

DEFERÊNCIA JUDICIAL ÀS DECISÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE): DIREITO ADQUIRIDO OU CONQUISTA DIÁRIA?⁵⁹⁷

JUDICIAL DEFERENCE TO THE DECISIONS OF THE ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE (CADE): ACQUIRED RIGHT OR DAILY ACHIEVEMENT?

Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira

Professor Permanente do Mestrado em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP/UFG), doutor e mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP) e Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Goiânia, Goiás, Brasil. E-mail: lucas.bevilacqua@gmail.com

Paulo Wanderson Moreira Martins

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás (PPGDP/UFG), bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (TCU). Brasília, Distrito Federal, Brasil. E-mail: paulo.w.martins@hotmail.com.

RESUMO: Este trabalho procurou abordar os contornos do controle exercido pelo Poder Judiciário nos atos e decisões emanadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Sabe-se que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência passou por diversas transformações ao longo dos anos, o que permitiu ao CADE, a partir do seu protagonismo, a assunção de papéis que fortaleceram a sua posição institucional. Dessa forma, suas decisões passaram a ser alvo de questionamentos no âmbito do Judiciário, fato que possibilitou o desenvolvimento de uma jurisprudência em torno dos limites das possíveis revisões. Nesse sentido, a definição da natureza e os elementos das decisões administrativas do Conselho, bem como as medidas do mérito administrativo de tais, tornaram-se parte de uma

discussão que chegou até ao Supremo Tribunal Federal (STF). Assim, a Corte Constitucional teve a oportunidade de cristalizar julgamentos que, à semelhança do objeto do Recurso Extraordinário n.º 1.083.995-DF, estabeleceram as balizas do controle judicial e evidenciaram a deferência para com as decisões do órgão antitruste.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Judicial; Legislação Antitruste; Expertise Técnica; Mérito Administrativo; Política Concorrencial.

ABSTRACT: This work sought to address the contours of the control exercised by the Judiciary in the acts and decisions issued by the Administrative Council for Economic Defense (CADE). It is known that the Brazilian System for the Defense

⁵⁹⁷ Artigo recebido em 09/03/2023 e aprovado em 09/05/2023.

of Competition has undergone several transformations over the years, which allowed CADE, from its leading role, to assume roles that strengthened its institutional position. In this way, its decisions became the subject of questioning within the Judiciary, a fact that made it possible to develop a jurisprudence around the limits of possible revisions. In this sense, the definition of the nature and the elements of the administrative decisions of the Council, as well as the measures of the administrative merit of such, became part of a discussion that reached the Federal Supreme Court. Thus, the Constitutional Court had the opportunity to crystallize judgments that, similar to the object of Extraordinary Appeal No. 1.083.995-DF, established the limits of judicial control and evidenced deference to the decisions of the Antitrust Council.

KEYWORDS: Judicial Control; Antitrust; Technical Expertise; Administrative Merit; Competition Policy.

INTRODUÇÃO

É remoto e célebre o conceito de que *“todo poder deve sofrer limitação no âmbito das sociedades democráticas”*. Nessa direção, o Estado de Direito, tal como conhecemos, em consonância com o princípio da separação dos poderes, assume o papel de alicerce dessa premissa, instituindo um

regramento normativo lógico que também se aplica às relações econômicas.

Fabrício Motta⁵⁹⁸ observa que há uma ligação direta entre o princípio da separação dos poderes e o princípio da legalidade, sendo este uma decorrência lógica do Estado Liberal, que seria a *“primeira manifestação do que costuma se denominar ‘Estado de Direito’”*.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵⁹⁹, com a finalidade de proteger o direito de todos a uma existência digna, seguindo os preceitos de justiça social, estabeleceu ao Estado brasileiro e à sociedade, conforme prevê o artigo 170 da Constituição Federal, a missão de construir uma ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, observando os princípios da soberania nacional; da propriedade privada; da função social da propriedade; da livre concorrência; da defesa do consumidor; da defesa do meio ambiente; da redução das desigualdades regionais e sociais; da busca pelo pleno emprego; e do tratamento favorecido as empresas de pequeno porte, observadas as prescrições legais.

Nesse diapasão, um dos principais entraves para se atingir o objetivo de conferir maior efetivação a esses princípios está, com toda certeza, em garantir um aumento da eficiência na repressão ao abuso do poderio

⁵⁹⁸ MOTTA, Fabrício; *O paradigma da legalidade e o direito administrativo*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia (Org.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 197-229.

⁵⁹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 jan. 2022.

econômico e de seus efeitos nocivos à sociedade. O domínio de mercados gera consequentemente uma baixa eficiência, serviços e produtos de baixíssima qualidade, preços abusivos, bem como uma redução ao estímulo à inovação tecnológica e um aumento da concentração de renda na sociedade.

Exercer essa tarefa não é algo simples, ainda mais em se tratando de uma economia dinâmica e aberta, cada vez mais. Assim, as autoridades responsáveis por essa missão precisam ser ágeis, com o objetivo de conferir efetividade ao trabalho, ao mesmo tempo em que precisam se preocupar em garantir segurança jurídica e fazer um acompanhamento rigoroso do mercado.

Esse trabalho, atualmente, é desempenhado, no Brasil, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (Seprac), do Ministério da Fazenda, e a atuação destes órgãos, que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é fruto de uma evolução de mais de 50 (cinquenta) anos.

Conforme será abordado ao longo desse trabalho, a política antitruste sofreu diversas alterações ao longo desse tempo, o que resultou em um aumento da credibilidade dos órgãos responsáveis por essa missão. Do mesmo modo, a partir de sua estruturação e evolução, naturalmente os atos e decisões administrativas passaram a ser questionadas no âmbito do Poder Judiciário, o que é normal que ocorra em razão do princípio da

inafastabilidade do Judiciário (art.5º, XXXV, CRFB/1988).

No entanto, algumas estatísticas constantes do arquivo do CADE trazem informações curiosas. Na década de 1990, por exemplo, as decisões do órgão raramente eram questionadas na Justiça. Já por volta da década seguinte, cerca de 87% das decisões do órgão eram levadas ao Judiciário, algumas delas bastante emblemáticas, como veto à compra da Garoto pela Nestlé, em 2004.

Nesse sentido, a par desse panorama, muito tem se falado nos últimos anos sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2019, no âmbito do Recurso Extraordinário n.º 1.083.955-DF, de competência da 1ª Turma da Corte, em que se buscava a revisão de acórdão proferido pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que negou provimento ao apelo para afastar a possibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário, do ato administrativo emitido pelo CADE.

Nesse sentido, mostra-se importante interpretar, com muito cuidado, a referida decisão da Suprema Corte, a fim de se evitar conclusões equivocadas sobre o *decisum*. Assim, cabe uma leitura rigorosa do Voto Condutor do Agravo Regimental no RE 1.083.995/DF, analisando todos os seus termos, com o objetivo de identificar com clareza a *ratio decidendi* da decisão e o que foi abordado apenas como *obiter dictum*.

Por um lado, entre os argumentos que sustentam a possibilidade de revisão das decisões do CADE estão: o princípio da inafastabilidade do controle

pelo Poder Judiciário implica que a Administração não pode ter a palavra final acerca da conformidade de seus próprios atos; em decorrência de se tratar de um processo sancionador, seria fundamental verificar o respeito aos elementos de legalidade e demais salvaguardas estabelecidas pela Constituição; e, por último, o fato de inexistir duplo grau no âmbito do Conselho acarretaria uma limitação injusta à defesa, no caso de insindicabilidade pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, poder-se-ia compreender pela impossibilidade de revisão das referidas decisões administrativas sob a argumentação da reduzida expertise do Poder Judiciário para decidir sobre intervenções regulatórias, bem como a possibilidade de a referida revisão ocasionar efeitos sistêmicos danosos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

O mencionado julgado, além de ter abordado essas questões, também avançou na categorização da atuação do CADE como atividade de regulação econômica *lato sensu* e reconheceu a competência legal privativa do Conselho para o exercício da sua jurisdição administrativa prevista na legislação concorrencial.

Diante de tais considerações, cabe questionar qual o limite de competência estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal para avaliar as decisões administrativas emanadas pelo referido órgão antitruste.

1. O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é atualmente uma autarquia em regime especial. Originalmente criado em 1962, enquanto órgão integrante da estrutura do então Ministério da Justiça (MJ), competia ao CADE, naquela época, a fiscalização da gestão econômica e do regime de contabilidade das empresas. Somente em 1994 houve a alteração da sua natureza jurídica, com a transformação do órgão em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, pela Lei Federal n.º 8.884/1994.

A referida Lei estabelecia as atribuições do CADE, bem como da então Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) e da então Secretaria de Direito Econômico (SDE), que formavam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Nesse contexto, competia ao CADE a apreciação dos atos de concentração (fusões, aquisições, etc.), bem como o julgamento de processos administrativos relacionados a condutas anticompetitivas. Destarte, os processos eram instruídos pela Seae e SDE, que se pronunciavam por meio de pareceres técnicos não vinculativos, a serem submetidos a julgamento posterior pelo CADE.

1.1 NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – LEI N.º 12.529/2011

Em 30 de novembro de 2011, foi publicada a Lei Federal n.º 12.529/2011, que definiu a nova estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, cuja vigência se iniciou a partir de maio de 2012. Por meio desta Lei, todo o SBDC foi remodelado e a política

antitruste brasileira foi consideravelmente alterada.

A partir de então, o CADE passou também a instruir os processos de análise de atos de concentração, bem como os processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica, competência que era anteriormente atribuída aos outros órgãos do SBDC.

Por meio dessa legislação, o Conselho ganhou uma estrutura nova, constituída pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos. A Secretaria de Direito Econômico, órgão do então Ministério da Justiça, foi extinta, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico deixou de ter a atribuição de instruir os processos a serem apreciados pelo CADE, passando a exercer a função de promover advocacia da defesa da concorrência em face dos órgãos do governo e à sociedade.

Incumbiu-se à Superintendência-Geral o dever de desempenhar, nesse novo modelo, boa parte das funções que antes eram de competência da SDE e da Seae (atual Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência – Seprac), incluindo a análise dos atos de concentração, bem como a investigação e instrução de processos de repressão ao abuso do poder econômico. Ao Departamento de Estudos Econômicos, outro órgão componente dessa estrutura do CADE, atribuiu-se a função de aprimorar as análises econômicas e guarnecer o aumento da segurança sobre os

impactos das decisões do Conselho no mercado.

1.2 PRINCIPAIS MUDANÇAS NA ATUAÇÃO DO CADE

Uma das principais mudanças ocorridas após a promulgação da Lei Federal n.º 12.529/2011 foi a exigência de prévia submissão ao CADE de aquisições e fusões de empresas e companhias que possam desencadear efeitos anticompetitivos. Pelo regramento anterior, tais situações poderiam ser levadas ao conhecimento do Conselho após a sua consumação, o que qualificava o Brasil como uma das poucas nações do mundo a aplicar uma verificação posterior de controle de estruturas. Essa análise prévia robusteceu a segurança jurídica das análises, conferindo também maior agilidade à tramitação dos atos de concentração, decorrente do estabelecimento de um prazo máximo de 240 (duzentos e quarenta) dias para o órgão avaliar as fusões, prazo este que pode ser prorrogado por mais 90 (noventa) dias, caso seja atribuída a qualidade de operação complexa.

A nova legislação também modificou o valor mínimo das sanções de multa que podem ser aplicadas às companhias nos casos de comprovação de condutas anticompetitivas. A partir de maio de 2012, tais sanções por infração à ordem econômica passaram a variar entre 0,1% e 20% do faturamento da empresa no ramo de atividade que se identificou a infração. Essa mudança permitiu um aumento da capacidade do CADE de definir, por meio de critérios cristalinos, sanções e penalidades

proporcionais e adequadas para a efetiva vigência da política de combate a condutas anticompetitivas.

Apesar da sua natureza jurídica de autarquia especial e da definição de órgão regulador estabelecida no Acórdão proveniente do Recurso Extraordinário n.º 1.083.955-DF, proferido pela 1ª Turma da Corte Constitucional, o CADE não se considera uma agência reguladora da concorrência propriamente dita, conforme sintetiza a descrição contida no sítio do aludido Conselho⁶⁰⁰.

Por outro prisma, o CADE conceitua-se como uma autoridade de defesa da concorrência, cuja responsabilidade seria a de

julgar e punir administrativamente, em instância única, pessoas físicas e jurídicas que pratiquem infrações à ordem econômica, não havendo recurso para outro órgão. Além disso, o Conselho também analisa atos de concentração, de modo a minimizar possíveis efeitos negativos no ambiente concorrencial de determinado mercado. Não estão entre as atribuições da autarquia regular preços e analisar os aspectos criminais das condutas que investiga. Suas competências também não se confundem, por exemplo, com as de órgãos e entidades de defesa do consumidor (Instituto de Defesa do Consumidor – Procon,

Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON/MJ etc.) ou dos trabalhadores.

Destarte, para cumprir a missão institucional de “*zelar pela manutenção de um ambiente competitivo saudável, prevenindo ou reprimindo atos contrários, ainda que potencialmente, à ordem econômica, com observância do devido processo legal em seus aspectos material e formal*”, o CADE realiza um diálogo interinstitucional com diversas outras políticas públicas, por meio de uma articulação com diversos órgãos e instituições ligadas à política antitruste e de defesa do consumidor.

1.3 NATUREZA DAS DECISÕES DO ÓRGÃO ANTITRUSTE BRASILEIRO

Conforme disciplina a Lei Federal n.º 12.529/2011, que estruturou o SBDC em seus moldes atuais, a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela legislação antitruste. Destarte, no art. 4º do referido Diploma, o legislador confere o status de “entidade judicante” ao CADE, conferindo a ele, inclusive, “jurisdição em todo o território nacional”.

Ampliando ainda mais a força das manifestações do Conselho, o legislador previu, no §2º do art. 9º da aludida Lei, a previsão expressa de que as decisões do Tribunal não comportariam revisão no âmbito do Poder Executivo, garantindo a promoção imediata da sua execução, com a devida

⁶⁰⁰ Para saber mais sobre o histórico do CADE: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a->

[informacao/institucional/historico-do-cade](https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade)>. Acesso em 31 jan. 2022.

comunicação, em seguida, ao Ministério Público.

Nessa mesma direção, estabeleceu-se a força de título executivo extrajudicial às decisões do Plenário do Tribunal que imputem multa ou imponham obrigação de fazer ou não fazer. Além disso, atribuiu-se competência à Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE a função de promover a execução judicial das decisões e julgados do Conselho.

Estabelecidas essas premissas, é possível avançar um pouco mais na exploração da natureza das decisões do CADE e eventuais decorrências de tal qualificação.

Em que pese a legislação estudada atribua “função judicante” ao CADE, uma interpretação sistemática e teleológica das normas antitruste, em consonância com a definição de unidade do ordenamento jurídico⁶⁰¹, permite concluir que, ao prever função judicante ao órgão antitruste, o legislador não quis atribuir função judicial ao referido Conselho, o que seria impossível no modelo constitucional que adotamos.

Nesse sentido, parece-nos que o que se quis reforçar é a possibilidade de a autarquia julgar administrativamente os casos submetidos à sua apreciação, emitindo privativamente o juízo de valor sobre fatos e questões abordadas nos respectivos processos.

Isso ganha ainda mais reforço ao se analisar a estrutura de formação do referido Conselho, que apesar de

autônomo, integra a estrutura do Ministério da Justiça e Segurança Pública, parte do Poder Executivo, o qual possui como função típica o ato de administrar. Assim, tratam-se, em verdade, de decisões administrativas que, a partir dessa perspectiva, e utilizando-se como base o imperativo constitucional, ainda podem ser submetidas ao crivo de análise do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário, por outro lado, possui contornos e características singulares, que diferencia as suas estruturas dos demais órgãos e entidades de outros poderes, que exercem atipicamente, e sem sentido amplo, a função de julgar. Além disso, por adotarmos o modelo de jurisdição una, toda essa estrutura judicante, por essência, é que detém a palavra final sobre qualquer assunto submetido à sua manifestação.

Outra questão interessante acerca da natureza das decisões do CADE é se estas podem ser classificadas em vinculadas ou discricionárias, em virtude do grau de liberdade que a Lei confere ao Conselho para aquiescer ou não com atos de concentração, bem como para julgar os consequentes processos administrativos.

Importante destacar que a legislação antitruste traz diversos conceitos jurídicos indeterminados, o que confere abertura para uma interpretação ampliada de possibilidades. Como exemplo,

⁶⁰¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, Capítulo 10 (p. 184).

podemos destacar a ausência de previsões pormenorizadas sobre os casos em que, especificadamente, ocorre abuso de poder econômico ou casos que culminarão na eliminação da concorrência, em virtude de concentração.

Justamente por prever expressões sem conteúdo pré-determinado, é que poder-se-ia cogitar que o CADE possui poder discricionário no exercício de suas competências. Entretanto, não se trata de uma tarefa simples, embora a maior parcela da doutrina defenda que a aplicação prática de tais conceitos abertos representa um processo nato de interpretação do Direito, que consequentemente se insere no campo da legalidade, o que atrairia a possibilidade de revisão judicial.

O Conselho, em que pese exerça função judicante em sentido amplo, conforme já explorado, por se tratar de um ente administrativo do Poder Executivo, emana atos administrativos. Para os autores João Rodas e Gesner Oliveira⁶⁰², *"as decisões do Cade, tanto com relação a atos de concentração, como a procedimentos administrativos, são emanações de jurisdição voluntária exercitada pela Administração Pública, sendo atos administrativos vinculados"*.

Sob a mesma ótica, Maria Cardozo⁶⁰³ defende que a principal característica que diferencia as decisões do Conselho dos atos

praticados sob o viés discricionário reside na falta de valoração subjetiva pelos integrantes do órgão antitruste.

Nessa linha, o poder discricionário não parece estar ligado com a ausência de determinação dos conceitos jurídicos, mas sim com a caracterização de o administrador ter liberdade para atribuir valoração pessoal e tomar decisões sob os prismas de conveniência e oportunidade, principais atributos de tais atos não vinculados.

Nesse sentido, aplicar conceitos indeterminados consiste essencialmente na tarefa de aplicar propriamente a lei, em típico caso de subsunção, a situações ocorridas no mundo real. A tarefa do CADE se encaixa perfeitamente nessa situação, na medida em que a legislação antitruste estabelece os princípios e regras que devem ser observados pelo Conselho em suas manifestações, o qual tem a obrigação legal de aplicar tais institutos a situações concretas. As decisões, portanto, estariam adstritas às normas jurídicas e não às convicções particulares dos seus integrantes.

A liberdade do CADE para decidir, portanto, seria limitada pelo legislador, conferindo status de atos vinculados e não discricionários, conforme defende o saudoso Professor Hely Lopes Meirelles⁶⁰⁴.

Com relação à corrente doutrinária que milita a favor da

⁶⁰² OLIVEIRA, Gesner & RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Renovar, 2005.

⁶⁰³ CARDOSO, Maria Izabel Andrade Lima. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional no Direito da Concorrência Pós-*

Constituição de 1988. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2005.

⁶⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2004.

insindicabilidade ou quase insindicabilidade das decisões do CADE, a doutrina do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso⁶⁰⁵ defende que as “*decisões discricionárias envolvendo conteúdo técnico, tomadas pelo órgão especializado, gozam de uma presunção reforçada de legitimidade, cabendo ao Judiciário revê-las apenas diante do erro grosseiro*”).

Em lado diametralmente oposto está a corrente majoritária, que, apesar de qualificar o trabalho do CADE como eminentemente técnico e especializado, não o caracteriza como discricionário, por não se tratar de um ato de governo, mas ato de Estado, que deve seguir rigorosamente os ditames constitucionais e legais.

2. MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Quando abordamos as características de um ato administrativo, quer seja questionando os requisitos para qualificá-lo como discricionário ou vinculado, ou até mesmo explorando a dimensão do controle que pode ser exercido pelo Poder Judiciário, sempre vêm à tona as diversas possibilidades de classificação ou categorização pela doutrina e jurisprudência desse mecanismo de externalização da voz da administração. São atos que possuem, portanto,

características bem diversas daquelas decorrentes do ato judicial ou dos atos jurídicos da seara privada.

O ato administrativo é, em essência, um ato de manifestação da vontade da administração pública que tem por objetivo materializar a intenção do legislador ordinário, sob a tutela do direito público, a fim de adquirir, alterar, proteger, exigir, extinguir ou transmitir direitos ou impor deveres aos administrados.

Para a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁰⁶, o ato administrativo pode ser conceituado como a “*declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público, e sujeita a controle pelo Poder Judiciário*”.

Já o saudoso Professor José dos Santos Carvalho Filho⁶⁰⁷ entende que o ato administrativo consiste na “*exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, que, nessa condição, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público*”.

O texto do art. 2º da Lei Federal n.º 4.717/1965 nos possibilita avançar na exploração desses elementos ou requisitos do ato administrativo, os quais podemos sintetizar da seguinte forma: competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Na mesma seara, entre os atributos de tais atos está a

⁶⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁶⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo Brasileiro*, p.206, 21ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

⁶⁰⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 92, 17ª edição, Ed. Lumen Juris, 2007.

presunção de legalidade e legitimidade; a coercibilidade ou imperatividade; o poder de excoatoriedade; e a tipicidade.

A competência é a condição de validade de qualquer ato administrativo. É o poder prescrito na legislação que estabelece atribuições legais ao representante da administração pública para a prática do ato administrativo propriamente dito.

A forma, nesse mesmo diapasão, representa o meio através do qual a vontade é exteriorizada. Significa a necessidade de observar, de forma regular e completa, as formalidades previstas na lei para a existência do ato administrativo.

O objeto representa a modificação no mundo jurídico que o ato administrativo pretende ocasionar. Trata-se do objetivo imediato da vontade do ato, o seu resultado prático. Já o motivo, pode ser caracterizado como as razões fáticas ou de direito que ocasionam a vontade do representante da administração pública no momento da prática do aludido ato. Nessa mesma linha, a motivação pode ser definida como a exposição dos fundamentos jurídicos e fáticos do ato.

A finalidade, por fim, representaria o bem jurídico demandado pelo ato administrativo, que possui como baliza o interesse público.

Com relação aos seus atributos, destacamos a presunção da legalidade, segundo a qual supõe-se que o ato administrativo foi editado seguindo todas as prescrições legais, sendo

válido e verdadeiro. Trata-se de uma presunção relativa, o que, portanto, pode ser alvo de prova em contrário.

Essa explanação é importante, haja vista que a finalidade, os motivos e as causas do ato administrativo caracterizam-se como limitações ao exercício da discricionariedade. Além disso, o mérito administrativo constitui-se exatamente a partir da valoração da designação do objeto e dos motivos do ato administrativo, feitas pela administração.

E é justamente esse mérito do ato administrativo o cerne das questões travadas neste trabalho, a partir da discussão se o Poder Judiciário pode (ou não) adentrar a esse espaço do ato administrativo para efetivar o seu controle.

Conforme já explanamos acima, as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica podem ser consideradas como atos administrativos vinculados, em que pese a existência de conceitos indeterminados que devem ser objeto de valoração pelo órgão técnico.

Nesse sentido, resta indagar se a visão do Judiciário sobre a possibilidade de controle também abrangeria esses elementos, representando uma evolução da noção de insindicabilidade do mérito administrativo, uma verdadeira imunidade à investigação judicial, no período pré-Constituição de 1988, conforme retrata a Professora Vanice do Valle⁶⁰⁸.

⁶⁰⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do

controle do poder. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 25, p. 110, 2020.

3. CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

No âmbito da ADI 4874/DF, abordou-se a questão da sindicabilidade dos atos normativos das agências reguladoras, o que sinalizou o prumo da direção a ser adotada majoritariamente pelo Supremo Tribunal Federal, com relação à temática.

Registrou-se que, com relação a questões técnicas muito específicas, seria notório que o Poder Judiciário não possuiria o conhecimento pleno das razões que direcionaram para a edição de um ato. Essa constatação seria justificativa para a necessidade de se reforçar o cuidado que o Judiciário deve ter ao realizar o controle de atos tais.

Obviamente que, nos casos em que a ação administrativa exorbitar a competência prevista para o órgão regulador, adotando uma posição que, embora legal, não esteja no escopo das suas atribuições, tais posicionamentos não estariam imunes ao controle judicial⁶⁰⁹.

Conforme já tratamos em tópico anterior, o controle das decisões do CADE pelo Poder Judiciário evoluiu na mesma medida em que a legislação antitruste se consolidou no Brasil, em especial após a Lei Federal n.º 12.529/2011.

Nessa linha, o êxito do CADE no âmbito do Poder Judiciário tem permanecido em índices razoáveis ao longo dos últimos anos. Com relação ao resultado dessas ações, o que podemos observar é uma tendência do Poder

Judiciário de manutenção das decisões do órgão antitruste brasileiro ao longo do tempo.

3.1 O PRECEDENTE DO STF NO ÂMBITO DO RE 1.083.955/DF

Nesse sentido, emblemáticas foram as discussões travadas em torno do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 1.083.955/DF, de relatoria do Min. Luiz Fux, no âmbito da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal.

O cerne do debate girava em torno de uma decisão do CADE no âmbito de um processo administrativo em que se apurou práticas imputadas à formação de cartel, estímulo à restrição de concorrência, bem como formação ilegal de conduta entre concorrentes.

Ao final da tramitação, o Conselho concluiu, conforme relata o Voto Condutor do Acórdão, que as empresas tais se valeram de seu poder econômico indevidamente. Em razão disso, restaram identificadas as infrações previstas na legislação antitruste, e o CADE aplicou as penalidades devidas.

A argumentação da empresa para justificar a cassação da decisão do Conselho, que acabou acolhida pelo juízo de primeira instância, girava em torno da inadequação material das condutas às infrações previstas na legislação antitruste e que a conduta imputada era mero “*lobby*”, prática que não configuraria infração à ordem econômica.

⁶⁰⁹ SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law*

Journal, Volume 1989, Number 3, p. 519, June 1989.

O CADE recorreu da referida decisão e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF) reformou o julgado e reestabeleceu a decisão da autarquia, reconhecendo a impossibilidade de revisão judicial do mérito administrativo das decisões do CADE.

No caso, o Tribunal de origem reconheceu que o Judiciário não poderia substituir o juízo de valor feito pelo órgão administrativo e ingressar no cerne do mérito da decisão do Conselho.

Nos termos do acórdão do TRF, *atribuir qualificação diversa a fatos incontroversos (...) é negar o juízo de valor que o legislador incumbiu a um órgão de composição plural e de conhecimentos técnicos sobre a matéria (...). No caso concreto, entretanto, o que se viu foi a completa substituição de um juízo valorativo por outro*

Destarte, o referido Tribunal assentou expressamente, que *“estivesse o juiz examinando a vulneração de qualquer outro requisito do ato (competência, finalidade, forma, objeto, motivação), certamente que admissível o controle judicial”*.

No mesmo sentido, a Suprema Corte considerou que *“a expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia”*.

Nessa mesma linha, Eduardo Jordão ⁶¹⁰ defende que, por tratar controvérsias complexas, que exigem tratamento qualificado e especializado, o Judiciário não teria condições plenas para exercer o controle jurisdicional das escolhas públicas e técnicas atinentes à regulação da atividade econômica, bem como os seus reflexos em todo o sistema.

Assim, os principais argumentos que fundamentariam o dever de deferência do Judiciário às decisões de órgãos reguladores, em especial o CADE, repousariam na falta de capacidade institucional dos tribunais para decidir sobre questões regulatórias, por envolver prognósticos de gênese técnica e questões de padrão policêntrico. Soma-se a isso a possibilidade desse controle ocasionar efeitos sistêmicos que poderiam ser nocivos à dinâmica e coerência regulatória.

Dessa forma, consigna o acórdão que a *“natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial”*, situação que conferiria à administração pública maior capacidade para analisar os elementos econômicos e fáticos próprios da atividade regulada.

Caso contrário, uma intervenção desproporcional do Poder Judiciário, poderia ensejar consequências de cunho negativo às proposições da Administração Pública. Por um prisma

⁶¹⁰ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do*

controle. São Paulo: Malheiros – SBDP, 2016, p. 131-141).

pragmático, adentrar ao mérito do ato administrativo poderia ocasionar um comprometimento da coerência e unidade da política regulatória, gerando uma paralisia de efeitos sistêmicos extremamente negativos.

Assim, o Supremo chancelou expressamente sua deferência às decisões do CADE, reconhecendo a sua competência técnica para avaliar e valorar os processos submetidos à sua apreciação.

Por outro lado, também restou consignado no acórdão do STF a possibilidade de o Judiciário analisar a legalidade ou abusividade dos atos administrativos, incluindo as decisões do CADE, podendo abordar os requisitos de tais, desde que não se adentre ao seu mérito.

3.2 O PRECEDENTE DO STJ NO ÂMBITO DO RESP 1.979.138/DF

Outra decisão recente, e emblemática, envolvendo o CADE, foi adotada no âmbito do Recurso Especial n.º 1.979.138/DF, de relatoria do Min. Benedito Gonçalves. No aludido processo, discutiu-se a assertividade do Conselho Administrativo, no exercício de seu papel sancionador, ter negado a produção de prova técnica.

O caso concreto, submetido ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, avaliou a regularidade de negativa de requerimento apresentado pela parte, junto ao CADE, para a produção de prova pericial de natureza econômica.

Em seu voto, consignou o Exmo. Relator que

Dentro da seara do direito sancionador, por meio do qual a

Administração Pública exerce a sua prerrogativa de punir atos que repute contrários às normas jurídicas prescritivas de comportamentos, devem incidir as limitações próprias das garantias asseguradas em geral a todos aqueles que se encontram no polo passivo dessa relação jurídica de sujeição.

Não obstante discordar do encaminhamento adotado pelo CADE, o qual havia indeferido a produção probatória solicitada, o Relator registrou expressamente que essa conclusão não seria “uma incursão no mérito administrativo, ou nas conclusões a que chegou o julgador administrativo, mas sim uma exigência da observância das garantias fundamentais que devem ser asseguradas ao acusado, no contexto de um devido e regular processo administrativo”.

Assim sendo, o referido *Decisum* parece não ter afrontado o entendimento adotado pela Suprema Corte, analisado no tópico anterior, já que o cerne da questão tratada no Recurso Especial cingiu-se à matéria processual, não adentrando ao mérito administrativo propriamente dito.

3.3 A RECOMENDAÇÃO CNJ N.º 135/2022

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), também recentemente, sob o argumento de maximizar a segurança jurídica e de impedir o comprometimento da política de defesa da concorrência, editou, em 2022, de

forma inédita, uma Recomendação a todos os magistrados brasileiros a fim de prevenir conflitos e diminuir a judicialização de questões envolvendo o CADE.

Esse movimento segue a linha mestra definida pelo STF no âmbito do RE 1.083.955/DF, no sentido de privilegiar, sempre que possível, as decisões do Conselho, evitando e desestimulando a criação de um juízo revisional meramente extensivo no âmbito do Poder Judiciário.

Embora a Suprema Corte não tenha vetado a submissão ao Judiciário de questões envolvendo decisões da Autarquia, estabeleceu-se algumas balizas a fim de se evitar que esse controle se dê de forma nociva e desarrazoada, o que poderia ocasionar impactos no mercado que não podem ser mensurados adequadamente pelo magistrado.

Nesse sentido, ao recomendar expressamente aos magistrados que “sempre que possível, realizem a oitiva do órgão de defesa da concorrência, em especial a sua Procuradoria Federal Especializada, antes de concederem tutelas de urgência relacionadas a processos administrativos em tramitação no Conselho Administrativo de Defesa Econômica”, o CNJ busca minimizar os efeitos danosos decorrentes de eventual abuso do direito de demandar, privilegiando, de certa forma, as manifestações do CADE.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme abordado ao longo deste trabalho, o CADE é um órgão administrativo por excelência,

integrante da estrutura do Poder Executivo e responsável por intervir nas questões atinentes à política concorrencial no País.

Como visto, a política antitruste passou por diversas transformações ao longo do tempo, situação que permitiu um aperfeiçoamento dos órgãos responsáveis, em especial o CADE.

Ao lado disso, houve um aumento dos questionamentos de suas decisões no âmbito do Poder Judiciário, o que permitiu a construção de uma jurisprudência em torno dos limites impostos para tal controle.

Além disso, explorou-se os contornos próprios das decisões do Conselho, enquanto atos administrativos por primazia, e a sua categorização como atos vinculados, respeitadas as balizas impostas pela legislação antitruste.

Nessa mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Recurso Extraordinário n.º 1.083.955-DF, reforçou a postura de deferência às decisões do Conselho, salientando a falta de capacidade institucional dos tribunais judiciais para decidir sobre questões regulatórias, por envolver prognósticos de gênese técnica e questões de padrão policêntrico, bem como a possibilidade de esse controle ocasionar efeitos sistêmicos que poderiam ser nefastos à dinâmica e coerência regulatória.

Por outro lado, restou reforçada a possibilidade de intervenção do Judiciário para avaliar a legalidade ou abusividade de tais atos, desde que não se adentre ao mérito administrativo propriamente dito.

No bojo do REsp 1.979.138/DF, julgado posteriormente ao aludido RE, o Superior Tribunal de Justiça acabou por testar os limites de tal controle, ao anular decisão do Conselho que indeferiu a produção de prova técnica solicitada por uma das partes. Todavia, o Voto Condutor da referida Decisão expressamente reforçou os limites de tal revisão, ao constar expressamente que não se estava adentrando ao mérito da referida decisão do órgão administrativo, mas apenas garantindo o cumprimento do devido processo legal.

Outra novidade foi a deliberação do Conselho Nacional de Justiça, em sua 111ª Sessão Virtual, ocorrida em 9 de setembro de 2022, que decidiu expedir a Recomendação n.º 135/2022, orientando aos magistrados brasileiros, “sempre que possível”, realizem a oitiva do órgão antitruste, antes de concederem tutelas de urgência relacionadas a processos do CADE, com o objetivo expresso de se minimizar os efeitos danosos decorrentes de eventual abuso do direito de demandar pelas partes.

Assim, não obstante esses importantes precedentes, podemos concluir que ainda há espaço para discussões envolvendo os limites da atuação do órgão, não se caracterizando em uma imunidade absoluta ou direito adquirido, conforme expressamente consignado pela Corte Constitucional.

REFERÊNCIAS

AGRA JÚNIOR, Walter de. *Controvérsias na revisão judicial de decisões do Cade*. Disponível em: <<https://ibrac.org.br/UPLOADS/Ev>

entos/483/Walter_Agra.pdf>.

Acesso em 29 jan. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n.º 135, de 12 de setembro de 2022*. Disponível: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/-/Rec_135_2022_CNJ.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1979138/DF*, Relator Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 08 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.874/DF*, Relatora Min. Rosa Weber, julgada em 1º fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 1083955/DF*, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28 mai. 2019.

CARDOSO, Maria Izabel Andrade Lima. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional no Direito da Concorrência Pós-Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 92, 17ª edição, Ed. Lumen Juris, 2007

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo Brasileiro*, p.206, 21ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008
- JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros – SBDP, 2016, p. 131-141).
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, Capítulo 10 (p. 184).
- MOTTA, Fabricio; *O paradigma da legalidade e o direito administrativo*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 197-229.
- OLIVEIRA, Gesner & RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Renovar, 2005.
- SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Journal*, Volume 1989, Number 3, p. 519, June 1989.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 25, p. 110, 2020.