....	37
1.3.1. Brevíssimos Comentários sobre os Antecedentes Legislativos do Direito Antitruste no Brasil.....	37
1.3.2. Instrumentos Legislativos Direta e Subsidiariamente Aplicáveis ao Direito Antitruste Brasileiro	41
1.3.3. Resoluções e Portarias Aplicáveis: Conteúdo e Análise dos Respectivos Fundamentos Legais ....	46
1.3.4. As Condutas Puníveis pelo Direito Antitruste no Brasil .....	52
1.3.4.1. A Caracterização Adotada pela Lei Antitruste .....	52

1.3.4.2. As Práticas Horizontais.....	55
1.3.4.3. As Práticas Verticais.....	58
1.3.5. As Sanções Aplicáveis .....	60
1.3.5.1. Penalidades Pecuniárias para Empresas	60
1.3.5.2. As Multas para Pessoas Físicas.....	62
1.3.5.3. As Penalidades Acessórias .....	64
<b>2. Aspectos Gerais do Processo Antitruste Sancionador .....</b>	<b>69</b>
2.1. O Inafastável Processo para Aplicação do Direito Anti- truste Sancionador.....	71
2.1.1. A Constitucionalização do Processo Adminis- trativo.....	71
2.1.2. Essencialidade de Processualização da Atuação Administrativa Sancionadora.....	74
2.1.3. Notas sobre o Processo Administrativo Sancio- nador no Direito Estrangeiro.....	81
2.1.4. Aplicabilidade dos Princípios de Direito ao Pro- cesso Antitruste Sancionador.....	83
2.1.5. Reflexões sobre os Antecedentes do Processo Antitruste Sancionador no Brasil.....	88
2.2. Processos Administrativos, Averiguações Preliminares e Procedimentos Administrativos: as Diversas Modali- dades de Apuração de Infrações Concorrenciais.....	92
2.2.1. Processos Antitrustes com e sem Previsão Legal	92
2.2.2. Implicações do Fato de que Processos, Aver- iguações Preliminares e Procedimentos São todos Processos Administrativos em Sentido Amplo .....	96
<b>3. Fase Inicial do Processo Antitruste Sancionador .....</b>	<b>101</b>
3.1. Representações e Apresentação de Denúncias ao SBDC	103
3.1.1. A Questão das Representações “Escritas e Fun- damentadas” e o Anonimato .....	103
3.1.2. Representações de Má-Fé e Abuso de Direito....	107
3.2. A Instauração do Processo Antitruste Sancionador.....	112
3.2.1. Averiguações Preliminares: Processos Adminis- trativos Preparatórios.....	112
3.2.1.1. Discricionariedade para Instauração pela SDE .....	112
3.2.1.2. Exercício de Poderes Instrutórios .....	115
3.2.1.3. Essencialidade do Contraditório .....	117
3.2.1.4. Encerramento .....	120

3.2.2. Instauração do Processo Antitruste Sancionador e Acusação.....	122
3.2.3. Citação, Intimação e Contagem de Prazos.....	128
3.2.4. O Conceito de “Parte” no Processo Antitruste Sancionador e o Papel dos Terceiros Interessados	133
3.2.5. Formação do Polo Passivo. Litisconsórcio Passivo Unitário, Conexão e Continência em Processos Voltados à Investigação de um mesmo Conjunto de Condutas “Horizontais” .....	138
3.2.6. Medidas Preventivas e Recursos Voluntários.....	144
3.3. A Defesa no Processo Antitruste Sancionador.....	149
3.3.1. Apresentação de Defesa como Desdobramento do Princípio Constitucional da Ampla Defesa....	149
3.3.2. Defesa Direta e Indireta no Processo Antitruste .	151
3.3.3. Considerações sobre a Defesa Técnica .....	154
3.3.4. Defesa e Preclusão .....	155
3.3.5. Efeitos da Revelia no Processo Antitruste Sancionador.....	156
<b>4. Fase Instrutória do Processo Antitruste Sancionador.....</b>	<b>159</b>
4.1. Considerações Preliminares sobre o Ônus da Prova .....	161
4.2. O Duplo Papel Desempenhado pela SDE durante a Instrução Probatória .....	164
4.2.1. O “Justo Caminho Probante” e o Princípio do Contraditório.....	164
4.2.2. Importância da Imparcialidade da SDE.....	168
4.2.3. Notas sobre a Recusa na Produção da Prova Requerida pelo Representado.....	172
4.3. Meios de Prova Tradicionalmente Admitidos no Processo Antitruste Sancionador: Conceito e Procedimentos .....	175
4.3.1. Os Meios de Prova “Tradicionais” .....	175
4.3.1.1. Prova Documental.....	175
4.3.1.2. Prova Testemunhal .....	177
4.3.1.3. Depoimento Pessoal. Direito de não Produzir Provas contra Si Mesmo .....	181
4.3.1.4. Inspeções do Código de Processo Civil	183
4.3.1.5. Prova Pericial .....	184
4.3.2. Requisição de Informações pelas Autoridades ...	186
4.3.3. A Prova “Econômica” como Meio de Prova Específica do Direito Antitruste Sancionador .....	187

4.4. Os Mecanismos mais Recentes de Obtenção de Provas pelas Autoridades: Relevância, Procedimento e Garantias aos Investigados .....	192
4.4.1. A Importância da “Inspiração” Estrangeira.....	192
4.4.1.1. Estados Unidos .....	192
4.4.1.2. União Europeia .....	197
4.4.1.3. Reino Unido.....	201
4.4.2. Aspectos Gerais. Dificuldades na Obtenção de Provas em Processos Antitruste Sancionadores no Brasil.....	202
4.4.3. Acordo de Leniência .....	204
4.4.4. Buscas e Apreensões .....	210
4.4.5. Inspeções .....	213
4.4.6. Assinatura de Convênios .....	215
4.5. O Conflito entre o Princípio da Publicidade e a Garantia Constitucional da Proteção às Informações Confidenciais	217
4.6. Impossibilidade de Utilização da Prova Ilícita no Processo Antitruste Sancionador .....	222
4.6.1. A Prova Ilícita como Fonte de Contaminação....	222
4.6.2. Requisitos para Aproveitamento da Prova Empréstada .....	225
4.6.3. A Questão da Quebra de Sigilo Telefônico .....	227
4.7. Alegações Finais dos Investigados e Recomendação Final pela SDE.....	230
<b>5. Fase Decisória do Processo Antitruste Sancionador .....</b>	<b>233</b>
5.1. O Processo Antitruste Sancionador no Cade.....	235
5.1.1. Considerações Preliminares: o Dever de Decidir	235
5.1.2. Aspectos Procedimentais.....	236
5.1.3. Possibilidade de Realização de Instrução Probatória Complementar .....	242
5.1.4. Conteúdo da Decisão e Motivação.....	247
5.1.5. As Diversas Espécies de Decisões Finais: com ou sem Análise do Mérito.....	250
5.2. Notas sobre as Nulidades no Processo Antitruste Sancionador .....	253
5.3. Incidência de Prescrição no Processo Antitruste Sancionador.....	257
5.3.1. Base Legal: Prazos, Causas Interruptivas e Suspensivas da Prescrição .....	257
5.3.2. A Prescrição nos Julgamentos do Cade.....	260

5.4. Valoração do Conjunto Probatório.....	262
5.4.1. Evidências Diretas e Indiretas nos Julgamentos do Cade.....	262
5.4.2. A Aplicabilidade dos Princípios <i>In Dubio pro Reo</i> e da Presunção de Inocência .....	272
5.4.3. Princípio da Culpabilidade e a Individualização da Conduta.....	274
5.5. Dosimetria da Pena nas Decisões Condenatórias.....	278
5.5.1. Os Critérios Previstos na Lei Antitruste .....	278
5.5.2. A Dosimetria nos Julgamentos do Cade .....	280
5.5.2.1. Condenações por Práticas Horizontais .....	280
5.5.2.2. Condenações por Práticas Verticais .....	283
5.5.2.3. O Índice Aplicável para Atualização dos Valores.....	286
5.5.2.4. A Indefinição na Base de Cálculo para o Valor da Multa.....	287
5.6. Assinatura de Termo de Compromisso de Cessação .....	288
5.6.1. Legislação .....	288
5.6.2. Aspectos Procedimentais .....	290
5.6.3. Questões Polêmicas na Celebração de TCC .....	293
5.6.4. O TCC na Jurisprudência do Cade.....	298
5.7. Apresentação de Recursos no Processo Antitruste Sancionador .....	304
5.7.1. Direito de Interpor Recurso e a Lei Antitruste ....	304
5.7.2. A Interposição de Recursos em Face de Decisões da SDE .....	305
5.7.3. Embargos de Declaração .....	306
5.7.4. Pedido de Reapreciação .....	308
5.8. Execução das Decisões do Cade.....	310
5.9. Segurança Jurídica e Coisa Julgada Administrativa.....	312
<b>6. Notas sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 6/09 e seus Reflexos na Sistemática do Processo Antitruste Sancionador</b>	<b>317</b>
<b>7. Conclusões .....</b>	<b>325</b>
<b>Bibliografia .....</b>	<b>333</b>
<b>Anexo de Jurisprudência do Cade .....</b>	<b>351</b>



**A Atividade Antitruste  
Sancionadora: Origens, Natureza,  
Importância e Base Legal**



## **1.1. A Vertente Sancionadora do Direito Antitruste**

### **1.1.1. Origens: Poder de Polícia como Pressuposto da Atividade Sancionadora da Administração Pública**

A Administração Pública no Brasil é dotada de funções diversificadas; dentre elas, está a atividade punitiva ou sancionadora, voltada à verificação e (quando necessário) punição de condutas ilícitas praticadas pelos administrados.<sup>1</sup> Nessa linha, e segundo Odete Medauar, para que a Administração Pública possa desenvolver o vasto conjunto de atividades que lhe é inerente, o ordenamento jurídico conferiu-lhe uma série de poderes.<sup>2</sup>

Independentemente das dificuldades atreladas à conceituação de “poder”,<sup>3</sup> no que tange à relação entre Administração e administrado, o poder da primeira sobre os últimos ocasiona a imposição de condutas, ônus, encargos, sanções e restrições ao exercício de direitos e atividades.<sup>4</sup>

Dentre os poderes conferidos à Administração Pública, está o poder de polícia, e nele vem fundamentada a legitimidade para a

---

<sup>1</sup> Para Odete Medauar, em razão das dificuldades para classificar todas as atividades praticadas pela Administração Pública, podem-se mencionar as seguintes como as mais frequentes: a) normativa; b) prestacional; c) limitadora de direitos; d) fiscalizadora; e) organizacional; f) contábil; g) tributária; h) punitiva/sancionadora; i) econômica; j) social; k) pesquisa; l) especificamente jurídica; m) planejamento; n) documentação e arquivo; o) cultural; p) educacional; q) controle interno; r) fomento ou incentivo; e s) materiais (*Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 105-106).

<sup>2</sup> *Direito Administrativo Moderno... op. cit.*, p. 106.

<sup>3</sup> Calixto Salomão Filho, ao tratar do tema, afirma que alguns conceitos, como o de “poder”, são de tal forma fundamentais e representativos de uma ciência a ponto de sua definição não ser tão relevante quanto sua forma de manifestação (*Direito Concorrencial – As Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 73).

<sup>4</sup> Cf. Odete Medauar. *Direito Administrativo Moderno... op. cit.*, p. 106.

atuação administrativa punitivo-sancionadora, notadamente para que a Administração possa, quando necessário, limitar o exercício de liberdades e direitos individuais.

Ao se falar sobre poder de polícia, cabe uma advertência importante: Celso Antônio Bandeira de Mello adverte sobre o cuidado a ser empregado no uso da expressão “poder de polícia” (que pode ser ainda lembrada como referência às tristes épocas do “Estado de Polícia”), e reconhece no mesmo o rol de medidas consubstanciadas em leis condicionadoras da liberdade e propriedade, bem como os atos administrativos que visam à produção dessas finalidades.<sup>5</sup>

Na mesma linha, para Caio Tácito, o conceito tradicional de poder de polícia deu margem à evolução levando em conta novos aspectos da sociedade moderna, tal como a ordem econômica; tratando dos Estados Unidos, o autor lembra que desde meados do século XIX a velocidade do crescimento da economia tornou fundamental a presença do Estado no mercado para disciplinar o exercício de direitos individuais.<sup>6</sup> Além disso, Marcelo Hager pondera que os processos restritivos de direitos, entendidos como forma de imposição de gravames ou de supressão de direitos dos particulares, muitas vezes, têm como fundamento o uso, pela Administração Pública, do poder de polícia, por meio do qual se impõem obrigações de fazer e não fazer aos administrados.<sup>7</sup>

Enfim, aspecto natural do poder de polícia é a possibilidade à Administração Pública de, quando verificar a inobservância de certas normas pelo administrado, impor penalidades e sanções. Segundo Hely Lopes Meirelles “... o poder de polícia seria inane e ineficiente se não fosse coercitivo e não estivesse aparelhado de sanções para os casos de desobediência à ordem legal da autoridade competente”.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 514.

<sup>6</sup> “Princípio da legalidade e poder de polícia”. In: *Revista de Direito*, nº 10, Rio de Janeiro: jul./dez. 2001. v. 5. p. 18.

<sup>7</sup> *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 70. Ainda sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho lembra que os processos administrativos com objetivo punitivo “externos” têm fundamento no poder de polícia geral do qual é investida a Administração (*Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 30).

<sup>8</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 672.