

O CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

THE JUDICIAL CONTROL OF THE BRAZILIAN COUNCIL FOR

ECONOMIC DEFENSE - “CADE”

Eduardo Garcia de Lima¹

RESUMO

O presente estudo, desenvolvido no âmbito do Direito Econômico, tem por escopo investigar como são vistas as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na visão da jurisprudência, ou, mais precisamente, em que medida as decisões do CADE estão sujeitas ao controle da legalidade pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Direito Econômico - CADE - decisões administrativas - revisão judicial - limites

ABSTRACT

The herein academic study, based on the Brazilian Economic Law Principles, aims to investigate how the decisions taken by the Brazilian Council for Economic Defense, known as “CADE” are seen based on the local “jurisprudencia”, or, more precisely, the extent to which “CADE’s “ decisions are subject to the legal control of the Judiciary.

Keywords: Economic Law – “CADE” (The Brazilian Council for Economic Defense) – administrative decisions - judicial review - judicial control – limits.

¹ Advogado, Especialista em Direito Tributário, e Mestrando em Direito na PUC-SP.

1. Breves lineamentos constitucionais da ordem econômica

O presente trabalho tem como pressuposto fundamental o delineamento da ordem econômica pela Constituição Federal, para que, ao depois, seja feita a investigação sobre a existência ou não de limites ao controle das decisões administrativas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pelo Poder Judiciário, na visão da doutrina e da jurisprudência.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 170, estabelece que *a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*, determinando que sejam observados, dentre outros, os princípios da *propriedade privada* (inciso II), da *função social da propriedade* (inciso III), da *livre concorrência* (inciso IV), da *defesa do consumidor* (inciso V), da *redução das desigualdades regionais e sociais* (inciso VII), e da *busca do pleno emprego* (inciso VIII).

Conforme o artigo 173 da Magna Carta, salvo exceções previstas na própria Constituição, *a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*.

E o artigo 174, por sua vez, estabelece que, *como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*, prescrevendo o § 4º 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*, e o § 5º que *a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular*.

Daí, portanto, a estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, instituído pela Lei nº 12.259, de 30 de novembro de 2011, que dispõe sobre a prevenção e repressão às

infrações contra a ordem econômica, orientada, segundo o seu art. 1º, pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, e com a determinação de que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos” pela referida lei.

Bem por isso, Gilmar Ferreira Mendes afirma, com acerto, que “a política econômica brasileira está ancorada na Constituição Federal e é guiada pelo princípio da livre iniciativa, essencial para a preservação da concorrência, por evitar abusos econômicos, bem como pelos princípios de livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”²

E “nesse contexto, a Constituição, que declara o mercado interno como patrimônio nacional (art. 219 da CF/1988), exige do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174 da CF/1988), o exercício da função de fiscalização”.³

2. Sistema de defesa da concorrência e o perfil jurídico do CADE

A Lei nº 12.259, de 30 de novembro de 2011, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem, dispõe, em seu art. 3º, que o SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, “é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, e pela Secretaria de Acompanhamentos Econômico do Ministério da Fazenda”.

O CADE, segundo o art. 4º da referida lei, “é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal”, e competências previstas na referida lei, constituído pelo Tribunal

² MENDES, Gilmar Ferreira. CADE e o Poder Judiciário. *In: Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário.* Coord. João Grandino Rodas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 14.

³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito da Concorrência: sua função social nos países desenvolvidos e em desenvolvimento. *In: Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário.* Coord. João Grandino Rodas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 67.

Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos (art. 5º).

Ora, sendo o referido órgão de uma autarquia, a expressão do legislador, de que se trata de “órgão judicante” merece crítica, pois, como observa Nelson Nazar, “jurisdição é ‘dizer o direito’, e, quem diz o direito, em um regime democrático, é o Estado-Poder, por meio da forma jurisdicional, expressão exclusiva do Poder Judiciário”.⁴

Sendo, pois o CADE uma entidade autárquica federal, criada obrigatoriamente, por lei, é detento de um poder meramente arbitral e administrativo (por ser um tribunal administrativo), jamais jurisdicional.⁵

Aliás, para Marçal Justen Filho, não se pode sequer dizer que exista “contencioso administrativo” no âmbito da administração pública, pois só “seria admissível aludir a ‘processo administrativo’ na medida em que se organizasse uma estrutura orgânica à qual se atribuísse a competência para conduzir a solução da controvérsia na via ‘administrativa’, totalmente independente dos sujeitos em conflito”.⁶

Com efeito, litígios julgados pelo CADE são desenvolvidos e solucionados no âmbito restrito da União Federal; nesse âmbito, quem acusa, a Superintendência-Geral do CADE, é órgão da União Federal, e quem julga, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, também é órgão da União Federal.

A par disso, como observa Justen Filho, é preciso lembrar que “o sistema brasileiro alicerça-se na unidade da jurisdição, atribuída ao Poder Judiciário”, de modo que “supor a existência de processo com cunho de jurisdicionalidade, fora do âmbito do Poder Judiciário, é contrário à Constituição”.⁷

⁴ NAZAR, Nelson. Direito econômico. 3ª ed. Ver. Amp. e atual. - São Paulo: Edipro, 2014, 113.

⁵ *Ibidem*, p. 113.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações sobre o “processo administrativo fiscal”. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, nº 33, junho/98, pp 113-14.

⁷ *Ibidem*, pp. 114.

Assim sendo, se o CADE é uma autarquia, com poder de polícia, o que se pretende investigar no presente artigo é em que medida as suas decisões estão sujeitas ao controle da legalidade, pelo Poder Judiciário.

A esse respeito, é relevante destacar que o § 2º do artigo 9º da Lei nº 12.259, de 30 de novembro de 2011, estabelece que as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

Frise-se que, no MS 10.138/DF, relatora Min. Eliana Calmon, do STJ, esse posicionamento foi reafirmado, julgando-se que da decisão do CADE não cabe recurso no âmbito da esfera administrativa, devendo, por isso, ser devidamente arquivado recurso hierárquico interposto pelo Ministério Público Federal ao Ministério da Justiça, contra decisão colegiada do CADE.⁸

Com isso, ao particular condenado em litígio desenvolvido e julgado pelo CADE não restará outra alternativa que não seja socorrer-se da via judicial, caso não se conforme com a condenação, do que decorre o interesse de se aferir se o Poder Judiciário poderá ou não, e em que medida, rever tal decisão administrativa.

3. O controle judicial das decisões do CADE

Como observa Mendes, o CADE assumiu, nos últimos tempos, um forte e importante papel na economia brasileira, decidindo o futuro de grandes fusões de empresas, aplicando pesadas multas e, principalmente, ocupando um lugar quase constante na mídia brasileira. Como consequência, o número de decisões do CADE contestadas no Poder Judiciário aumentou consideravelmente desde o início das atividades dessa autarquia federal, e muito se fala sobre a real

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. CADE e o Poder Judiciário. *In: Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário.* Coord. João Grandino Rodas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 18.

força de suas decisões, tendo-se como base sua crescente judicialização e alteração de seus julgados pelo Judiciário.⁹

E sendo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica uma autarquia, é certo afirmar que seus atos estão sujeitos ao princípio da estrita legalidade.

3.1. O princípio da inafastabilidade da jurisdição

Para investigar a possibilidade de revisão das decisões do CADE, e os seus limites, deve-se ser rememorado que a Constituição Federal consagra a unidade ou monopólio da jurisdição, no art. 5º, inciso XXXV, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que autoriza dizer que as decisões do CADE, assim como qualquer outro ato administrativo, não poderá ser privado da submissão ao Poder Judiciário, salvo as exceções dos denominados de jurisdição anômala, como no caso de julgamento político previsto na própria Constituição.¹⁰

A par disso, “o fundamento último da possibilidade de revisão judicial das decisões do CADE remonta à teoria da separação dos poderes, preconizada por Montesquieu em “O Espírito das Leis”, como observa Ananda Portes¹¹.

3.2. A existência ou não de limites para a revisão jurisdicional das decisões do CADE

“Ainda que seja inequívoca a possibilidade de controle judicial das decisões do CADE, é certo que os limites dessa revisão constitui questão assaz polêmica.”¹²

⁹ MENDES, MENDES, Gilmar Ferreira. CADE e o Poder Judiciário. *In*: Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário. Coord. João Grandino Rodas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 15.

¹⁰ *Ibidem*, p. 16.

¹⁰ NAZAR, Nelson. Direito econômico. 3ª ed. Ver. Amp. e atual. - São Paulo: Edipro, 2014.

¹¹ PORTES, Ananda. A revisão das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em: <http://www.htj.com.br/noticia/dra-ananda-portes-distorre-sobre-a-revis-o-judicial-das-decis-es-do-CADE> Acesso em: 29.09.2014.

¹² *Ibidem*.

Bem por isso, tem lugar a pergunta de Portes: “Poderia o Judiciário rever o mérito das decisões do CADE ou sua atuação estaria restrita ao controle de legalidade, também denominado controle formal das decisões da autoridade administrativa?”¹³

Para responder a esta questão a referida autora sustenta existir uma distinção entre “Jurisdição Plena” e “Jurisdição Contida”. Na hipótese de “Jurisdição Plena” é dado ao Judiciário conhecer de todos os fatos e circunstâncias econômicas que embasaram a decisão, enquanto que na “Jurisdição Contida” é conferido ao Magistrado competência apenas para conhecer da adequação de um ato em relação às normas processuais ou formais, podendo verificar, por exemplo, se os prazos foram cumpridos, se o despacho foi motivado, se houve contraditório, se houve ampla defesa.¹⁴

Segundo Portes, como os atos do CADE são atos administrativos, a polêmica reside na qualificação desses atos, que podem ser “atos administrativos vinculados” ou “atos administrativos discricionários”¹⁵.

Tal diferenciação é crucial, porquanto, a princípio, sob a ótica da tradicional classificação dos atos administrativos, os aspectos dos atos administrativos de caráter discricionário escapam ao controle judicial, limitando-se a competência do Poder Judiciário a avaliar a legalidade dos atos (controle formal) e se o ato observou os limites da discricionariedade (exame quanto à razoabilidade na avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade).

Ao passo que os aspectos vinculados do ato administrativo comportam revisão plena. Amanda Flávio de Oliveira, em “O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário”, considera serem as decisões do CADE atos administrativos vinculados, passíveis, portanto, de revisão plena.

Escorando-se na lição de Eduardo Enterría, e na linha da atual doutrina administrativista, a autora defende que a partir da evolução dos conceitos de discricionariedade e vinculação diversas situações consideradas anteriormente no âmbito dos atos discricionários passaram a ser consideradas vinculadas – passíveis, portanto, de revisão judicial, sendo um exemplo disso os conceitos jurídicos indeterminados, amplamente utilizados pela Lei 12.529/11.

De acordo com essa corrente doutrinária, os conceitos jurídicos são indeterminados apenas em abstrato, porquanto quando se está diante do caso concreto, o conceito realiza-se ou não, havendo a denominada “unidade da solução justa”.

Assim, em que pese o emprego, pela Lei de Defesa da Concorrência, de expressões amplas, fluídas e abstratas, tais como “prejudicar a livre concorrência”, “exercício abusivo de posição dominante”, “aumento arbitrário de lucro” (art. 36), ou “melhorar a qualidade dos bens”, “propiciar o desenvolvimento tecnológico” e “repassar ao consumidor parte relevante dos benefícios” (art. 88, §5º), quando se está diante do caso real tais previsões se concretizam ou não. Isto é, diante do caso concreto, verifica-se ou não o desenvolvimento tecnológico, o repasse ao consumidor de parte relevante dos benefícios, o aumento arbitrário de lucros, etc.

Além disso, especialmente no campo do Direito Econômico, conceitos juridicamente indeterminados podem ser economicamente determináveis, sendo possível aferir

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

numericamente, por exemplo, o ganho de eficiência provocado por determinada operação de concentração, ou o prejuízo causado por um cartel.

Ainda de acordo com os defensores dessa corrente, o caráter altamente técnico das decisões do CADE não as tornaria discricionárias, pois dentre as decisões possíveis, o administrador deverá sempre adotar a tecnicamente melhor, economicamente mais eficiente.

Sustentam, ainda, que mesmo os aspectos discricionários que possam constar da decisão do CADE poderão ser controlados judicialmente pelo critério da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse sentido, todas as decisões do CADE estariam sujeitas ao controle amplo, não apenas formal, mas também de mérito, do Judiciário.

Filia-se a essa corrente Paula Forgioni, para quem, em um Estado Democrático de Direito, não se admite poder sem controle. Segundo a autora, a revisão judicial é a segurança do cidadão contra eventuais abusos ou enganos cometidos pelo Executivo.

Também o Juiz Federal Walter Nunes da Silva Júnior considera que as decisões do CADE constituem ato administrativo vinculado, sujeitas, portanto, ao exercício do controle judicial amplo. Sugere o autor que o juiz encare “a decisão do CADE assim como ele examina um laudo lavrado por perito, cabendo-lhe louvar a sua conclusão a respeito da questão, se for necessário, com base em dados técnicos, de preferência com o auxílio de expertos”.

Divergindo dessa posição, Isabel Vaz sustenta que, salvo em caso de ofensa a princípios constitucionais, o mais adequado é que se adote o modelo de jurisdição contida, com o controle apenas formal das decisões do CADE.

De acordo com a autora, as autoridades antitruste, no exercício de sua função judicante, estão sujeitas a diversas limitações, tais como a necessidade de motivar o ato decisório, a vinculação aos requisitos legais, dentre outras. Contudo, “a mais avassaladora entre todas as limitações é aquela decorrente da necessidade de se harmonizar as decisões antitruste com as políticas econômicas estabelecidas em um setor”.

Dessa limitação, isto é, da importância de se conformar as decisões proferidas na seara do Direito Concorrencial com as políticas econômicas adotadas pelo Estado, decorre a necessidade de se adotar o modelo de jurisdição contida. Dito de outro modo: tendo em vista que o CADE, ao proferir sua decisão, já buscou adequá-la às políticas econômicas implementadas pelo Estado, convém circunscrever a ação do Judiciário ao controle da legalidade, preservando a integridade do aspecto material da decisão administrativa já proferida.

Ao lado de Isabel Vaz há também quem defenda que as decisões do CADE não poderiam ser objeto de revisão judicial (salvo sob o aspecto formal), tendo em vista o caráter altamente técnico da decisão.

Nesse sentido, por exemplo, a lição de Edilson Nobre, para quem nas situações em que a decisão do CADE apresente conteúdo eminentemente técnico não se mostra adequada a intervenção ilimitada do juiz.

Essa corrente, que defende a impossibilidade de revisão do mérito da decisão do CADE, aponta também a economia processual e a maior efetividade da proteção da concorrência que decorreriam dessa vedação, tendo em vista que não se decidiria duas vezes a mesma questão, e que se privilegiaria a solução técnica, dada por expertos no assunto.

Outro argumento frequentemente suscitado por esta corrente é o despreparo dos magistrados quanto ao Direito Concorrencial, disciplina relativamente recente, à qual a maioria dos magistrados sequer teve acesso nos bancos da faculdade. Nesse sentido, pesquisas, como a realizada por Gisela Ferreira Mationi, revelam a falta de consistência das decisões judiciais proferidas nessa seara, que fazem pouca - ou nenhuma - referência aos dispositivos legais pertinentes (notadamente à Lei 8884/94, hoje substituída pela Lei 12.529/11), e que praticamente nunca lançam mão da doutrina especializada.

Em resumo, a extensão da revisão judicial das decisões proferidas pelo CADE decorre da qualificação destas como sendo atos administrativos vinculados ou discricionários. Se discricionários, é dado ao judiciário exercer apenas o controle formal sobre as decisões proferidas pela autoridade antitruste, além do controle sob a perspectiva da razoabilidade e proporcionalidade dos juízos de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Se vinculados, também o mérito da decisão administrativa poderia ser objeto de análise pelo órgão judicial.

Em ambos os casos, contudo, em um contexto de inafastabilidade da jurisdição, não há dúvidas de que a atuação do Judiciário é imprescindível à consolidação da cultura da concorrência, seja no julgamento das ações indenizatórias, seja na revisão das decisões proferidas pelo CADE. Mas para isso é fundamental que os magistrados, ao apreciarem controvérsias nesta seara, considerem as implicações econômicas de sua decisão e

recorram, como sugere Amanda Oliveira, à teoria econômica e à Análise Econômica do Direito.¹⁶

Tratando sobre o controle judiciário das decisões administrativas, notadamente das decisões do CADE, Gilmar Ferreira Mendes aponta, também, que a discussão sobre o tema da discricionariedade administrativa é o ponto fulcral, expondo o seguinte:

Sobre o tema, necessário observar a existência da *discricionariedade administrativa*. A Administração Pública, no exercício de seus poderes, é legitimada a praticar atos com liberdade de escolha em relação ao seu conteúdo e destinatário, levando-se em consideração a conveniência e a oportunidade para sua realização. Está limitada, porém, a outros princípios, como da moralidade, da razoabilidade e do interesse público. Isso explica, inclusive, a possibilidade de que suas decisões sejam submetidas ao Judiciário.

2.1. A discricionariedade técnica

Dentro da doutrina dos atos discricionários da Administração Pública, o conceito de *discricionariedade técnica* faz-se importante para o estudo das decisões proferidas pelo CADE. De acordo com Marcos Juruena Villela Souto, as decisões técnico-administrativas “envolvem a aplicação de regras experimentadas, comprovadas e comumente certas, ou, em outras palavras, a valorização de fatos opináveis segundo pautas técnico-administrativas”. E ainda: “O controle da discricionariedade técnica não pode, assim, envolver o mérito, salvo por erro de fato, irrazoabilidade de contradição ou por violação da lei. (...) Quando a ordem jurídica se remete a questões técnicas complexas de difícil compreensão ou de impossível reprodução probatória (por sua característica intrínseca, o juiz deve se contentar com ‘juízo do tolerável’, ou seja, uma decisão motivada da Administração”.

Em sentido semelhante Luís Roberto Barroso, que entende que “quanto às decisões discricionárias envolvendo conteúdo técnico, tomada pelo órgão especializado, gozam elas de uma presunção reforçada de legitimidade, cabendo ao Judiciário revê-las apenas diante do erro grosseiro.

Há quem argumente, entretanto, que as decisões tenham um alto teor técnico não resultam na possibilidade de a Administração Pública deliberar conforme sua livre apreciação subjetiva. Essa discricionariedade técnica pode, sim, proporcionar lesão a direito, ensejando, desse modo, correção judicial, esfera na qual, caso necessário, poderão ser ouvidos peritos, para esclarecimentos técnicos adicionais.

No mesmo sentido, a opinião de Tercio Sampaio Ferraz Junior, que afirma: “Na verdade, o CADE, com base em laudos técnicos toma uma decisão cujo fundamento técnico não expressa um juízo de conveniência e oportunidade, mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da livre concorrência. Sua decisão, assim, não é ato político de governo, conforme diretrizes ocasionais, mas ato que cumpre uma política de Estado, conforme diretrizes constitucionais e legais.

Assim, o administrador, ao aplicar a legislação concorrencial, não está afastado de princípios e regras por esta estipulados.¹⁷

Nelson Nazar, por sua vez, salientando que não sendo o CADE órgão judicante, ou seja, não sendo órgão do Poder Judiciário, existe a possibilidade de revisão das decisões do referido órgão:

¹⁶ PORTES, Ananda. A revisão das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em: <http://www.htj.com.br/noticia/dra-ananda-portes-distorre-sobre-a-revis-o-judicial-das-decis-es-do-CADE> Acesso em: 29.09.2014.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. CADE e o Poder Judiciário. *In*: Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário. Coord. João Grandino Rodas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 16/18.

Fosse o CADE efetivamente um órgão jurisdicional, o art. 4º da Lei nº 12.529/2011 estaria disciplinando não uma autarquia federal, mas uma Justiça especializada, voltada para o julgamento da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e das representações atinentes às questões econômicas.

Não se trata, aqui, de uma questão puramente cerebrina, acaciana. Ao contrário, sua relevância ganha vulto à medida que tem levado muitos assessores legais ao CADE a incorrer no erro de que decisões provenientes dessa entidade estão imunes de apreciação por parte do Estado-Poder, o que converteria tais decisões não em menos título executivos, mas em expressões de uma realidade inerente às decisões judiciais, atribuídas de caráter terminativo e definitivo.

Evidentemente, tal não pode ocorrer com decisões de âmbito administrativo, uma vez que, em se tratando do CADE, expressam elas apenas um título executivo, executado, portanto, no plano da Justiça, por atuação da Procuradoria do órgão.

Eis a razão por que tais decisões não fazem coisa julgada, exceto se levar-se em consideração o caráter semelhante existente entre títulos executivos extrajudiciais e judiciais, pois ambos comportam decisão e reapreciação por parte do Poder Judiciário, com a utilização dos embargos à execução.

Os embargos têm características de ação desconstitutiva, repropondo a discussão daquilo que foi levado ao âmbito do Poder Judiciário e produzindo – aí sim – uma decisão de caráter terminativo e definitivo.

Alguns dizem que a Lei nº 12.529/2011 traz, em seu bojo, um instrumento que permite celeridade, qualidade de decisão e presteza nas respostas aos interesses dos jurisdicionados. Complementam, argumentando que o Poder Judiciário, por ser um poder não especializado, desconhece questões técnicas que envolvam a atividade econômica. É com base nessa frágil premissa que defendem eles a exclusividade das decisões tomadas por esse tipo de “tribunal”, como no caso do CADE. As decisões envolvendo questões de direito administrativo, quando vão ao Poder Judiciário, não podem ser apreciadas quanto ao mérito, pois envolvem uma atividade vinculada.

Há, inclusive, uma recomendação do Banco Mundial para que haja um progressivo esvaziamento da atividade jurisdicional, transferindo-se esta para os órgãos administrativos. Como se isso fosse uma sugestão para o sucesso dos julgamentos!

Conquanto a lei qualifique não só o CADE, mas também seus membros, como órgão julgante, falta a este um elemento essencial: a imparcialidade.

Em seu sentido estrutural, a imparcialidade significa a representação e a expressão, pelo Estado-Poder, da sociedade organizada.

Provém daí as garantias institucionais da Magistratura: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Frise-se, por oportuno, não se tratar de privilégios do Poder Judiciário, mas de uma garantia para toda a sociedade, com vistas à obtenção de decisões imparciais e igualitárias, estruturadas nos princípios informadores constitucionais. É interesse da sociedade o regramento orgânico do caráter imparcial das decisões, prerrogativa do Estado-Poder que deve estar permanentemente presente.

Por outro lado, sendo o CADE uma autarquia criada similarmente a um tribunal administrativo, agrega secretarias que servem de suporte a sua atuação (exemplo: Secretaria de Direito Econômico). É bem verdade – repita-se – enquanto autarquia não se consubstancia como um tribunal no sentido estrito da palavra. Trata-se unicamente de um tribunal administrativo, de um órgão governamental, cujas decisões se submetem ao Poder Judiciário.

Assim, o CADE é um instrumento de governo, com função relevante, cuja finalidade é dar cumprimento estrutural às limitações estabelecidas na Constituição Federal, razão pela qual suas decisões estão desprovidas de caráter terminativo ou definitivo.

Distinga-se, por necessário, que as decisões procedentes do CADE são executáveis, mas não autoexecutáveis. Como tais, produzem, elas, um título executivo, que pode ser desconstituído por uma apreciação superior ao Poder Judiciário.

Esta questão não se equipara à questão da avaliação dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. O ato administrativo, como regra, é um ato vinculado, o que impede a apreciação, por parte do Poder Judiciário, de seu mérito, limitando-se à sua legalidade, para aferir a ação do administrador. O ato administrativo presume-se, pois, legal quanto a seu mérito, questão exclusiva da Administração Pública.

A doutrina não é unânime ao analisar se a existência de expressões de conteúdo indeterminado na Lei nº 12.529/2011 outorga ou não poder discricionário ao CADE, para o exercício de suas competências. A maior parte da doutrina entende que a aplicação prática

destes conceitos indeterminados corresponde a um processo de interpretação do Direito, processo este que comporta revisão judicial.¹⁸

Enfim, não há dúvida de que a doutrina encontra-se dividida a respeito da existência de limites à revisão das decisões do CADE.

Isso posto, em termos de conclusão, parece mais acertada a posição dos autores que admitem a possibilidade de conhecimento do mérito das questões postas ao Poder Judiciário, pois, como bem sustenta Eros Roberto Grau, *a tese da discricionariedade técnica é insustentável*, uma vez que, *ao limitar-se o controle jurisdicional ao “erro manifesto”, coloca-se à margem desse controle o “erro não manifesto”, sendo certo que tanto o “erro manifesto” quanto o “erro não manifesto” são ilegais, e devem ser controlados e corrigidos.*¹⁹

Afinal, “a tolerância do erro, *manifesto* ou *não manifesto*, se não concedida pela lei, não pode ser concedida pelo juiz”.²⁰

3.3. A posição do Poder Judiciário em face do controle das decisões do CADE

Algumas pesquisas apontam a postura do Poder Judiciário em relação à possibilidade de revisão de decisões do CADE, e se existem ou não limite para tal revisão.

De início, cabe anotar, como aponta Giovanna Mayer, que a primeira constatação é a escassez de decisões, tanto no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça, o que chama a atenção em um país em que há alta litigiosidade e que os agentes que atuam no setor de concorrência possuem amplo acesso à Justiça, mesmo com as restrições trazidas pelo art. 65 da Lei nº 8.884/04.²¹

A rigor, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se pouco sobre o tema, cabendo dois registros.

¹⁸ NAZAR, Nelson. Direito econômico. 3ª ed. Ver. Amp. e atual. - São Paulo: Edipro, 2014, p. 112/114.

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 212.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ MAYER, Giovanna. O direito antitruste e o papel do Poder Judiciário. *In: Revista de Direito Público da Economia – RDPR*. Belo Horizonte, ano 10, out. / dez. 2012.

O primeiro a respeito do indeferimento de liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1094-8, contra dispositivos da antiga Lei nº 8.884, de 11.06.94, em especial em relação ao artigo 20, no tocante às expressões “independentemente de culpa”, sob o argumento de que se consagraria a responsabilidade objetiva. A liminar foi indeferida conforme a seguinte ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ORDEM ECONÔMICA: INFRAÇÕES. PODER ECONÔMICO: REPRESSÃO. LEI nº 8.884, de 11.06.94.

I. – Suspensão cautelar da eficácia dos incisos I e II do art. 24 e as expressões “do Distrito Federal” e “à escolha do CADE”, inscritas no art. 64 da Lei 8.884, de 11.06.94. Indeferimento da cautelar quanto ao mais (voto do relator), vencido.

II. - Cautelar indeferida.

E do v. acórdão destaca-se a seguinte fundamentação:

Sustenta-se, então, que seria inconstitucional o citado dispositivo, porque estaria a consagrar a responsabilidade objetiva. A inconstitucionalidade estaria, portanto, na cláusula, “INDEPENDENTEMENTE DE CULPA”.

Abrindo o debate, esclareça-se que a ordem econômica, segundo o modelo constitucional brasileiro, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos existência digna, no rumo da justiça social, objetivos que deverão ser atingidos mediante a observância dos princípios enumerados nos incisos I a IX do art. 170 da Constituição. Um desses princípios, por isso mesmo viga mestra do sistema econômico, é o da livre concorrência. Quer dizer, tudo aquilo que possa embaraçar ou de qualquer modo impedir o livre exercício da concorrência é ofensivo à Constituição. Bem por isso, essa mesma Constituição, no § 4º do art. 173, dispõe 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”.

Posta assim a questão, não me parece, pelo menos ao primeiro exame, que seria atentatório à Constituição estabelecer a lei que, independentemente de culpa, seriam consideradas infrações da ordem econômica os atos que tenham por objetivo produzir os efeitos enumerados nos incisos I a IV do art. 20, dado que tais objetivos cerceiam, limitam, ou de qualquer forma prejudicam a livre concorrência ou a livre iniciativa – livre concorrência que constitui princípio da ordem econômica (CF, art. 170, IV), livre iniciativa que é fundamento desta (CF, art. 170, caput).

A arguição de inconstitucionalidade não me parece, portanto, pelo menos ao primeiro exame, relevante, a ponto de autorizar a suspensão cautelar do dispositivo legal impugnado.

Indefiro, portanto, no ponto, a cautelar.

O segundo registro é mais recente, e diz respeito ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 627709, definindo a Suprema Corte que a escolha do foro em litígios contra autarquias federais, como é o CADE, pode ser feita pelo autor da ação. A esse respeito, confira-se o teor de notícia divulgada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal:

Escolha de foro em litígios contra autarquias federais pode ser feita pelo autor da ação
Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 627709 e estabeleceu que as possibilidades de escolha de foro envolvendo a União, previstas no artigo 109, parágrafo 2º, da Constituição Federal, se estendem às autarquias federais e fundações. Em março de 2011, o Plenário Virtual do STF reconheceu a repercussão geral da matéria.

Na ação, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal, sustenta que a decisão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

ofendeu a Constituição Federal ao reconhecer a incompetência da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul para julgar ações propostas por autarquias.

O procurador federal, em defesa do CADE, argumenta que a ausência de distinção entre administração direta e indireta no artigo 109, parágrafo 2º, é proposital, pois, “em 25 oportunidades a CF faz essa distinção”. “O parágrafo segundo não o fez porque temos mais de 150 autarquias no Brasil, com perfis e realidades diversas”, disse. Defende, ainda, os litigantes contra o CADE são pessoas jurídicas que não têm problema de acesso à jurisdição.

(...)

O ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, entendeu que o critério de competência definido pelo artigo 109, parágrafo 2º, deve ser estendido às autarquias, no intuito de facilitar o acesso da parte que litiga contra a União. “Não é difícil concluir que o aludido preceito não foi concebido para favorecer a União, mas sim para beneficiar o outro polo da demanda, que, dispondo da faculdade de escolha do foro, terá mais facilidade para obter a pretendida prestação jurisdicional”, afirmou.

O ministro ressaltou ainda que, à época do advento da Constituição, as autarquias possuíam representações jurídicas próprias, entretanto, desde 2002, essa representação judicial e extrajudicial é feita por procuradores federais. “A partir dessa inovação, sufragar o entendimento defendido pela recorrente significaria minar a intenção do constituinte originário, que foi justamente a de tornar mais simples o acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário, quando se tratar de litígio com ente público federal”, disse.

Segundo o ministro, as autarquias federais têm ainda privilégios e vantagens processuais concedidas à União, o que facilita a atuação de sua representação em outro foro que não o seu. Assim, o relator negou provimento ao recurso. Votaram no mesmo sentido os ministros Luís Roberto Barroso, Carmen Lúcia, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

(...)

O ministro Teori Zavascki votou no sentido oposto ao relator. Segundo o ministro, a leitura do dispositivo debatido deve se ajustar à época em que estamos vivendo. “Hoje, a Justiça Federal está interiorizada por todo o território nacional”, disse.

Outro ponto de divergência apontado pelo ministro é que a grande variedade de autarquias existentes se distingue não só pela finalidade, mas também pelo âmbito geográfico de atuação. Um exemplo são os conselhos regionais de fiscalização profissional. “Não veria como um conselho regional do Rio Grande do Sul poderia ser acionado perante a Justiça Federal de outro estado”. Nesses casos, segundo o ministro, “aplicar o sistema geral às autarquias, atende à diversidade de situações”. Acompanharam o voto divergente a ministra Rosa Weber e o ministro Luiz Fux. Processo relacionado RE 627709

Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, segundo Giovanna Mayer “percebe-se que o sistema de proteção à concorrência serve, além da proteção da própria concorrência, para a proteção do consumidor e para fortalecimento da indústria nacional”, dando conta, ainda, de que em pelo menos uma ocasião houve análise de mérito dos atos de decisão do CADE²²:

(...) em pelo menos uma ocasião, o STJ analisou o mérito de atos do CADE e utilizou fundamentos econômicos para suas decisões, deixando de lado a apreciação de questões procedimentais e a proibição trazida pela Súmula nº 7.

No REsp nº 1.172.603/RS, analisou-se a questão das cooperativas médicas e a cláusula de exclusividade existente entre os médicos conveniados e a cooperativa. Em ação anulatória de procedimento administrativo, o TRF da 4ª Região decidiu pela validade da cláusula, acolhendo os pedidos da UNIMED de Santa Maria/RS. O CADE recorreu ao STJ argumentando que a exclusividade diminui o número de agentes econômicos, pois os outros planos de saúde não conseguiriam manter médicos credenciados em número compatível ao bom atendimento, sobretudo em cidades pequenas. A UNIMED de Santa Maria/RS baseou suas contrarrazões na possibilidade de cláusula de exclusividade, permitida pelo STJ em outras oportunidades.

²² MAYER, Giovanna. O direito antitruste e o papel do Poder Judiciário. *In*: Revista de Direito Público da Economia – RDPR. Belo Horizonte, ano 10, out. / dez. 2012.

O voto vencedor lavrado pelo Min. Humberto Martins adotou os seguintes fundamentos: (i) o direito da concorrência se aplica às cooperativas; (ii) a cláusula de exclusividade, prevista na Lei nº 5.764/71 (que trata das cooperativas), cede lugar à livre concorrência; (iii) mesmo que não houvesse a proibição do art. 18, III, da Lei nº 9.656/98, que veda tal cláusula em planos de saúde, ainda assim tal item estatutário seria proibido, tendo em vista noções como “dominação artificial de mercado” e “relevância geográfica do mercado”, pois no Município em questão a cooperativa é líder de mercado. Este dado de mercado relevante foi retirado do relatório trazido na decisão do CADE e foi transcrito na decisão judicial. Na oportunidade, também se citou um ofício da empresa concorrente, na qual relata a dificuldade em formar um corpo clínico adequado tendo em vista as restrições impostas pela cooperativa aos cooperados. O Min. Humberto Martins, com base em tais dados, concluiu:

“Deve ser observado que o §3º do art. 20 da Lei nº 8.884/94 presume posição dominante quando a empresa - ou grupo de empresas - controla 20% (vinte por cento) do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia, não havendo dúvida sobre a dominação pela UNIMED nos presentes autos.”

Nos demais casos envolvendo as cláusulas de exclusividade, se antes o STJ permitia tal prática, fundado na Lei das Cooperativas, hoje a Corte baseia-se na proibição genérica trazida no art. 18, III, da Lei nº 9.656/98 e o fundamento de suas decisões, além da lei, é a jurisprudência do próprio Tribunal.²³

A pesquisa de Mayer também aborda a posição do Tribunal Regional Federal, Corte na qual tramita o maior número de demandas contestando decisões do CADE:

Em recentes decisões, o TRF1 analisou as questões envolvendo o Cartel do Aço. Em meados de 1996, três das companhias siderúrgicas mais importantes do país — Companhia Siderúrgica Nacional, COSIPA e USIMINAS — fizeram uma reunião, comunicando o aumento de preços em patamares semelhantes. O CADE concluiu ter havido a formação de cartel e em 1999 aplicou multa de 1% sobre o faturamento das empresas. No ano seguinte, a questão foi levada ao Judiciário de 1ª instância, o qual confirmou a sanção aplicada e apenas em 2010, ou seja, quatorze anos após a conduta inicial, o TRF1 julgou três apelações interpostas contra as sentenças de primeiro grau.

Dos acórdãos proferidos pelo TRF, é possível verificar que o Tribunal analisou o mérito das condutas classificadas como “paralelismo de preços”. A Corte concluiu que as reuniões e outros atos anteriores caracterizavam acordo de preços, mas ressaltou que essa conduta, por si só, não era proibida. Era preciso que algum dos resultados previstos pelo art. 21 da Lei nº 8.884/94 estivesse presente. No caso, a consequência do paralelismo de preços foram os danos aos consumidores (as montadoras de automóveis foram mencionadas nos acórdãos).

No entanto, outro aspecto que se destaca nesses acórdãos é o tempo que se demorou para o julgamento em 2º Grau: cerca de dez anos entre a propositura das ações anulatórias até a publicação dos acórdãos. Percebe-se que o tempo no Judiciário é diferente do tempo do mercado e isso influencia a percepção de insegurança jurídica do sistema antitruste brasileiro.

Quando se trata de assuntos mais palpáveis ao juiz, como a formação de cartéis e o tabelamento de preços, percebe-se que há um maior conforto em se tratar de questões de mérito. Mesmo no TRF1, cujos desembargadores estão mais acostumados a lidar com lides que envolvam o direito à concorrência, as questões referentes aos atos de concentração, em sua maioria, são resolvidas com fundamentos processuais.

Exemplo de como o Tribunal atua de maneira diversa quando há condutas como cartéis e tabelamento de preços e quando há casos de concentração econômica é o caso Nestlé x Garoto. Esse caso revela a predileção dos juízes por questões procedimentais ao fundamentar as suas decisões sobre direito antitruste.

Na Apelação Cível nº 2005.34.00.0150438/DF, o Relator anulou o processo decisório sete anos após a submissão do ato de concentração ao CADE, sob dois fundamentos principais: desconsideração de demais provas no momento do julgamento do ato pelo CADE e juntada de documentos após o início do julgamento. Do acórdão é possível extrair assertivas que tentam analisar o mérito da questão, mas sem qualquer respaldo técnico, como, por

²³ *Ibidem*.

exemplo: “Em segundo lugar, parece não haver dúvida de que a manutenção do *status quo* será sempre melhor (qualitativamente superior) para a concorrência e para os consumidores que qualquer operação de concentração econômica”, e acrescenta depois que os atos de concentração podem ocorrer dentro de uma faixa tolerada pelo Direito.

Além disso, no recente caso analisado por aquela Corte a respeito de cartel em licitações, ficou clara a posição do Tribunal a respeito do direito antitruste. Ao participar de uma licitação para a construção de plataforma petrolífera, duas empresas firmaram um acordo prévio no qual a vencedora da licitação pagaria determinada quantia à perdedora. O CADE aplicou multa de 1% sobre o faturamento bruto do ano anterior. Além das questões procedimentais, no acórdão do TRF 1º Região ficou consignado:

“Um outro aspecto merece ser ressaltado: o art. 7º, II, da Lei nº 8.884/94 confere ao Plenário do CADE competência para decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e para aplicar as respectivas penalidades. Portanto, a aferição dos potenciais efeitos do ato é atribuição legal daquele Conselho. A pretensão da apelante de rediscutir a questão em sede judicial não pode prosperar, sob pena de indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação do CADE, em violação aos princípios da legalidade e da separação dos poderes. Pode-se, em juízo, discutir a legalidade do procedimento administrativo, isto é, sua conformidade com a legislação pertinente. Mas não há espaço, nesta seara, para rediscutir o mérito da decisão da Autarquia, o que implicaria na desconsideração da competência estabelecida pela Lei Antitruste.” (TRF1. AC nº 2001.34.00.0253660/DF, 5ª Turma. Rel. Des. Selene Maria de Almeida. Rel. Convocado Juiz Alexandre Jorge Fontes Laranjeira. Julg. 19.05.2010. *eDJF1*, 30 jul. 2010, grifos nossos)

Percebe-se, portanto, que o Poder Judiciário, neste caso, preferiu não invadir o mérito do ato administrativo, sob o argumento que isso era competência do Executivo. Além de ser uma questão de divisão dos poderes, na verdade, se trata do que muitos chamam de “discricionariedade técnica”. Essa expressão foi classificada como:

[...] locução quase mágica, que simultaneamente pretende legitimar a decisão (emitida de forma neutra por um técnico com conhecimentos extraordinários) e eliminar o controle jurisdicional (o Judiciário não disporia do conhecimento sofisticado que possibilitasse o controle).

Tais apontamentos permitem concluir que a discussão sobre os limites de revisão às decisões do CADE pelo Poder Judiciário são questões candentes. Há casos em que o Poder Judiciário enfrenta o mérito das decisões impugnadas, mas há casos em que não se fere o mérito, sob o manto de discricionariedade e tecnicidade da decisão.

Pesquisa foi feita diretamente no Tribunal Regional Federal da 1ª Região revela decisões em que o mérito não foi conhecido²⁴:

- a) ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. MERCADO RELEVANTE DE COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS. PRÁTICA LESIVA TENDENTE A ELIMINAR POTENCIALIDADE CONCORRENCIAL DE NOVO VAREJISTA (REDE DE HIPERMERCADOS). INTERVENÇÃO DESNECESSÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DISCUSSÃO JUDICIAL POR SANÇÕES DO CADE EM DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA. **IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO**. PRECEDENTES. 1. Em causas versando sobre a aplicação de penalidades do CADE aos agentes econômicos, ambas as turmas que

²⁴ A pesquisa foi feita no Tribunal Regional Federal da 1ª Região por dois motivos: a) primeiro por se tratar do tribunal que reúne grande parte dos julgados do CADE; b) segundo porque nas instâncias ordinárias é que são definidas as linhas fáticas, sendo defeso às instâncias especial (STJ) e extraordinária (STF) revolver matéria fática (Súmula nº 7 do STJ).

integram a 3ª Seção têm entendido que não há interesse público primário que justifique a participação cogente do Ministério Público. Precedentes: AC 0022918-81.2001.4.01.3400/DF (Rel. conv. Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira, 5ª Turma, e-DJF de 30/07/2010, p. 100). "(...) Indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. Nessa última hipótese, não é necessária a atuação do Parquet no mister de custos legis". (REsp 640412/SC, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, publ. DJ 13/06/2005 p. 176). (AC 200334000176838, 5ª T., Selene, e-DJF1 5/11/2010, p. 79). Preliminar rejeitada. 2. sentença recorrida reformou o entendimento plenário do CADE que impusera às autoras condenação por práticas previstas na Lei Antitruste (artigos 20, I, II e IV, e 21, II, IV, V e X, da Lei 8.884/94), daí as penalidades de multa no valor de 5% do faturamento bruto do ano anterior ao da instauração do procedimento administrativo, inscrição da recorrida REDE GASOL no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, e publicação de anúncio de meia página em jornal de grande circulação com o extrato da decisão punitiva. Para o CADE, as autoras-recorridas valeram-se de seu poder econômico com o intuito de eliminar a possibilidade da concorrência potencial a ser exercida por redes de hipermercados locais que pretendiam ingressar no ramo de revenda de combustíveis, a ponto de exercerem pressões em autoridades dos poderes Executivo e Legislativo para aprovar lei distrital que vedava a instalação de postos de combustíveis em estacionamentos de supermercados. 3. As autoras arguíram a intercorrência de prescrição nos moldes do art. 4º da Lei 9.873/99 e art. 28, §§ 1º e 2º da Lei 8.884/94, mas a sentença em exame afastou a prejudicial de prescrição da aplicação da sanção administrativa. O julgador, entretanto, avançou para ter como descaracterizada a infração à ordem econômica, a ponto de refutar as atividades das autoras-apeladas como potencialmente atentatórias à liberdade de concorrência. Esse nortear da fundamentação da sentença evidentemente que feriu tema cujas dimensões são exclusivas da Administração, o próprio mérito do ato administrativo. 4. Por força do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, é de ver-se que também ambas as turmas da 3ª Seção convergem para o entendimento da impossibilidade da revisão judicial das decisões do CADE, salvo nos requisitos de sua formação. (AC 200134000253660, Laranjeira, 5ª T., e-DJF1 30/7/10, p. 101; (AC 200134000258588, Meguerian, 6ª T., e-DJF1 7/3/12, p. 310). 5. Apelação e remessa oficial providas. Ônus da sucumbência invertidos, inclusive honorários (10% sobre o valor atualizado da causa). (AC 0012731-72.2005.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL MARCELO DOLZANY DA COSTA (CONV.), SEXTA TURMA, e-DJF1 p.112 de 08/08/2012)

- b) ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. CADE. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO (TCD). ATO DE CONCENTRAÇÃO. **INTANGIBILIDADE DO MÉRITO DO ATO**. POSSIBILIDADE DO EXAME DE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DA LEGALIDADE DA IMPOSIÇÃO DE MULTA E REVOGAÇÃO DO ATO, E DA RAZOABILIDADE DAS SANÇÕES APLICADAS. 1. Segundo entendimento das turmas que integram a 3ª Seção, não é possível, em sede judicial, rediscutir sobre a existência de infração à ordem econômica e a aplicação das respectivas penalidades, sob pena de indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação do CADE, por violação aos princípios da legalidade e da separação dos poderes (cf. ApReeNe n. 2005.34.00.012752-0/DF, 6ª T., 9/7/2012, Dolzany, unânime). Ressalvou-se, na ocasião, a possibilidade de discutir a legalidade do procedimento administrativo, isto é, sua conformidade com a legislação pertinente. Mas não há espaço, nesta seara, para rediscutir o mérito da decisão da Autarquia, o que implicaria na descon sideração da competência estabelecida pela Lei Antitruste. Este foi o precedente invocado (AC 200134000253660, Laranjeira, 5ª T., e-DJF1 30/7/10, p. 101). As apelantes questionam, além do mérito do ato punitivo do CADE, a obediência aos parâmetros de ampla defesa, proporcionalidade e razoabilidade. Tal exame, segundo a ressalva do julgamento paradigmático, é possível em controle judicial. 2. Sobre a ofensa ao princípio da ampla defesa mediante a alteração do meio de intimação das apelantes, importa assinalar que o art. 33 da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste) guarda regramento específico quanto às formalidades de comunicação dos atos no procedimento administrativo instaurado no CADE.

Segundo § 3º daquele artigo, "a intimação dos demais atos processuais será feita mediante publicação no Diário Oficial da União, da qual deverão constar o nome do representado e de seu advogado". A regra é específica em relação à notificação pessoal do representado, que, no caso, será feita pelo correio, ou, não tendo êxito a notificação postal, sucessivamente por edital publicado na Imprensa Oficial (§ 2º). A alegada vulneração à ampla defesa (ou contraditório) não se caracterizou nem pela publicação da intimação no Diário Oficial nem pela suposta exigência de que as apelantes tivessem de ser previamente notificadas pela mora na apresentação dos relatórios semestrais. 3. A teor do art. 55 da Lei 8.884/94, é competência exclusiva do CADE rever, de ofício ou mediante provocação da SED, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados. Ofensa ao princípio da legalidade afasta, porquanto a revogação da operação tem previsão legislativa. 4. Razoabilidade e proporcionalidade da penalidade de multa, a teor do art. 26 da Lei 8.884/94 e da cláusula 6.2. do TCD firmado entre o CADE e as apelantes. 5. Ato punitivo do CADE que também preenche os requisitos de motivação e competência, embora temas não abordados na fundamentação das apelantes. 6. Apelação DESPROVIDA. Ônus da sucumbência mantido. (AC 0037753-30.2008.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, Rel. Conv. JUIZ FEDERAL MARCELO DOLZANY DA COSTA (CONV.), SEXTA TURMA, e-DJF1 p.272 de 31/07/2012)

- c) **ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. LICITAÇÃO. ADAPTAÇÃO E MANUTENÇÃO DE PLATAFORMA DE PETRÓLEO. ACORDO PRÉVIO ENTRE EMPRESAS PREVENDO RESSARCIMENTO EM DÓLARES AMERICANOS DA VENCEDORA À PERDEDORA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INSTAURADO NO CADE. APLICAÇÃO DE PENALIDADES POR VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 20, I, E 21, VIII, DA LEI Nº 8.884/94. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. CONSIDERAÇÃO DOS EFEITOS POTENCIAIS DO ATO. PEDIDO DE NULIDADE POR SUPOSTA OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGALIDADES NÃO CONSTATADAS. EXAME JUDICIAL DO MÉRITO DA DECISÃO DO CADE. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONTROLE PREVENTIVO. ART. 54 DA LEI ANTITRUSTE. MOTIVAÇÃO DA DECISÃO DO CADE. PRECEDENTE DA 5ª TURMA. I. A conclusão a que chegou o colegiado do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.009118/98-26 não teve, como premissa fática, as diligências mencionadas pela apelante. Toda a discussão entre os conselheiros da entidade girou em torno do Instrumento Particular de Transação Comercial firmado pelo estaleiro EISA e pela Marítima Navegação e Engenharia Ltda., pelo qual ficou estipulado "ressarcimento" a ser pago pela vencedora do certame à outra parte. Em função deste contrato, devidamente comprovado nos autos, entendeu o CADE que houve configuração da infração prevista no art. 21, VIII, da Lei Antitruste, potencialmente causadora do efeito descrito no art. 20, I, do mesmo diploma legal. II. Indubitável que o acordo entre EISA e Marítima foi o fato determinante da aplicação das penalidades administrativas, e não os ofícios encaminhados às empresas desistentes teriam sido utilizados indevidamente pelo CADE como substrato fático da incidência das disposições da Lei Antitruste. III. O caput do art. 20 da Lei 8.884/94 estabelece que a infração à ordem econômica ocorre ainda que não concretizado o efeito potencial do ato. Vale dizer: mesmo que não haja alteração no mundo fático a conduta descrita no tipo legal constitui violação à ordem econômica, do que decorre a imposição das respectivas penalidades. IV. Se a violação à ordem econômica ocorre pela prática da conduta vedada pela Lei, sendo desnecessária a demonstração das suas repercussões concretas, não há que se falar em demonstração denexo causal entre ação e dano. V. O art. 54 da Lei 8.884/94 dispõe sobre o controle preventivo de atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Assim, melhor seria se as partes que firmaram o acordo tivessem submetido seus termos ao CADE, antes de torná-lo efetivo. VI. Quanto ao procedimento, não apresentou a parte recorrente qualquer impropriedade passível de declaração de nulidade. A alegação de falta de**

motivação não se conforma à realidade dos autos. O voto do relator demonstra claramente as razões que motivaram a aplicação de penalidades à apelante. A conclusão a que se chega ao ler a íntegra do voto é diametralmente oposta ao que se alega na peça recursal. VII. Os argumentos trazidos pela autora, ora recorrente, não justificam a pretendida declaração de nulidade da decisão proferida pelo CADE no Procedimento Administrativo 08012-009118/98-26, por não demonstrarem qualquer vício que macule a lisura daquele julgamento. VIII. A decisão administrativa já fora objeto do feito 2001.34.00.025366-0 julgado pela 5ª Turma, com manutenção unânime da mesma penalidade aplicada à empresa EISA, ESTALEIRO ILHA S/A. IX. Apelação da autora não provida. (AC 0025807-08.2001.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.310 de 07/03/2012)

- d) ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. LICITAÇÃO. ADAPTAÇÃO E MANUTENÇÃO DE PLATAFORMA DE PETRÓLEO. ACORDO PRÉVIO ENTRE EMPRESAS PREVENDO RESSARCIMENTO EM DÓLARES AMERICANOS DA VENCEDORA À PERDEDORA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INSTAURADO NO CADE. APLICAÇÃO DE PENALIDADES POR VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 20, I, E 21, VIII, DA LEI Nº 8.884/94. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. CONSIDERAÇÃO DOS EFEITOS POTENCIAIS DO ATO. PEDIDO DE NULIDADE POR SUPOSTA OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGALIDADES NÃO CONSTATADAS. **EXAME JUDICIAL DO MÉRITO DA DECISÃO DO CADE. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.** CONTROLE PREVENTIVO. ART. 54 DA LEI ANTITRUSTE. MOTIVAÇÃO DA DECISÃO DO CADE. 1. A conclusão a que chegou o colegiado do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.009118/98-26 não teve, como premissa fática, as diligências mencionadas pela apelante. Toda a discussão entre os conselheiros da entidade girou em torno do Instrumento Particular de Transação Comercial firmado pelo estaleiro EISA e pela Marítima Navegação e Engenharia Ltda., pelo qual ficou estipulado "ressarcimento" a ser pago pela vencedora do certame à outra parte. Em função deste contrato, devidamente comprovado nos autos, entendeu o CADE que houve configuração da infração prevista no art. 21, VIII, da Lei Antitruste, potencialmente causadora do efeito descrito no art. 20, I, do mesmo diploma legal. 2. Indubitável que o acordo entre EISA e Marítima foi o fato determinante da aplicação das penalidades administrativas, razão pela qual não se sustenta a tese que a apelante tenciona fazer prevalecer, no sentido de que os ofícios encaminhados às empresas desistentes teriam sido utilizados indevidamente pelo CADE como substrato fático da incidência das disposições da Lei Antitruste. 3. O caput do art. 20 da Lei 8.884/94 estabelece que a infração à ordem econômica ocorre ainda que não concretizado o efeito potencial do ato. Vale dizer: mesmo que não haja alteração no mundo fático a conduta descrita no tipo legal constitui violação à ordem econômica, do que decorre a imposição das respectivas penalidades. 4. Se a violação à ordem econômica ocorre pela prática da conduta vedada pela Lei, sendo desnecessária a demonstração das suas repercussões concretas, não há que se falar em demonstração denexo causal entre ação e dano. 5. O art. 7º, II, da Lei nº 8.884/94 confere ao Plenário do CADE competência para decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e para aplicar as respectivas penalidades. Portanto, a aferição dos potenciais efeitos do ato é atribuição legal daquele Conselho. A pretensão da apelante de rediscutir a questão em sede judicial não pode prosperar, sob pena de indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação do CADE, em violação aos princípios da legalidade e da separação dos poderes. Pode-se, em juízo, discutir a legalidade do procedimento administrativo, isto é, sua conformidade com a legislação pertinente. Mas não há espaço, nesta seara, para rediscutir o mérito da decisão da Autarquia, o que implicaria na desconsideração da competência estabelecida pela Lei Antitruste. 6. O art. 54 da Lei 8.884/94 dispõe sobre o controle preventivo de atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Assim, melhor seria se as partes que firmaram o acordo tivessem submetido seus termos ao CADE, antes de torná-lo efetivo. 7. Quanto ao procedimento, não apresentou a

parte recorrente qualquer impropriedade passível de declaração de nulidade. A alegação de falta de motivação não se conforma à realidade dos autos. O voto do relator demonstra claramente as razões que motivaram a aplicação de penalidades à apelante. A conclusão a que se chega ao ler a íntegra do voto é diametralmente oposta ao que se alega na peça recursal. 8. Os argumentos trazidos pela autora, ora recorrente, não justificam a pretendida declaração de nulidade da decisão proferida pelo CADE no Procedimento Administrativo 08012-009118/98-26, por não demonstrarem qualquer vício que macule a lisura daquele julgamento. 9. Apelação da autora improvida. (AC 0025319-53.2001.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL ALEXANDRE JORGE FONTES LARANJEIRA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.101 de 30/07/2010)

No mesmo no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, porém, são encontradas decisões em que o mérito foi conhecido. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO EM AÇÃO CAUTELAR. JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. LEI Nº 8.884/94. AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO A JUSTIFICAR A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CAUTELAR PROCEDENTE. **INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA NÃO CARACTERIZADA**. CONDENAÇÃO DO CADE EM HONORÁRIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. 1. Na lide em apreço não se revela presente interesse público primário a ensejar a obrigatória participação do MPF na condição de custos legis. Ao questionar a aplicação de penalidades fundadas na Lei nº 8.884/94, sob a alegação de violação ao devido processo legal, pretende a parte autora valer-se de direito subjetivo individual, sem qualquer dimensão coletiva ou difusa, do que se depreende a desnecessidade de fiscalização dos atos processuais pelo Ministério Público Federal. Precedentes. 2. O provimento cautelar tem por finalidade resguardar o resultado útil do processo principal, caso haja risco de ineficácia da sentença que venha a julgar procedente o pedido. 3. A sentença de procedência da ação principal foi mantida por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 1999.34.00.034582-2/DF. A Quarta Turma Suplementar considerou que não configura infração à ordem econômica a simples recomendação para utilização da Tabela de Honorários Médicos. O processo administrativo que culminou com a multa impugnada na presente ação cautelar foi considerado irregular pelo juízo a quo em sentença confirmada por esta Corte. Assim está demonstrado o *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* é identificado em razão do prejuízo que seria experimentado pela autora na hipótese de ter de aguardar decisão final para ver atendida sua pretensão. Procedente o pedido na ação principal, impõe-se acolher o pleito cautelar. Precedentes desta Corte Regional. 4. No momento do ajuizamento da ação havia legítimo interesse da parte autora em obter provimento jurisdicional para resguardar o seu direito. 5. O recurso da SARGS deve ser provido para reconhecer a procedência total do pedido contido na ação cautelar e para condenar o CADE ao pagamento de honorários em face do princípio da causalidade. 6. Dá-se provimento ao recurso de apelação da SARGS e nega-se provimento aos recursos de apelação do MPF e do CADE. (AC 0025387-71.1999.4.01.3400 / DF, Rel. JUIZ FEDERAL RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA, 4ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.407 de 02/08/2013)

DIREITO ECONÔMICO. TABELA DE HONORÁRIOS MÉDICOS MÍNIMOS ELABORADA POR ASSOCIAÇÃO DE MÉDICOS E HOSPITAIS PRIVADOS. CARÁTER NÃO VINCULATIVO. **INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA NÃO CONFIGURADA**. 1. A fixação de valores mínimos de honorários médicos por entidade representativa da classe profissional, em tabela não vinculativa, não configura infração à ordem econômica, por não se enquadrar nas hipóteses dos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/94. Precedentes: AMS 2002.34.00.014122-2/DF, Relator Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (conv.), Sexta Turma, publ. DJ p.79 de 15/10/2007; AC 1999.34.00.005092-2/DF, Relator Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (conv.), Sétima Turma, publ. e-DJF1 p.240 de 20/03/2009; AMS 1999.01.00.059757-6/DF, Rel. Juiz Daniel Paes Ribeiro, Terceira Turma Suplementar, DJ de 28/01/2002, p.132; AMS 1998.01.00.014517-7/DF, Rel. Juiz Wilson Alves de Souza (conv), Terceira Turma Suplementar, DJ de 16/01/2003, p.100. 2. Não se conforma à jurisprudência do Tribunal a pretensão do CADE

de reformar a sentença que declarou nula decisão que aplicou multa à Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal - AMHPDF com base no art. 23 da Lei Antitruste, por suposta violação à ordem econômica. 3. Apelação do CADE e remessa oficial improvidas. (AC 0012607-70.1997.4.01.3400 / DF, Rel. JUIZ FEDERAL DAVID WILSON DE ABREU PARDO, 5ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.101 de 28/09/2011)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. ACÓRDÃO DO CADE. MULTA POR ENGANOSIDADE. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE CAUÇÃO. PEDIDO PRINCIPAL PROCEDENTE. 1. Apelação conhecida porque das respectivas razões se extraem os fundamentos pelos quais é pedida a reforma da sentença. 2. Cuidando-se de pretensão de invalidação de processo administrativo em que o CADE entendeu demonstrada a existência de cartel, aplicando às empresas envolvidas penalidades de multa e publicação da decisão em jornais de grande circulação, a intervenção do MPF justifica-se por se tratar de causa em que discutido direito difuso à proteção da livre concorrência, fundamento da ordem econômica, cujo escopo é justamente assegurar a atuação das forças de mercado em benefício do consumidor (CF, art. 127, caput, art. 129, II, CPC, art. 82, III, CF, art. 170, incisos IV e V). 3. A sanção prevista art. 26, da Lei 8.884/94, segundo o qual "a recusa, omissão, enganosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE, SDE, SEAE, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta Lei, constitui infração punível com multa diária (...)" somente se configura em caso de requisição formal para apresentação de informações e/ou documentos, não se enquadrando no tipo legal a apresentação de alegações enganosas em peças de defesa produzidas no processo administrativo. 4. Hipótese, ademais, em que o fato negado nas manifestações de defesa no processo administrativo - e, depois, admitido diante de requisição formal de esclarecimentos pelo relator - não dizia respeito às transações comerciais das empresas envolvidas e nem a documentos internos relacionados à formação dos preços, mas à presença em reunião ocorrida dentro de um dos órgãos públicos do sistema de defesa da concorrência (SEAE). A exigência, sob pena de multa diária, de que estas confessassem fato que elas próprias viam como prejudicial a sua defesa - fato este passível de comprovação por outros meios - não se compadece com o devido processo legal substantivo. 5. Embora, em princípio, seja ilegal a suspensão do cumprimento do acórdão do CADE, título executivo extrajudicial (Lei 8.884/94, art. art. 60), sem o oferecimento de caução idônea (Lei 8.884/94, art. 65), **no caso sub judice a pretensão de desconstituição da multa por enganosidade deduzida no processo principal foi julgada procedente por sentença confirmada em grau de apelação**. Eventual recurso de natureza extraordinária não teria o condão de suspender a execução do acórdão que desconstituiu a multa por enganosidade. Não mais se justifica, portanto, a revogação da cautela concedida pela sentença apelada. 6. Agravo retido ao qual se nega provimento. 7. Apelação do CADE a que se nega provimento. (AC 0003639-75.2002.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.33 de 12/07/2010)

ADMINISTRATIVO. CADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPOSIÇÃO DE MULTAS E PUBLICAÇÃO EM JORNAIS DO EXTRATO DA DECISÃO. LEI Nº 8.884/94. PARALELISMO DE CONDUTA. CARTEL. ACORDO DE PREÇOS. 1. Não configura cerceamento de defesa o indeferimento do pedido de arrolamento como testemunha de professor economista, que não presenciou fatos relevantes para o deslinde de causa, mas que a parte pretende seja ouvida na condição de especialista em ciência econômica. 2. Cuidando-se de pretensão de invalidação de processo administrativo em que o CADE entendeu demonstrada a existência de cartel, aplicando às empresas envolvidas penalidades de multa e publicação da decisão em jornais de grande circulação, a intervenção do MPF justifica-se por se tratar de causa em que discutido direito difuso à proteção da livre concorrência, fundamento da ordem econômica, cujo escopo é justamente assegurar a atuação das forças de mercado em benefício do consumidor (CF, art. 127, caput, art. 129, II, CPC, art. 82, III, CF, art. 170, incisos IV e V). 3. A Companhia Siderúrgica Nacional, a COSIPA e a USIMINAS, as três únicas empresas produtoras de aço plano comum no mercado nacional, após mais de um ano sem alteração nos preços de seus produtos, decidiram, em meados de 1996, elevá-los em patamares e condições de pagamento semelhantes e datas próximas. À época não havia causa determinante para a continuidade do exercício da atividade econômica desenvolvida pelas empresas que impedisse a manutenção, por mais algum tempo, dos preços que vinham sendo por ela praticados, como o aumento dos custos de produção ou alteração significativa na demanda.

Esta decisão contemporânea das três empresas não foi independente, conforme resulta dos fatos e circunstâncias apurados pela Secretaria de Direito Econômico no trâmite do procedimento administrativo; houve comunicação entre elas na fase de negociação dos preços - cujo aumento já fora anunciado aos clientes, mas ainda não efetivado. 4. O paralelismo de conduta não é ilícito desde que haja autonomia entre as condutas de cada empresa. O que a lei veda é o acordo entre as empresas (formal ou informal, expresso ou velado) a respeito de preços e condições de pagamento, na medida em que tal conduta impede a normalidade da atuação das forças de mercado, prejudicando a posição do consumidor, o qual tem dificultada ou mesmo impedida a negociação em busca de condições a ele mais vantajosas. 5. Comprovada no processo administrativo, após regular tramitação, a prática de cartel, com prejuízo potencial ao princípio da concorrência. A infração administrativa tipificada no art. 20, inciso I, c/c art. 21, I, ambos da Lei 8.884/94, prescinde de elemento subjetivo e de resultado material, já que são puníveis, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir, dentre outros efeitos, o de prejudicar a livre a concorrência, ainda que não sejam alcançados. 6. Agravo retido e apelação da autora não providos. 7. Apelação do CADE e remessa oficial providas para restabelecer o fundamento integral da decisão administrativa, ou seja, infração à ordem econômica com adequação da conduta da autora ao disposto no art. 20, I, c/c art. 21, I, ambos da Lei 8.884/94. (AC 0025156-10.2000.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.22 de 02/08/2010)²⁵

4. Conclusão

Ora, “os atos administrativos devem estar revestidos de uma *forma* determinada em lei, assim como devem observância ao procedimento necessário para sua edição e possuem conteúdo, que constitui seu mérito.

Ambos os aspectos estão sujeitos ao controle judicial”, de modo que “apenas quando há exame das questões materiais por parte do Poder Judiciário, há possibilidade de controle do ato administrativo, seja em seu aspecto formal, seja no seu mérito ou conteúdo propriamente dito”²⁶.

Logo, é possível concluir:

- a) que todos os atos administrativos do CADE estão sujeitos ao controle jurisdicional;
- b) que a questão da existência de limites para o controle jurisdicional, a partir da qualificação das decisões administrativas como discricionárias ou não, encontra-se em aberto, com marcadas divergências na doutrina;

²⁵ Neste caso, para restabelecer a condenação imposta pelo CADE, o julgamento feriu o mérito do litígio.

²⁶ Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF). Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP; Coord. Fabrício Antônio Cardim de Almeida; Pesquisadores Fernanda Elias Zaccarelli Salgueiro, Flávio Beicker Barbosa de Oliveira, Lígia Lamana Batochio, Mariana Ferreira Cardoso da Silva. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 64.

c) que o Poder Judiciário, na maior parte de suas decisões, na quadra atual, considerando-se as fontes pesquisadas, tem apontado, majoritariamente, no sentido de não ferir o mérito das decisões do CADE.

BIBLIOGRAFIA

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito da Concorrência: sua função social nos países desenvolvidos e em desenvolvimento. *In: Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário.* Coord. João Grandino Rodas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações sobre o “processo administrativo fiscal”. *In: Revista Dialética de Direito Tributário.* São Paulo: Dialética, nº 33, junho/98.

MENDES, Gilmar Ferreira. CADE e o Poder Judiciário. *In: Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário.* Coord. João Grandino Rodas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NAZAR, Nelson. Direito econômico. 3ª ed. Ver. Amp. e atual. - São Paulo: Edipro, 2014.

PORTES, Ananda. A revisão das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em: <http://www.htj.com.br/noticia/dra-ananda-portes-distorre-sobre-a-revis-o-judicial-das-decis-es-do-CADE> Acesso em: 29.09.2014.

MAYER, Giovanna. O direito antitruste e o papel do Poder Judiciário. *In: Revista de Direito Público da Economia – RDPR.* Belo Horizonte, ano 10, out. / dez. 2012.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): pesquisa empírica e aplicada sobre os

casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF). (SBDP; Coord. Fabrício Antônio Cardim de Almeida; Pesquisadores Fernanda Elias Zaccarelli Salgueiro, Flávio Beicker Barbosa de Oliveira, Ligia Lamana Batochio, Mariana Ferreira Cardoso da Silva. Belo Horizonte: Fórum, 2011.