

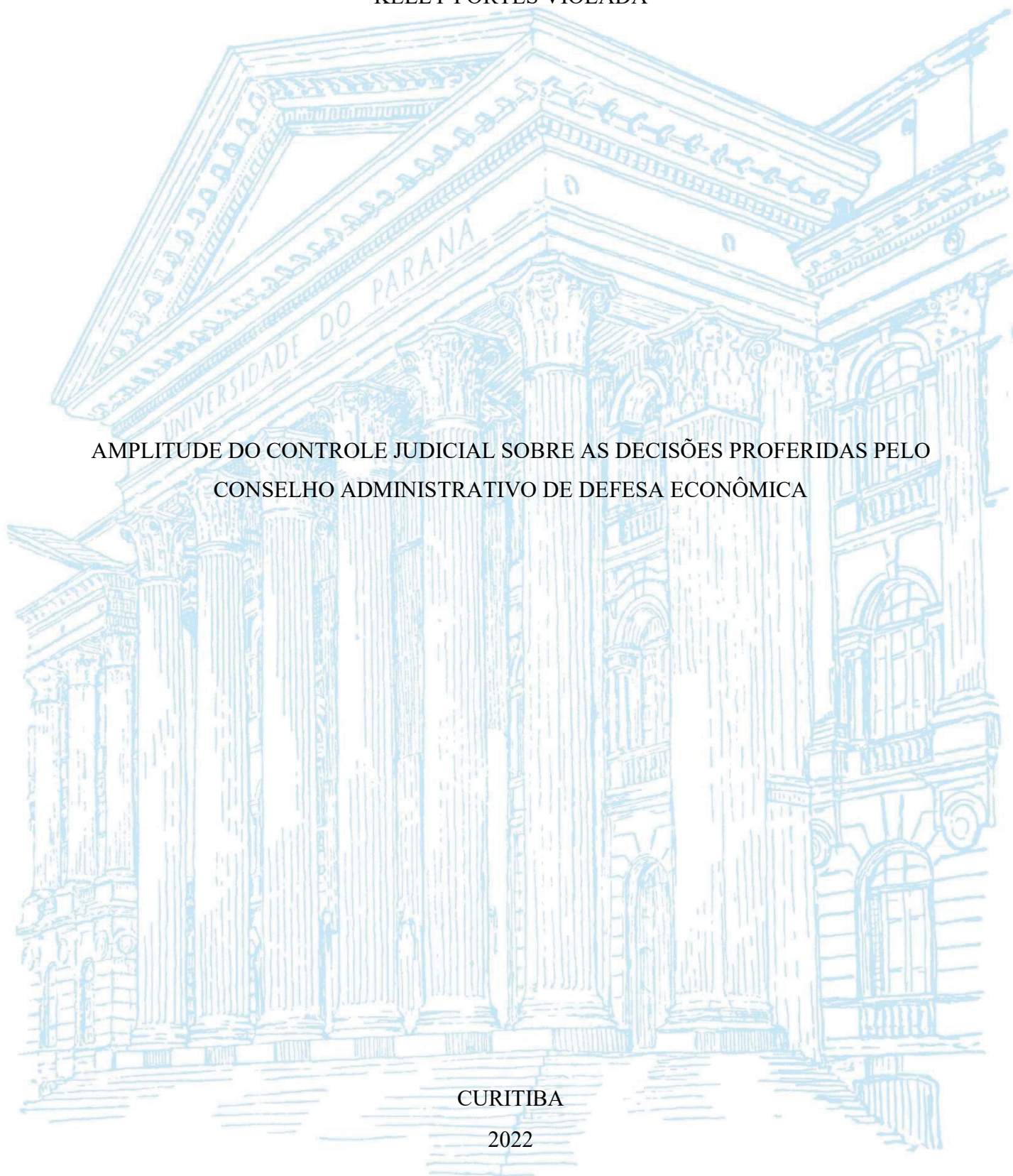
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

KELLY FORTES VIOLADA

AMPLITUDE DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE AS DECISÕES PROFERIDAS PELO
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

CURITIBA

2022



KELLY FORTES VIOLADA

AMPLITUDE DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE AS DECISÕES PROFERIDAS PELO
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, no Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito do Estado.

Orientador: Professor Doutor Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes

CURITIBA

2022

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Violada, Kelly Fortes

Amplitude do controle judicial sobre as decisões
proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa
Econômica / Kelly Fortes Violada. – Curitiba, 2022.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do
Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-
graduação em Direito.

Orientador: Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes.

1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica
(Brasil). 2. Concorrência. 3. Revisão judicial. 4. Poder
judiciário. I. Gomes, Manoel Eduardo Alves Camargo e.
II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA Nº220

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRA EM DIREITO

No dia quatorze de junho de dois mil e vinte e dois às 15:00 horas, na sala 317, UFPR, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação da mestranda **KELLY FORTES VIOLADA**, intitulada: **Amplitude do Controle Judicial sobre as Decisões Proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, sob orientação do Prof. Dr. MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), MAMEDE SAID MAIA FILHO (UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA), ADRIANO CAMARGO GOMES Pós-Doc (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestra está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: A Banca recomenda a dissertação para publicação.

CURITIBA, 14 de Junho de 2022.

Assinatura Eletrônica

14/06/2022 17:06:32.0

MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

14/06/2022 17:03:35.0

MAMEDE SAID MAIA FILHO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA)

Assinatura Eletrônica

14/06/2022 17:05:44.0

ADRIANO CAMARGO GOMES

Avaliador Interno Pós-Doc (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **KELLY FORTES VIOLADA** intitulada: **Amplitude do Controle Judicial sobre as Decisões Proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, sob orientação do Prof. Dr. MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestra está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 14 de Junho de 2022.

Assinatura Eletrônica

14/06/2022 17:06:32.0

MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

14/06/2022 17:03:35.0

MAMEDE SAID MAIA FILHO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA)

Assinatura Eletrônica

14/06/2022 17:05:44.0

ADRIANO CAMARGO GOMES

Avaliador Interno Pós-Doc (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

*Aos meus pais, Kátia e Roberto, por serem a base
de quem sou e da certeza de quem posso me
tornar.*

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos sempre foram uma das minhas partes favoritas de ler em um trabalho científico. Afinal, são um suspiro de liberdade em meio ao rigor da escrita acadêmica. Melhor ainda, uma espiada na mente dos autores e no que os levaram até ali. Pensava comigo que quando fizesse os meus próprios agradecimentos, eles teriam que incluir todas as pessoas mais especiais da minha vida. Agora, cá estamos, com o dever de fazer jus a tantas pessoas que contribuíram na elaboração desta dissertação, que está longe de ser um resultado individual.

Para começar, quero agradecer à minha família. Primeiro, aos meus pais, para quem dediquei esse trabalho. Sem eles, nada do que sou seria possível. Obrigada por me apoiarem em todas as minhas ideias, mesmo quando uma delas significou sair de casa e morar tão longe de vocês pela primeira vez. Segundo, ao meu companheiro, Matheus, que viveu todos os dias desta dissertação comigo, me acompanhou nos momentos felizes e me deu todo o suporte que eu precisava nos momentos mais difíceis da escrita. Obrigada por tornar todos os dias mais leves e cheios de amor.

Também quero agradecer ao meu orientador, Professor Manoel Eduardo, que fez muito mais do que orientar esta dissertação. Obrigada, principalmente, por me acolher em sua casa com tanto carinho e por me fazer sentir parte da sua família, além de ser uma rocha sólida em meio às minhas inseguranças e incertezas na conclusão deste trabalho. Obrigada por me fazer enxergar que o Direito é muito mais do que pude aprender durante a faculdade e que a pesquisa acadêmica deve ser encarada com seriedade e humildade. Admiro e sempre irei admirar a maestria e o compromisso ético que o senhor carrega consigo em tudo o que faz, e me sinto abençoada de ter me tornado sua aluna.

Ainda, não poderia deixar de agradecer à equipe da Camargo e Gomes Advogados, especialmente à Fernanda, à Dona Lúcia e ao Lucas. Todos compartilharam comigo pelo menos um pouquinho do que foi essa dissertação, cada um com uma contribuição durante a reta final do meu processo de escrita. Mas preciso reservar um agradecimento especial aos meus amigos e colegas de trabalho: Adriano, uma das pessoas mais dedicadas e brilhantes que conheço, que me apresentou ao mundo do direito da concorrência e me inspira e motiva diariamente a sempre dar meu melhor, qualquer que seja o objetivo; e Bruno, meu fiel escudeiro, por compartilhar das minhas reflexões sobre a vida (que não são poucas) e por ter escutado meus desabafos todos os dias, sempre me lembrando que “falta pouco!”, o que me ajudou a aliviar o peso das

exigências que criei na reta final deste trabalho. Ademais, obrigada a ambos por ler e revisar esse texto comigo, além de oferecer todo o apoio que eu precisava para concluir o Mestrado. Acredito que são poucas as pessoas que podem afirmar que criaram laços de amizade verdadeiros no ambiente de trabalho, e eu sempre serei grata por ter encontrado vocês.

Ademais, quero reservar um agradecimento para meus colegas do Grupo de Estudos em Reparação de Danos no Direito da Concorrência, coordenado pelo Adriano e com o qual tive o prazer de contribuir. Os eventos realizados foram decisivos para a escolha do tema deste trabalho e os debates contribuíram enormemente para os meus estudos sobre a matéria.

Não posso deixar de agradecer, também, às vozes da experiência que me guiaram até aqui: minha família paulista – Rejane e Ricardo – que me incentivaram a sair do ninho e ingressar na vida acadêmica; e minha amiga e psicóloga Paula, que esteve comigo nos momentos mais cruciais da minha vida, e que me guia até hoje na minha caminhada rumo a diferentes versões de mim mesma.

Por fim, quero agradecer à família que escolhi: meus amigos, alguns de longa data e outros que conquistaram meu coração recentemente – Clara, Biel, Gabi, Rafa, Lucas, Letícia, Nathália, Rafael e Vitor Almeida. Mesmo sem saber, vocês me fizeram sorrir quando eu mais precisei. Quero vocês comigo para sempre.

Entre as grandes sincronicidades do universo, sempre serei grata à que me levou até Curitiba, cidade que mudou o rumo da minha vida de repente e me permitiu conhecer algumas das pessoas mais incríveis do mundo. Obrigada!

*sed quis custodiet ipsos custodes? (quem há de vigiar
os próprios vigilantes?)*

Décimo Júnio Juvenal

RESUMO

O objetivo desta dissertação é aferir a amplitude do controle das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pelo Poder Judiciário. Utilizando-se a metodologia dedutiva, através do levantamento bibliográfico e jurisprudencial para o estudo do tema, busca-se comprovar a hipótese de que a revisão judicial das decisões do CADE reforça a legitimação da entidade de defesa da concorrência e, por isso, deve ser realizada de forma ampla. A primeira parte do trabalho (segundo capítulo) pretende estudar o conceito de legitimação, que se apresenta como referente metodológico desta dissertação. Partindo dos estudos elaborados por Claus Offe, objetiva-se estabelecer a legitimação como fundamento tanto da institucionalização do CADE no contexto do Estado capitalista, quanto da revisibilidade das decisões da autarquia pelo Poder Judiciário, cuja legitimação se fundamenta na legalidade, para suprir o déficit de legitimação proveniente das contradições estruturais internas da entidade de defesa da concorrência. No segundo capítulo, utilizando-se uma abordagem de natureza descritiva, pretende-se analisar a o surgimento histórico do CADE, sua estrutura interna e as principais atividades que realiza. A partir da teoria do direito administrativo, busca-se classificar os atos praticados pelo CADE em vinculados e discricionários. No terceiro capítulo, são analisadas algumas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros em ações anulatórias de decisões do CADE, com destaque para o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 1.083.955 AgRg. A partir dos argumentos em que se fundamentam as decisões analisadas, pretende-se aferir a aplicabilidade ao caso das teorias da deferência judicial e da capacidade institucional. Na sequência, busca-se analisar a possibilidade de aplicação complementar dos princípios da separação de poderes e da inafastabilidade da jurisdição na admissão de uma revisibilidade judicial ampla das decisões do CADE. Ao final, conclui-se que, fora algumas exceções, os atos administrativos do CADE são vinculados. Ademais, deve-se reconhecer a capacidade institucional do Poder Judiciário como instância revisora, cuja atuação se dá em complementaridade à da autarquia para garantir maior eficácia material à legislação antitruste. Assim, o controle das decisões do CADE pelo Poder Judiciário deve ser amplo, em especial para reforçar a legitimidade da própria entidade de defesa da concorrência, pelo acréscimo de uma legitimação fundada na legalidade.

Palavras-chave: Legitimação; Conselho Administrativo de Defesa Econômica; Poder Judiciário; revisão judicial; direito da concorrência.

ABSTRACT

The objective of this dissertation is to assess the extent of control of the Brazilian Antitrust Authority (CADE) by the Judiciary Branch. Using the deductive methodology, through the bibliographic and jurisprudential survey for the study of the subject, it seeks to prove the hypothesis that the judicial review of CADE's decisions reinforces the legitimacy of the competition defense entity and, therefore, must be carried out widely. The first part of the work (second chapter) intends to study the concept of legitimation, which is presented as the methodological reference of this dissertation. Based on the studies of the political theorist Claus Offe, the objective is to establish legitimacy as the basis for both the institutionalization of CADE in the context of the capitalist State, and the review of CADE's decisions by the Judiciary branch, whose legitimacy is based on legality, to supply the deficit of legitimacy arising from the internal structural contradictions of the antitrust authority. In the second chapter, using a descriptive approach, the research intends to analyze the historical emergence of CADE, its internal structure, and the main activities it carries out. Based on the theory of administrative law, it seeks to classify the acts performed by CADE into “*vinculados*” or discretionary. In the third chapter, some decisions by Brazilian courts concerning annulment actions for CADE's decisions are analyzed, emphasizing the Brazilian Federal Supreme Court's decision in the RE 1,083,955 AgRg. From the arguments on which the analyzed decisions are based, this dissertation intends to assess the applicability of the theories of judicial deference and institutional capacity. Subsequently, the research seeks to analyze the possibility of complementary application of the principles of separation of powers and the inexorability of jurisdiction in the admission of a broad judicial review of CADE's decisions. In the end, it is concluded that, with some exceptions, CADE's administrative acts are “*vinculados*”. Furthermore, the institutional capacity of the Judiciary Branch as a reviewing entity must be recognized, whose performance is complementary to that of the antitrust authority to ensure greater material effectiveness of antitrust legislation. Thus, the control of CADE's decisions by the Judiciary Branch must be broad, especially to reinforce the legitimacy of the competition defense entity itself, by adding another type of legitimation, based on legality.

Keywords: Legitimation; Brazilian Antitrust Authority; Judiciary Branch; judicial review; competition law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACC – Acordo em Controle de Concentrações

AgRg – Agravo Regimental

BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

ed. – Edição

IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

n. – Número

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ProCADE – Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RiCADE – Regimento Interno do CADE

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SG-CADE – Superintendência Geral do CADE

SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCC – Termo de Compromisso de Cessação

TRF – Tribunal Regional Federal

v. – Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 O CADE NA RELAÇÃO ENTRE ESTADO E MERCADO	17
2.1 FUNDAMENTOS DA ORDEM SOCIAL: ESTADO, MERCADO E COMUNIDADE.....	18
2.2 O ESTADO CAPITALISTA	20
2.3 A RACIONALIDADE DA AÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DO ESTADO CAPITALISTA	26
2.4 INSTITUCIONALIZAÇÃO E ATUAÇÃO DO CADE: A LEGITIMAÇÃO COMO FUNDAMENTO	30
2.5 REVISIBILIDADE DAS DECISÕES DO CADE COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMAÇÃO	37
3 AS DECISÕES PROFERIDAS PELO CADE.....	43
3.1 O SURGIMENTO DO CADE NO BRASIL	44
3.2 A ESTRUTURA INTERNA DO CADE ESTABELECIDA PELA LEI Nº 12.529/2011	52
3.3 AS FUNÇÕES DESENVOLVIDAS PELO CADE	55
3.3.1 Controle de estruturas.....	56
3.3.2 Controle de condutas	60
3.4 VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	65
3.5 NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES DO CADE	73
4 REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE	79
4.1 PANORAMA DAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO EM AÇÕES JUDICIAIS CONTRA O CADE.....	79
4.1.1 O Recurso Extraordinário nº 1.083.955 do STF.....	88
4.2 DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA E CAPACIDADE INSTITUCIONAL.....	92
4.2.1 A (in)aplicabilidade da teoria da deferência administrativa.....	93
4.2.2 A capacidade institucional do Poder Judiciário para decidir sobre matéria concorrencial	100
4.3 INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO <i>VERSUS</i> SEPARAÇÃO DE PODERES	108
4.3.1 Princípio da inafastabilidade da jurisdição.....	109
4.3.2 Princípio da separação de poderes.....	116
5 CONCLUSÃO.....	120
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	125

1 INTRODUÇÃO

O percurso que me levou à escolha do tema de estudo desta dissertação teve início quando escrevi o meu primeiro trabalho acadêmico, ainda na Universidade Federal de Goiás, cujo objeto envolvia a pesquisa sobre controle do Estado. À época, me dediquei ao estudo da atividade de controle social exercida pela Ouvidoria do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás, órgão no qual trabalhei por dois anos durante a graduação.

A defesa do trabalho de conclusão de curso me proporcionou conhecer meu atual orientador, Professor Manoel Eduardo, que gentilmente me convidou para ajudá-lo em suas pesquisas sobre o instituto do *Ombudsman*, com o intuito de desenvolver meu projeto sobre o mesmo tema para o ingresso no mestrado na Universidade Federal do Paraná. Contudo, ao longo do meu primeiro ano em Curitiba e, posteriormente, do primeiro ano do mestrado, minha experiência profissional na advocacia e a participação no Grupo de Estudos em Reparação de Danos no Direito da Concorrência me colocaram em contato com a temática do direito concorrencial, pela qual muito me interessei. Então, assumi o risco de mudar meu tema de pesquisa, sem deixar de lado a temática de controle do Estado, em consonância com meus estudos anteriores, mas alterando o objeto central da pesquisa para o controle das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

De modo geral, há uma significativa divergência de posicionamentos dos tribunais brasileiros ao se deparar com pedidos de revisão de decisões do Tribunal Administrativo do CADE, mas muitas decisões convergem no sentido de que o controle pelo Judiciário se limitaria aos aspectos de legalidade e procedimento dos atos administrativos da entidade de defesa da concorrência. Esse posicionamento se consolidou com a recente decisão proferida em 2019 pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955-DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux. A decisão reacendeu o debate sobre o tema ao proferir entendimento no sentido de que seria inadmissível a revisão judicial daquilo que o acórdão classifica como o “mérito administrativo” das decisões do CADE, com fundamento em um suposto dever de deferência às decisões de natureza técnica tomadas por agências reguladoras e na reduzida capacidade institucional do Poder Judiciário¹.

As decisões proferidas pelo Tribunal Administrativo da entidade de defesa da concorrência têm natureza administrativa e, em regra, não podem ser objeto de recurso no

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955–DF. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019.

âmbito do Poder Executivo², o que torna o CADE instância decisória única em todos os processos em que atua. Apesar disso, essas decisões têm significativo impacto no mercado e podem causar sérias consequências aos agentes econômicos envolvidos, como a aplicação de penalidades decorrentes de condutas consideradas anticompetitivas e a concretização de atos de concentração econômica³.

É nesse contexto que se insere o objeto desta dissertação, mais precisamente no que se refere à revisão das decisões do CADE pelo Poder Judiciário. Diante disso, busca-se, ao longo do trabalho, responder ao seguinte questionamento: qual deve ser a amplitude da revisão, pelo Poder Judiciário, das decisões proferidas pela entidade de defesa da concorrência?

A hipótese central do trabalho é a de que a revisão das decisões do CADE pelo Poder Judiciário reforça a legitimação da entidade de defesa da concorrência e, por isso, deve ser realizada de forma ampla. Assim, o objetivo geral que informa o estudo é estabelecer os fundamentos teóricos que orientam a possibilidade de revisão judicial ampla das decisões administrativas da autarquia, e como essa revisão representa um reforço à sua legitimação.

O método utilizado será o dedutivo, a partir do qual será realizada uma investigação que tem como ponto de partida aspectos gerais de análise, tanto teóricos como metodológicos, com vistas a se chegar a uma conclusão específica acerca do objeto de estudo. Para fundamentar cada um dos pontos da pesquisa, serão utilizados as obras e decisões judiciais resultantes do levantamento bibliográfico e jurisprudencial realizado ao longo do estudo do tema.

O principal referente metodológico para a pesquisa foi o conceito de “legitimação”, central para a compreensão tanto da atuação do CADE no contexto do Estado capitalista, quanto do fundamento de revisibilidade de suas decisões pelo Poder Judiciário. Para esse estudo, utilizou-se como referencial teórico e metodológico, no campo da teoria política, os trabalhos elaborados por Claus Offe, além de doutrinadores brasileiros das áreas de direito administrativo, constitucional e concorrencial, selecionados ao longo do trabalho.

Esta dissertação foi dividida em três partes. A primeira delas (capítulo 2) tem como objeto a questão da legitimação (referente metodológico do trabalho), utilizando-se para sua

² Lei nº 12.529/2011, art. 9º, § 2º: “As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução [...]”. Em relação aos processos administrativos referentes aos atos de concentração econômica: art. 61, §3º: “Julgado o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo”.

³ BURG, Amanda K.; GONÇALVES, Everton; STELZER, Joana. A revisão judicial das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 1, p. 217-243, jan./abr. 2019, p. 223-224.

abordagem a teoria de Claus Offe, para quem a relação entre Estado e mercado é marcada por contradições estruturais inerentes ao Estado capitalista. Diante dessa concepção, buscar-se-á situar a institucionalização do CADE e sua atuação sobre o mercado, ambas com o propósito de assegurar a manutenção do modo de produção capitalista e garantir a legitimação do Estado. Ao final do capítulo, a revisibilidade das decisões do CADE será analisada como possibilidade de reforço ao déficit de legitimação causado pela contradição estrutural das funções desempenhadas pela entidade de defesa da concorrência.

A partir desse referente teórico, a segunda parte do trabalho (capítulo 3), de natureza descritiva, volta-se à análise do surgimento histórico do CADE no Brasil e da disposição estruturo-funcional da entidade prevista pela atual Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011). Em seguida, serão estudadas as teorias acerca da discricionariedade administrativa, na tentativa de refletir sobre a natureza vinculada ou discricionária das decisões proferidas pela autarquia, no que se refere aos processos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica e para a análise de atos de concentração.

A terceira parte do trabalho (capítulo 4) se volta à análise das principais decisões dos tribunais brasileiros em ações anulatórias de decisões do CADE, com destaque à já mencionada decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 1.083.955 AgRg. Para a investigação dessas decisões, serão utilizados dois levantamentos jurisprudenciais realizados no Brasil: o primeiro pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) e o segundo pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). A partir dos argumentos postos por essas decisões judiciais, serão analisadas as principais teorias que supostamente fundamentariam uma revisão judicial limitada das decisões do CADE – deferência judicial e capacidade institucional – para, em seguida, tentar compreender como os princípios constitucionais da separação de poderes e da inafastabilidade da jurisdição podem ter uma aplicação complementar na admissão de uma revisibilidade judicial ampla das decisões proferidas pelo CADE.

Por fim, cabe considerar que, como pude aprender com meu orientador, Professor Manoel Eduardo, a complexidade do mundo resulta na necessidade de diversas traduções para explicar a realidade, inclusive algumas conflitantes⁴. Assim, a opção pelo referencial teórico e

⁴ "Um mundo facilmente compreensível seria um mundo simplificado. É preciso aceitar que o mundo seja complexo, que ele necessite de várias traduções (até mesmo interpretações conflitantes)". STAROBINSKI, Jean. *Gazeta Mercantil*, Brasília, 9 jun. 2000. Caderno Especial, p.3, *apud* GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*. 524 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000, p. 8.

metodológico deste trabalho representa apenas uma dentre inúmeras metodologias para se abordar o objeto da pesquisa. De fato, diante da complexidade que reveste a temática de estudo desta pesquisa, seria pretensioso afirmar, em sede de uma dissertação de mestrado, que se chegará a uma conclusão definitiva ao final do trabalho. Ao contrário, reconhece-se que diversos outros estudos podem oferecer concepções diversas das defendidas aqui e, inclusive, espera-se que futuras pesquisas possam aprofundar as concepções apresentadas ao longo desta dissertação.

2 O CADE NA RELAÇÃO ENTRE ESTADO E MERCADO

O CADE, enquanto autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, é uma entidade pertencente ao Estado que intervém diretamente na economia, e cuja missão institucional é “zelar pela manutenção de um ambiente competitivo saudável, prevenindo ou reprimindo atos contrários, ainda que potencialmente, à ordem econômica”⁵. Por esse motivo, antes de abordar o objeto específico deste trabalho – a revisão judicial das decisões administrativas do CADE –, é aconselhável, primeiro, dar um passo atrás e situar o CADE na relação entre Estado e mercado.

O objetivo desse capítulo, portanto, é se voltar à situação do CADE no âmbito da relação entre Estado e mercado a partir dos estudos teóricos sobre o Estado capitalista desenvolvidos especialmente pelo teórico alemão Claus Offe, um dos herdeiros da teoria crítica, que procurou conciliar a teoria marxista mais ortodoxa de Estado com uma concepção mais dialética (hegeliana) da Escola de Frankfurt⁶.

A partir dessa perspectiva, e com o auxílio das contribuições teóricas acerca do Estado capitalista formuladas por Nicos Poulantzas, buscar-se-á analisar a base causal – estrutura subjacente – à existência do CADE, tendo como hipótese a necessidade estrutural do Estado de preservar a livre concorrência com o objetivo de manter a reprodução do modo de produção capitalista e, com isso, assegurar sua sobrevivência material e política.

Esta abordagem possibilitará um enfrentamento da legitimação⁷ política do Estado como elemento estrutural decisivo, não apenas no que se refere ao processo de institucionalização de uma entidade de controle da concorrência (CADE), como também no processo de avaliação da adequação política da institucionalização da revisão judicial das decisões administrativas do CADE.

⁵ CADE. Institucional: Histórico do CADE, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>>. Acesso em 06 set. 2021.

⁶ FREITAG, Bárbara. *A teoria crítica: ontem e hoje*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1986, p. 126.

⁷ Para Habermas, “legitimidade significa que há bons argumentos para que um ordenamento político seja reconhecido como justo e equânime: ‘Legitimidade significa que um ordenamento político é digno de ser reconhecido’”. NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; TRIGUEIRO, Michelângelo. Legitimação em Habermas, Luhmann e Offe. *Sociedade e Estado*, v. 2, p. 239-260. Brasília, jul./dez. 1990, p. 240-241.

2.1 FUNDAMENTOS⁸ DA ORDEM SOCIAL: ESTADO, MERCADO E COMUNIDADE

Para Claus Offe, a ordem social é composta por três componentes, complementares e antagônicos entre si: Estado, mercado e comunidade. Sua relação é antagônica, de um lado, porque a opção por modelos monísticos que sobreponham um único componente pode inviabilizar a existência dos outros dois, eliminando-os⁹. Por outro lado, essa relação também é complementar, porque os melhores arranjos institucionais da ordem social devem ser complexos, reservando a cada um dos fundamentos um papel específico, “numa mistura que consiga evitar que cada um deles se sobreponha aos outros e os elimine”¹⁰.

Os fundamentos da ordem social representam modelos ideais-típicos de interação e coordenação das ações dos indivíduos, e cada um deles se relaciona a uma capacidade de intervenção humana no meio social. O primeiro desses fundamentos é a comunidade, que, associada à paixão humana, corresponde à fonte da qual deriva “nossa identidade, nosso sentimento de pertencimento e o compromisso com um modelo ético que informa nossos projetos de vida”¹¹. Esse fundamento da ordem social, associado à proteção dos direitos e deveres dos membros dessas comunidades, é importante para o impulsionamento de avanços sociais e políticos, bem como de inovações de interesse público, razão pela qual não pode ser negligenciado. Contudo, o comunitarismo excessivo pode ser prejudicial ao meio social como um todo, especialmente pela possibilidade de se desdobrar em tendências repressivas, exclusivistas e antiigualitárias.

O Estado, por sua vez, é construído e constituído pela razão humana, “tanto em termos da sua instituição por meio de um contrato racional como pela sua operação diuturna ‘racional formal’ através do governo burocrático (Weber)”¹². Ademais, ao mesmo tempo que um estatismo excessivo – e os problemas dele decorrentes, como ineficiência, corrupção, autoritarismo etc. – deve ser evitado, deficiências na atuação do Estado também podem gerar

⁸ A utilização da expressão “fundamentos da ordem social” foi adotada em atenção ao exposto na conferência “Sociedade e Estado em Transformação”, realizada em São Paulo, em 1999, em que a palestra proferida por Claus Offe foi transcrita para o texto: OFFE, Claus. atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. In: *Sociedade e Estado em transformação*. Brasília: Enap: 1999.

⁹ OFFE, Claus. atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. In: *Sociedade e Estado em transformação*. Brasília: Enap: 1999, p. 129-132.

¹⁰ OFFE, Claus. atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. In: *Sociedade e Estado em transformação*. Brasília: Enap: 1999, p. 130.

¹¹ OFFE, Claus. atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. In: *Sociedade e Estado em transformação*. Brasília: Enap: 1999, p. 129.

¹² OFFE, Claus. atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. In: *Sociedade e Estado em transformação*. Brasília: Enap: 1999, p. 128.

sérias patologias, especialmente porque um de seus papéis centrais é a proteção dos direitos fundamentais básicos, sejam eles individuais, sociais ou coletivos.

Já o mercado se move de acordo com os interesses humanos na aquisição de bens e valores, “sem nenhuma ou pequena consideração de, ou controle sobre, o que a busca dos propósitos de aquisição fará para outros ou mesmo para seus próprios futuros”¹³. Nesse sentido, no interesse de aumentar lucros individuais, os próprios agentes de mercado podem, pela constituição de cartéis, monopólios e outros mecanismos, subverter o ideal tão defendido da liberdade de escolha.

Em outras palavras, só pelo fato de que mercados competitivos estejam funcionando, não podemos assumir de forma alguma que eles sejam competitivos na ausência de alguns agentes a eles externos que forcem que a competição seja mantida. [...] Finalmente, os mercados não apenas se ressentem da falta de mecanismos auto-reprodutivos, e tendem frequentemente a se subverter em arranjos de poder monopolista, como também não contam com mecanismos auto-restritivos.¹⁴

Desse modo, ao mesmo tempo que o mercado necessita e se beneficia da intervenção de agentes externos para garantir a manutenção da concorrência, uma eventual limitação excessiva do mercado pode eliminar algumas de suas ferramentas valiosas, como a valorização da competição, da eficiência e da busca por resultados que, se administradas em doses razoáveis, são indispensáveis a qualquer arranjo institucional.

Ampliando essa concepção, Pierre Dardot e Christian Laval, em uma análise do neoliberalismo contemporâneo, apresentam o pensamento de Friedrich Hayek acerca da “ordem do mercado” como um fenômeno espontâneo, resultado da ação humana, mas, não obstante, independente de qualquer intenção unificada e consensual¹⁵. Essa concepção contribui para a análise do mercado em dois aspectos adicionais¹⁶: primeiro, diferentemente da economia – fenômeno artificial que corresponde ao arranjo de recursos para um determinado fim –, a ordem

¹³ OFFE, Claus. atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. In: *Sociedade e Estado em transformação*. Brasília: Enap: 1999, p. 128.

¹⁴ OFFE, Claus. atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. In: *Sociedade e Estado em transformação*. Brasília: Enap: 1999, p. 137.

¹⁵ A “ordem espontânea” (*spontaneous order*) seria uma categoria intermediária entre (a) os fenômenos artificiais (*taxis*), produzidos e planejados diretamente pela vontade humana; e (b) os fenômenos naturais (*kosmos*), que possuem em si mesmos seu motor de existência e, por isso, independem da ação humana, como, por exemplo, um organismo vivo (DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução de Mariana Echalar. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 161-162).

¹⁶ Friedrich Hayek apresenta um aspecto adicional do mercado em sua perspectiva: o de que as regras formais elaboradas pelo Estado possibilitam a coesão da ordem do mercado, desde que se restrinjam a estabelecer prestações negativas de *não fazer* (Ibidem, p. 162). Contudo, para a perspectiva de Claus Offe, similar à de Nico Poulantzas, o Estado não atua apenas negativamente; pelo contrário, “age de forma positiva, *criando, transformando e fazendo a realidade*” (CARNOY, Martin. *Estado e Teoria Política*. 4. Ed. São Paulo: Papirus, 1994, p. 145).

do mercado não se resume a objetivos particulares, mas repousa na confluência de objetivos diversos, algumas vezes opostos; e, segundo, a própria sociedade é uma ordem espontânea que, apesar de ser constituída por outras ordens espontâneas (moeda, mercado etc.) e por fenômenos artificiais (famílias, empresas e instituições públicas) é, em grande medida, influenciada pela ordem do mercado¹⁷.

Ressalte-se, ainda, que cada um dos três fundamentos da ordem social pode ser relacionado com três interesses que atuam sobre o Estado capitalista: burocrático (Estado), capitalista (mercado) e de legitimação (comunidade). Isso porque, como se verá adiante, o Estado, para garantir sua sobrevivência material, assume a função de fornecer condições para a reprodução do modo de produção capitalista. Contudo, e contraditoriamente, o Estado também deve ocultar o exercício dessa função da classe popular para garantir sua sobrevivência política, através da legitimação democrática. Em meio a essas duas atuações, há ainda um interesse próprio do Estado: o de garantir a manutenção de sua burocracia para evitar uma crise de governabilidade, principalmente porque é a estrutura burocrática estatal que garante o exercício das funções necessárias à sua sobrevivência material e política.

A compreensão desses três interesses atuantes sobre o Estado é fundamental para a construção do conceito de Estado capitalista, central para o estudo da relação entre Estado e mercado. Acerca da atuação dessas três forças, que precisam ser recepcionadas no âmbito estatal, bem sintetiza o Professor Manoel Eduardo:

Assim, ainda que em apertada síntese, poder-se-ia dizer que as diferentes demandas produzidas socialmente, para serem recepcionadas no âmbito das políticas públicas ou do ordenamento jurídico estatal, teriam que consubstanciar uma das seguintes situações: a) representar uma imediata e substancial vantagem para a expansão da acumulação privada; b) apresentar um ganho relevante na minimização do *déficit* de legitimação política do Estado; c) atender importantes interesses corporativos da burocracia estatal; d) ou ainda, não possuindo esta requerida importância em uma destas opções, apresentar uma razoável vantagem, concomitante ou alternativamente, no âmbito das três situações.¹⁸

2.2 O ESTADO CAPITALISTA

Em oposição a uma concepção instrumental do aparelho estatal em sua relação com a classe capitalista, que concebe o Estado como instrumento a serviço da classe dominante, Claus

¹⁷ CARNOY, Martin. *Estado e Teoria Política*. 4. Ed. São Paulo: Papirus, 1994, p. 163.

¹⁸ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. *Direito e Neoliberalismo*: elementos para uma leitura interdisciplinar, p. 115-135. Curitiba: Editora do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, 1996, p. 123.

Offe defende uma concepção do Estado cuja atividade e estrutura estão voltadas para a defesa dos interesses capitalistas de classe como um todo, no que se refere à garantia da reprodução do modo de produção capitalista (interesse sistêmico). Nesse sentido, o Estado capitalista poderia ser conceituado como “uma forma institucional do poder público em sua relação com a produção material”¹⁹. Nas palavras de Bárbara Freitag:

Offe concebe este Estado como um macroorganismo ao mesmo tempo *onipresente*, manifestando-se em todas as instituições e esferas da sociedade, e *onisciente*, informado de todos os movimentos políticos ou conflitos mais ou menos manifestos entre as classes e frações de classe. Sua intervenção em todos os níveis – desde o econômico até o superestrutural – não se dá no interesse de um certo grupo de capitalistas nacionais ou estrangeiros, mas sim no interesse do capital global.²⁰

A partir da relação do Estado com a produção material, surgem quatro determinações funcionais caracterizadoras da forma institucional: (i) privatização da produção; (ii) dependência dos impostos; (iii) acumulação como ponto de referência; e (iv) legitimação democrática.

Primeiramente, a produção material não pode ser organizada segundo os critérios políticos do Estado. Isso quer dizer que “a propriedade que funciona produtivamente (seja ela propriedade de força de trabalho ou de capital) é ‘privada’”²¹. Assim, mesmo que em algumas sociedades capitalistas o Estado seja detentor de uma parte substantiva do estoque de capital ou de meios de produção, há um impedimento estrutural na utilização dessa produção material segundo estratégias de utilização e aplicação diferentes das adotadas pelo capital privado.

Em segundo lugar, o Poder Público depende da arrecadação de impostos para sua própria manutenção, é dizer, há uma dependência estrutural do Estado ao volume de arrecadação privada, possibilitada pelo sistema tributário. Por esse motivo, sendo o Estado dependente da acumulação capitalista, e incapaz de organizá-la, surge a terceira determinação funcional: “o interesse supremo e mais geral dos detentores do poder do Estado consiste em manter as condições de exteriorização de seu poder através da constituição de condições políticas que favoreçam o processo privado de acumulação”²².

Não se trata, portanto, de uma perspectiva segundo a qual os agentes econômicos estariam interessados em instrumentalizar os agentes estatais, pelo simples motivo de que o

¹⁹ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 123.

²⁰ FREITAG, Bárbara. *A teoria crítica: ontem e hoje*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1986, p. 126-127.

²¹ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 123.

²² OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 124.

eventual acesso privilegiado de certas classes capitalistas aos centros de decisão estatal é apenas um reflexo institucional da dependência estrutural do Estado em relação ao processo de acumulação. De fato, são os próprios agentes do poder estatal que, para garantir a sua própria sobrevivência material, têm como principal imperativo a garantia de um constante desenvolvimento econômico²³ e a consequente reprodução do modo de produção capitalista²⁴, com vistas a uma acumulação capitalista que viabilize excedentes para a manutenção do próprio Estado.

Por fim, a última determinação funcional do Estado capitalista é a legitimação democrática, a qual consiste no fato de que a utilização pelo aparelho estatal de mecanismos democrático-representativos tem o objetivo de assegurar sua sobrevivência política. Em verdade, o recurso ao sistema eleitoral e às regras do Estado de direito para a regulamentação de conflitos resulta na ocultação do fato de que o real exercício efetivo do poder estatal depende, em primeiro lugar, do processo de acumulação capitalista, de modo que as preferências populares só serão determinantes para a utilização dos recursos públicos na medida em que estejam em consonância com o interesse primordial de manutenção da acumulação.

É o que Martin Carnoy denomina de “fonte alternativa de poder”. O Estado, por não possuir uma base de poder próprio, precisa de um mandato proveniente de todos os grupos da sociedade para agir, baseado em um conceito de Estado representante dos interesses coletivos dessa sociedade. Para funcionar como um Estado capitalista, esse Estado precisa esconder e negar sistematicamente sua própria natureza de Estado capitalista, com o objetivo de manter sua legitimidade perante aqueles que lhe deram o poder²⁵. Portanto, para Offe:

O Estado capitalista está sujeito a uma dupla determinação do poder político – segundo sua *forma* institucional, este poder é determinado pelas regras do governo democrático-representativo; segundo o seu *conteúdo*, é determinado pelo desenvolvimento e pelos requisitos do processo de acumulação.²⁶

²³ “Claus Offe considera que as contradições dos interesses particulares das diversas frações da classe dominante impedem que o Estado desenvolva uma política efetiva e duradoura em função dos interesses da classe capitalista tomada em seu conjunto. Essa é a razão pela qual o Estado busca implementar dois tipos de atividades positivas que o autor qualifica de políticas de alocação de recursos e políticas de produção. Nos dois blocos de políticas, o Estado joga um papel importante ao proporcionar as condições necessárias para a produção e reprodução ampliada do capital. No primeiro grupo de políticas de dotação de recursos, o Estado se limita apenas a coordenar e regular a alocação dos mesmos já produzidos. Enquanto que, no segundo grupo, ele se envolve diretamente na produção de bens e serviços essenciais para o processo de acumulação” (CARVALHO, André C.; CARVALHO, Maryan J. C.; CARVALHO, David F. Fundamentações Teóricas sobre o Estado Capitalista. *A Economia em Revista*, v. 22, n. 1, p. 67-83, julho de 2014, p. 80).

²⁴ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 124.

²⁵ CARNOY, Martin. *Estado e Teoria Política*. 4. Ed. São Paulo: Papirus, 1994, p.172-173.

²⁶ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 125.

Para harmonizar e compatibilizar as quatro determinações acima descritas, Offe afirma que há apenas “uma estratégia geral de ação do Estado. Ela consiste em criar as condições segundo as quais *cada cidadão é incluído nas relações de troca*”²⁷. Isso porque, o pressuposto geral de autorreprodução do modo de produção capitalista encontra problemas na passagem do capitalismo concorrencial para o capitalismo monopolista, devido à uma tendência histórica permanente à interrupção das relações de troca²⁸.

Por esse motivo, com o objetivo de preservar e reorganizar as relações de troca nos mercados, reinserindo constantemente a força de trabalho na produção²⁹, o Estado é levado a intervir no processo de acumulação capitalista, através de duas maneiras diferentes: alocação e produção, cada uma delas relacionada – e, de certa forma, uma resposta – a um conjunto de problemas estruturais do processo de acumulação³⁰.

A alocação é “um modo de atividade do Estado capitalista que cria e mantém as condições de acumulação de forma puramente autoritária” (tradução nossa)³¹. Nesse sentido, são alocados recursos que pertencem ao Estado e estão à sua disposição, como tarifas protetivas, aparelhos repressivos, instrumentos e práticas de controle social e regulação econômica, normas impositivas, mecanismos de fomento e instalação de infraestruturas. É dizer, são adotadas medidas para criar e manter as condições da acumulação capitalista que envolvem a alocação de recursos que já estão sob controle do Estado. Mais do que isso, são atividades cujo método

²⁷ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 125.

²⁸ “Este mecanismo autocorretivo corresponde totalmente às concepções de Jean Baptiste Say, que partia do pressuposto de que uma economia baseada na forma-mercadoria se auto-estabiliza e se perpetua. [...] Mas esses mecanismos de correção automática parecem tornar-se cada vez menos eficazes, à medida que o capitalismo se desenvolve” (OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 127). Ademais, para Offe, a estratégia de ação do Estado surge de dois “dados da experiência”: (i) há uma constante desincorporação da forma-mercadoria para os proprietários de força de trabalho e de capital; e (ii) ao que tudo indica – pois há poucas razões para supor o contrário – não entram em ação processos automáticos para reincorporar essas unidades de valor (OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 128).

²⁹ Para Offe, “a forma-mercadoria pode [...] ser encarada como o ‘ponto de equilíbrio geral’ do Estado capitalista”, razão pela qual “o critério estratégico mais abstrato e mais geral da política do Estado capitalista consiste em tomar as medidas e criar as condições para que todos os sujeitos jurídicos introduzam efetivamente nas relações de trabalho a sua propriedade (em bens ou força de trabalho)” (OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 126 e 128).

³⁰ OFFE, Claus. *The Capitalist State and the Problem of Policy Formation*. In: LINDBERG, Leon (Ed.). *Stress and Contradiction in Contemporary Capitalism*. D.C. Heath, 1975, p. 128. Disponível em: < <https://www.ssc.wisc.edu/~wright/SOC621/offcap.pdf> >. Acesso em 10 set. 2021.

³¹ “Allocation is a mode of activity of the capitalist state that creates and maintains the conditions of accumulation in a purely authoritative way” (OFFE, Claus. *The Capitalist State and the Problem of Policy Formation*. In: LINDBERG, Leon (Ed.). *Stress and Contradiction in Contemporary Capitalism*. D.C. Heath, 1975, p. 128. Disponível em: < <https://www.ssc.wisc.edu/~wright/SOC621/offcap.pdf> >. Acesso em 10 set. 2021).

de designação envolve a autoridade do Estado, seja ela baseada na Constituição³², em um conjunto de regras, em uma maioria parlamentar ou em filiações políticas. Por isso, como a autoridade do Estado é legitimada politicamente, “o poder político, ou o poder do e sobre o aparelho do Estado, é o único critério e determinante da alocação” (tradução nossa)³³.

A atividade produtiva, por sua vez, requer mais do que a alocação de recursos sob controle do Estado: é necessário o ingresso físico na produção para a manutenção do processo de acumulação. Em circunstâncias normais, esse ingresso se dá de forma natural pelo mercado (com a provisão de trabalho, capital e matéria-prima), mas, em algumas situações, o fornecimento de capital fixo ou variável não é considerado lucrativo pelas unidades de acumulação, o que poderia acarretar o fracasso dos capitalistas que dependem desses *inputs* para sua produção. Quando os capitalistas esgotam seus métodos internos de inovação para responder à pressão competitiva das unidades produtivas concorrentes, elas precisam recorrer a um auxílio externo, capaz de fornecer meios além da capacidade do processo de acumulação. É nesse momento que a atividade produtiva do Estado entra em ação, produzindo condições materiais que permitem a manutenção da acumulação, quer, se necessário, para restaurá-la, ou evitar ameaças à sua manutenção³⁴.

Ainda que a legitimação seja um componente necessário para ambas as atividades, porque provenientes da política, a atividade produtiva tem sua origem a partir da demanda das próprias necessidades do processo de acumulação capitalista. Por esse motivo, para Offe, “a estrutura burocrática” do Estado, que se mostra suficiente para a realização da atividade alocativa, “parece inadequada para servir como base da atividade produtiva estatal [...]: a burocracia [nesse caso] é ineficiente e ineficaz” (tradução nossa)³⁵:

O modo de operação burocrático, entretanto, falha em operar suficiente e adequadamente (de acordo com os critérios do Estado capitalista) tão logo as atividades produtivas aparecem na agenda do Estado. O problema é que a aplicação de regras predeterminadas, através de uma estrutura hierárquica de operadores

³² Dispõe o art. 174, da Constituição Federal: “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”.

³³ “*political power, or power in and over the state apparatus and its parts is the sole criterion and determinant of allocation*” (OFFE, Claus. *The Capitalist State and the Problem of Policy Formation*. In: LINDBERG, Leon (Ed.). *Stress and Contradiction in Contemporary Capitalism*. D.C. Heath, 1975, p. 129. Disponível em: <<https://www.ssc.wisc.edu/~wright/SOC621/offcap.pdf>>. Acesso em 10 set. 2021).

³⁴ OFFE, Claus. *The Capitalist State and the Problem of Policy Formation*. In: LINDBERG, Leon (Ed.). *Stress and Contradiction in Contemporary Capitalism*. D.C. Heath, 1975, p. 129-133. Disponível em: <<https://www.ssc.wisc.edu/~wright/SOC621/offcap.pdf>>. Acesso em 10 set. 2021..

³⁵ “*Bureaucratic structure seems inadequate as the basis for the productive type of state activity [...]: Bureaucracy is inefficient and ineffective*” (OFFE, Claus. *The Capitalist State and the Problem of Policy Formation*. In: LINDBERG, Leon (Ed.). *Stress and Contradiction in Contemporary Capitalism*. D.C. Heath, 1975, p. 137. Disponível em: <<https://www.ssc.wisc.edu/~wright/SOC621/offcap.pdf>>. Acesso em 10 set. 2021).

“neutros” é simplesmente insuficiente para absorver a carga decisória implícita nas atividades estatais produtivas. Em outras palavras, a administração das atividades produtivas do Estado requer mais do que a alocação rotineira de recursos estatais, como dinheiro e justiça. [...] A burocracia é controlada por *inputs* – seja a vontade de um governante ou da lei. Esse *input* precisa ser aplicado estritamente, fielmente, e sem exceção, e o resultado precisa ser “ordem”. Em contrapartida, o proposto pela atividade produtiva do Estado é um controle por *output*: uma atividade é adequada não por se conformar a determinadas regras e procedimentos preestabelecidos, mas principalmente por levar a determinados resultados (tradução nossa).³⁶

Há, portanto, uma conflitualidade entre distintas racionalidades, que impõe ao Estado capitalista o desafio de conciliar as regras prontas que controlam a burocracia (*inputs*) com as funções que surgem das demandas sociais e que precisam ser resolvidas pelo Estado (*outputs*). Desse conflito, surge o problema da legitimação: “Se as regras impedem a materialização de uma demanda, ela não é legítima. Se as demandas não seguem uma normatividade preestabelecida, igualmente, acabam por perder legitimidade”³⁷. Para Offe, a alternativa ao dilema se situaria no critério do consenso político, em uma racionalidade de tipo consensual³⁸.

Portanto, nas palavras de Martin Carnoy, o Estado capitalista de Offe tem um problema de “como estabelecer e institucionalizar um método de produção de decisões que constitua um equilíbrio (ou reciprocidade) entre as atividades exigidas do Estado e a sua estrutura interna”³⁹, em especial porque está envolto permanentemente em contradições estruturais cada vez mais graves, devido à necessidade de conformar a manutenção da reprodução do modo de produção capitalista, o interesse autoinstitucional do Estado (burocrático) e sua legitimação política.

Ademais, é importante considerar que essa tentativa de conformação se consubstancia em um complexo processo informado não apenas por racionalidades distintas, como também por práticas resultantes de interesses contraditórios, que têm sua própria plausibilidade condicionada a uma legitimação cujo alcance se estende aos três segmentos da ordem social a

³⁶ “The bureaucratic mode of operation, however, fails to operate sufficiently and adequately (according to the requirements of the capitalist state) as soon as productive state activities appear on the agenda of the state. The problem is that application of predetermined rules through a hierarchical structure of “neutral” officials is simply insufficient to absorb the decision load that is implied by productive state activities. In other words, the administration of productive state activities requires more than the routinized allocation of state resources like money and justice. [...] A bureaucracy is controlled by inputs – be it the will of a ruler or the law. This input is to be applied strictly, faithfully, and without exception, and the result is supposed to be “order”. In contrast, what productive state activity presupposes is control by output: An activity is “adequate” not if it conforms to certain established rules and procedures, but mainly if it leads to certain results” (OFFE, Claus. *The Capitalist State and the Problem of Policy Formation*. In: LINDBERG, Leon (Ed.). *Stress and Contradiction in Contemporary Capitalism*. D.C. Heath, 1975, p. 136. Disponível em: <<https://www.ssc.wisc.edu/~wright/SOC621/offcap.pdf>>. Acesso em 10 set. 2021).

³⁷ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito). 594 p. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000, p. 54.

³⁸ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 225-226.

³⁹ CARNOY, Martin. *Estado e Teoria Política*. 4. Ed. São Paulo: Papirus, 1994, p.179.

que se refere Offe: capitalista, burocrático e popular. Diante disso, tem-se que a legitimação é fundamento de plausibilidade das práticas estatais⁴⁰.

2.3 A RACIONALIDADE DA AÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DO ESTADO CAPITALISTA

As contradições estruturais do Estado capitalista decorrem, como visto, da necessidade de conciliar interesses de racionalidades distintas para assegurar sua existência e legitimação. Como acentuado no tópico anterior, assim como o capital precisa da atuação do Poder Público para garantir a manutenção e o cumprimento das normas que o constituem⁴¹, o Estado precisa garantir a reprodução capitalista para assegurar o excedente de arrecadação essencial à sua manutenção, ao mesmo tempo que oculta essa função garantidora da classe popular e direciona seus esforços à concretização de prestações positivas que impeçam o surgimento de uma crise de legitimidade.

Nesse sentido, Offe afirma que “os mercados somente podem funcionar quando são *politicamente institucionalizados*, ou seja, dentro da moldura fixada pelo Estado”. É importante registrar, ademais, que para o autor, “o processo de acumulação não funciona sem a regulamentação política, que por sua vez precisa de legitimação”⁴².

O permanente conflito no interior do Estado capitalista se apresenta, para Offe, como uma contradição entre as racionalidades da ação administrativa. Entre os diversos conceitos de racionalidade⁴³, e sua aplicação à ação administrativa do Estado capitalista, a teoria proposta

⁴⁰ De acordo com Przeworsky, em uma análise da teoria do Estado capitalista formulada por Habermas e Offe, “A acumulação e a legitimação são os problemas funcionais centrais de qualquer Estado em uma sociedade capitalista. [...] Eis o objetivo do Estado no capitalismo tardio: maximizar a acumulação sem prejudicar a preservação da legitimidade”. PRZEWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Tradução de Argelina C. Figueiredo e Pedro P. Z. Bastos. Rio de Janeiro: Editora Relume-Dumará, 1995, p. 97-98.

⁴¹ “Afim, a acumulação de capital é inconcebível na ausência de uma estrutura jurídica que sustente a empresa privada e a troca no mercado. Ela depende, de modo crucial, dos poderes públicos para garantir direitos de propriedade, fazer cumprir contratos e julgar disputas; para suprimir rebeliões, manter a ordem e administrar o dissenso; e para manter, na linguagem da constituição estadunidense, “a fé e o crédito plenos” do dinheiro circulante, o qual constitui o sangue vital do capital”. FRASER, Nancy. Crise de legitimação? Sobre as contradições políticas do capitalismo financeirizado. *Cadernos de Filosofia Alemã*, v. 23, n. 2, pp.153-188. São Paulo, 2018, p. 157.

⁴² OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 255-256.

⁴³ “A questão da racionalidade, desde PLATÃO e ARISTÓTELES, esteve ligada à disjuntiva operada entre razão (entendida como sinônimo de inteligência, lógica, reflexão etc.) e paixão (entendida como sinônimo dos sentimentos, emoções, afetividade etc.). Essa herança - de uma relação binária e oposta, sendo a primeira valorizada e a segunda desprezada - teve seu ápice na modernidade, quando a emancipação do ser humano só se colocava como possível a partir do abandono das ações fundadas nas sensações, emoções ou nos discursos

pelo autor se ocupa de compreender “as estratégias à disposição dos sistemas de ação político-administrativos, enquanto modelos ou como esquemas normativos de suas próprias estruturas e processos”⁴⁴. Esses modelos estratégicos, que Offe denomina de critérios de racionalidade, “precisam estar em harmonia com os imperativos de seu meio social e econômico” – e quando isso não acontece, ocorreria uma “não-correspondência [...] entre estrutura e função”⁴⁵.

Nessa análise⁴⁶, há uma separação entre estrutura, representada pelo conjunto de normas preestabelecidas e formadoras dos procedimentos para a resolução de conflitos, e função, representada pelos imperativos da sociedade capitalista⁴⁷. Inclusive, Offe destaca a existência de uma tensão ainda não resolvida entre a racionalidade administrativa da ação estatal e a sistêmica, a qual possivelmente é causada pelo próprio meio socioeconômico que, por um lado, fixa um modo de operação específico ao Estado, mas exige dessa estrutura funções incompatíveis com a racionalidade atribuída⁴⁸.

Há, portanto, um problema paradoxal, uma vez que:

Por um lado, a orientação da ação administrativa através de regras fixas e situacionalmente independentes fracassa em todas aquelas matérias que não são padronizáveis e que por sua natureza não podem ser subordinadas a rotinas gerais. [...] Por outro lado, entretanto, o espaço dentro do qual a administração pode concentrar-se em “tarefas”, inventando regras adequadas ao seu objeto, é limitado por certas “premissas” [que] se impõem de tal forma, que a administração, apesar do seu crescente envolvimento com programas “finais”, não consegue liberar-se do seu vínculo condicional com as premissas “legais”.⁴⁹

religiosos. Isto implicava reconhecer um elevado nível de positividade à razão. Só com WEBER essa positividade conferida à racionalidade seria contestada, a partir da noção de ‘desencantamento do mundo’ entendida como a contraface do processo de racionalização do mundo ocidental”. GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000, p. 38-39. Para uma explicação de algumas teorias sobre o conceito de racionalidade, especialmente formulados pelos teóricos da Escola de Frankfurt, ver p. 47-56.

⁴⁴ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 218.

⁴⁵ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 218-219.

⁴⁶ “A análise de racionalidade em OFFE tem como ponto de partida as críticas ao sistema burocrático weberiano, sob o pressuposto da presença de um elevado nível de inflexibilidade e uma racionalidade de tipo formal”. GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000, p. 53.

⁴⁷ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000, p. 53-54.

⁴⁸ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 219-220.

⁴⁹ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 222.

Para resolver essa discrepância, a solução deve ser buscada no exterior da administração – para além da conformidade formal e da adequação aos fins, no critério de racionalidade que Offe denomina de consensual.

Sob essa ótica, o autor cria um conceito de racionalidade que é tridimensional e contraditório⁵⁰, no qual a ação administrativa está sujeita a três testes: (a) de conformidade legal; (b) de efetividade funcional; e (c) de consenso político⁵¹.

A primeira dimensão da ação administrativa opera segundo uma racionalidade legal-burocrática. Nesse modelo, as ações administrativas devem ser subordinadas a premissas pré-estabelecidas, é dizer, os *outputs* devem ser um reflexo calculável de todos os *inputs*, formados pelas rotineiras normas, programas, regras e procedimentos. Nesse sentido, esses *inputs* são os únicos propulsores da ação administrativa, cuja racionalidade é proporcional ao grau de constância dessas premissas, com uma alta valorização do respeito às regras já estabelecidas.

A segunda dimensão representa uma racionalidade teleológica da ação administrativa, em razão de seu direcionamento aos fins, de modo que os *inputs* são determinados resultados, que atuam como os “critérios de avaliação para a ação administrativa interna e seu processo decisório”⁵². A administração será eficiente quando obtiver êxito na organização de seus *inputs* para o ordenamento de suas tarefas e no atingimento dos efeitos pretendidos. Nessa concepção, as premissas deixam de ser regras – como na primeira dimensão – e passam a ser “recursos”, avaliados segundo sua adequação para a concretização das tarefas necessárias ao alcance dos resultados projetados pela administração do Estado⁵³.

Por fim, a terceira dimensão do conceito de racionalidade, que para Offe se situa no exterior da administração, é a do consenso político, a única capaz de “suportar o custo de

⁵⁰ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 231.

⁵¹ “Esses três tipos de racionalidade levantados pelo autor comporiam três dimensões: supralegal (constituída pela finalidade do sistema); legal (constituída pela estrutura do sistema), e infralegal (constituída pelo consenso)”. GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000, p. 55.

⁵² OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 220.

⁵³ “[A] administração não pode confiar em que as informações e os conhecimentos específicos de que dispõem seus membros sejam adequados para resolver as tarefas que lhe cabem. Por isso, torna-se necessário recorrer a especialistas externos *ad hoc*, a consultores, a sistemas de pesquisa e a sistemas de informação ou a cria-los dentro da própria administração”. OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 221. É o que pode ser observado no CADE, que incorporou à sua estrutura uma equipe de especialistas em análise econômica, com o conhecimento tido como necessário à tomada de decisões em matéria concorrencial pela autarquia.

legitimação do sistema”⁵⁴. Essa dimensão surge para suprir o déficit de legitimação decorrente do conflito entre as dimensões legal e funcional expostas anteriormente. Como explica o Professor Manoel Eduardo, trata-se de

uma dimensão [...] voltada para a relação entre Administração e administrado, na qual a racionalidade é fundada em negociações intra-orgânicas (membros da Administração) ou extra-orgânica (administrados, organizações da sociedade civil, partidos políticos, sindicatos etc.) e submetida a um “teste de consenso político”.⁵⁵

A despeito das ressalvas que podem ser elaboradas à abordagem de Offe acerca da racionalidade⁵⁶, ela se mostra suficiente para realçar a imprescindibilidade da legitimação no âmbito da atividade produtiva e alocativa⁵⁷ – âmbito no qual se insere a atividade realizada pelo CADE.

Ademais, cabe ressaltar que, nos termos do pensamento de Offe, a crise de legitimação do Estado moderno, nas sociedades desenvolvidas, “constitui um problema real que não tem mero interesse acadêmico, e ao qual pode ser conferido valor de determinação de tendências ou de geração de crises”⁵⁸. Embora com diferenças, Habermas compartilha desse entendimento, ao defender a existência de uma efetiva crise do Estado Moderno, como crise real, e não como

⁵⁴ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000, p. 55.

⁵⁵ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000, p. 58.

⁵⁶ Algumas ressalvas ao entendimento de Offe são formuladas em GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000, p. 56-60. Entre elas: (i) “o que OFFE denomina de dimensão consensual pode perfeitamente estar abrigada na própria dimensão funcional, a qual não se reduz ao fim ou objetivo visado. Ainda que se permaneça n essa hipótese reducionista da perspectiva funcional, o próprio objetivo pode ser o resultado de processos negociais entre Estado e sociedade civil, vez que, como reconhece o próprio autor em estudo, a perspectiva funcional está fundada na legitimação”; (ii) “a dimensão estrutural e a funcional, em sede administrativa, ainda que dissociáveis do ponto de vista pedagógico, estão absolutamente interconectadas, confluindo não só no universo institucional do processo de formulação e execução de políticas públicas, como no plexo subjetivo do agente decisório”; (iii) “a adstrição de toda dimensão funcional à concepção teleológica ou finalística enclausura as duas primeiras dimensões indicadas por OFFE no espaço interno da Administração. Isso retira toda a validade lógica da discussão que estabelece a respeito da legitimação no âmbito da dimensão legal e supralegal. Ao que parece, faltou ao autor expandir a noção de função para mais além dos fins (imediate e objetivamente) visados”; e (iv) “em relação à terceira dimensão, deve-se apontar sua inevitável adstrição - no limite - aos imperativos da ordem legal e da base institucional de legitimação, a qual nem sempre coincide com a base real ou empírica”.

⁵⁷ Como explica Bárbara Freitag, em complementaridade a essa compreensão, “Habermas faz efetivamente a síntese dos dois momentos até aqui expostos. Considera que o crescente intervencionismo estatal, por um lado, e a transformação da ciência e da técnica em forças produtivas e ideologia, por outro, *alteram as formas de legitimação do poder*. A ciência e a tecnologia, promotoras do progresso e do bem-estar de todos, passam a ser a *base de legitimação indispensável* do moderno Estado capitalista. [...] Na medida em que a economia prospera e produz, assegura o emprego e um relativo bem-estar material, ela não somente se autolegitima, como legitima também o sistema político que lhe assegura estabilidade e continuidade. [...] Também o Estado [...] fica livre da obrigação de justificar-se, enquanto o crescimento econômico estiver garantido”. FREITAG, Bárbara. *A teoria crítica: ontem e hoje*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1986, p. 95-96.

⁵⁸ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 262.

mero problema acadêmico⁵⁹. A diferença no pensamento de Habermas e Offe pode ser resumida nos seguintes termos: "Offe concentra-se na ideia de legitimação como decorrente de ações estatais; Habermas, no reconhecimento construído cognitivamente entre os atores, atribuído a um ordenamento político"⁶⁰. Para ambos a legitimação se coloca como um problema a ser resolvido em fase da crise do Estado capitalista. Portanto, na perspectiva de Offe, a questão da legitimação se insere no âmbito da relação entre Estado e sociedade civil. Nesse sentido, o CADE se constitui como um bom exemplo de um processo de institucionalização voltado à legitimação, na medida em que sua instituição, por um lado, se dá sob o pressuposto de atuar na defesa dos interesses gerais de manutenção de um mercado competitivo e, por outro – aspecto que é apenas aparentemente paradoxal –, se volta para a defesa do mercado em si, com vistas à manutenção do modo de produção.

2.4 INSTITUCIONALIZAÇÃO E ATUAÇÃO DO CADE: A LEGITIMAÇÃO COMO FUNDAMENTO

A criação do CADE enquanto entidade voltada à defesa da concorrência e sua função de controle do mercado podem ser inseridas no âmbito das atividades alocativas do Estado, classificação que se justifica pelo preenchimento dos três elementos distintivos estabelecidos por Offe para a ação alocativa: (i) existência de condições econômicas favoráveis sob as quais a alocação autoritária de recursos que já são de propriedade do Estado se mostra suficiente para a manutenção da acumulação capitalista; (ii) os elementos desse ambiente podem ser apenas alocados, e não precisam ser produzidos pelo Estado; e (iii) o poder político, ou o poder sobre o aparelho do Estado, é o critério determinante da atividade⁶¹.

De fato, o exercício das atividades alocativas representa a imposição “de uma certa ordem criada pelo Estado em uma área de atividade econômica e social” (tradução nossa)⁶². Com efeito, o aparato repressivo do Estado é alocado de acordo com certas regras, e seu método

⁵⁹ NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; TRIGUEIRO, Michelângelo. Legitimação em Habermas, Luhmann e Offe. *Sociedade e Estado*, v. 2, p. 239-260. Brasília, jul./dez. 1990, p. 250.

⁶⁰ NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; TRIGUEIRO, Michelângelo. Legitimação em Habermas, Luhmann e Offe. *Sociedade e Estado*, v. 2, p. 239-260. Brasília, jul./dez. 1990, p. 252.

⁶¹ OFFE, Claus. The Capitalist State and the Problem of Policy Formation. In: LINDBERG, Leon (Ed.). *Stress and Contradiction in Contemporary Capitalism*. D.C. Heath, 1975, p. 129. Disponível em: <<https://www.ssc.wisc.edu/~wright/SOC621/offcap.pdf>>. Acesso em 19 abr. 2022.

⁶² “they impose a certain order created by the state on an area of social and economic activity”. OFFE, Claus. The Capitalist State and the Problem of Policy Formation. In: LINDBERG, Leon (Ed.). *Stress and Contradiction in Contemporary Capitalism*. D.C. Heath, 1975, p. 128. Disponível em: <<https://www.ssc.wisc.edu/~wright/SOC621/offcap.pdf>>. Acesso em 19 abr. 2022.

de atuação se fundamenta na autoridade “baseada na Constituição, em um sistema de normas legais, ou na consideração de maiorias políticas e filiações políticas” (tradução nossa)⁶³. *In casu*, o fundamento de autoridade do CADE é precisamente a legislação antitruste, bem como os princípios constitucionais de livre mercado, livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico⁶⁴.

O exercício de atividade alocativa pelo CADE decorre da necessidade de intervenção no mercado, cuja autorregulação se mostra insuficiente à manutenção do modo de produção capitalista, e cuja legitimação se tornou uma incumbência estatal. Nesse sentido, Adam Przeworsky acrescenta que:

o Estado foi entrando e, por meio do planejamento global, substituiu o mercado. A partir desse momento a lei de valor deixou de operar. O mercado perdeu a capacidade de dirigir a economia. Os recursos passaram a ser alocados por decisões administrativas [...]. Finalmente, assim como perdera sua função diretiva, o mercado perdeu sua capacidade de legitimação.⁶⁵

Como mencionado anteriormente, a captura política do mercado pelo Estado, nessa perspectiva, resulta como elemento estratégico fundamental para a sua reprodução. Isso porque, na atual fase do capitalismo, o mercado perde sua capacidade autorreprodutiva e, nessa condição, a capacidade de se autolegitimar, como ocorria no capitalismo concorrencial. Na metáfora utilizada por Offe, “é preciso que alguém, com o saber técnico necessário e que não interfira em excesso, de tempos em tempos dê corda no relógio, acerte-o, conserte-o”⁶⁶ – metáfora que é plenamente aplicável ao caso do CADE, entidade representativa do Estado capitalista, que insere o mercado dentro da moldura do direito da concorrência. Nesse sentido, o planejamento econômico promovido pela Administração se concretiza através de um processo

⁶³ “The method [...] is authority – whether the authority is based on constitution, on a system of legal norms, or on consideration of political majorities and political affiliations”. OFFE, Claus. *The Capitalist State and the Problem of Policy Formation*. In: LINDBERG, Leon (Ed.). *Stress and Contradiction in Contemporary Capitalism*. D.C. Heath, 1975, p. 128. Disponível em: <<https://www.ssc.wisc.edu/~wright/SOC621/offcap.pdf>>. Acesso em 19 abr. 2022.

⁶⁴ “Os mercados são instituições humanas que funcionam apoiadas em um conjunto de regras sociais que variam no tempo e no espaço. Assim, para o Estado cumprir sua função, como as demais instituições humanas, necessita que determinadas normas sejam preservadas, entre as quais destacamos duas: a liberdade de concorrer no mercado e a autônoma de escolha do consumidor. Para que ocorra o funcionamento adequado do mercado, é preciso que o Estado disponha de instituições de salvaguarda sólidas na área de defesa da concorrência” (MATIAS-PEREIRA, José. *Manual de defesa da concorrência: política, sistema e legislação antitruste brasileira*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 42). Nesse sentido, a principal instituição para a defesa da concorrência no Brasil é justamente o CADE.

⁶⁵ PRZEWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Tradução de Argelina C. Figueiredo e Pedro P. Z. Bastos. Rio de Janeiro: Editora Relume-Dumará, 1995, p. 96-97.

⁶⁶ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 255.

de “desmercantilização” das relações de mercado, deslocando para o Estado o ônus de legitimação que antes pertencia ao mercado⁶⁷.

Diante disso, no exercício de sua atividade alocativa, o CADE precisa garantir sua legitimação em duas frentes, tanto perante o segmento capitalista, em especial considerando os grandes grupos econômicos diretamente afetados pela atuação da autarquia – classe capitalista “dominante” –, quanto perante o segmento não capitalista, representado pela sociedade civil. Nesse sentido, pode-se afirmar que “um crescimento funcional contínuo do aparato estatal [...] implica na necessidade crescente de justificativas aclamatórias e de fundamentações legitimantes, por meio das quais as estratégias e as decisões proclamadas pelos setores correspondentes do aparato estatal tornam-se aceitáveis”⁶⁸.

No que se refere ao segmento capitalista, a legitimação do Estado se concretiza na medida em que ele desenvolve um mecanismo de seleção⁶⁹, capaz de unificar e perseguir o interesse do capital global (interesse sistêmico), mesmo que isso represente uma atuação contrária aos interesses de blocos ou grupos econômicos isolados⁷⁰. Isso só se torna possível diante da existência de “uma convergência de interesses do capital privado e do aparato estatal no que tange à expansão do processo de acumulação”⁷¹.

A dominação política *como* dominação de classe caracteriza-se, portanto, por funções de formação de vontade, de seleção e de integração, estruturadas de tal forma que permitem ao Estado, graças à sua forma de organização burocrática, sua neutralidade formal e seu acervo de informações [...] articular um interesse de classe, por assim dizer como representante da classe capitalista. Para que a dominação política possa constituir-se como dominação de classe, ela precisa justamente encontrar-se em uma situação tutelar autoritária ou de controle [...] relativamente aos interesses articulados das unidades empíricas de capital.⁷²

⁶⁷ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000, p. 172.

⁶⁸ OFFE, Claus. O dilema da tecnocracia. Tradução de Gustavo F. Bayer. *Tecnocracia e ideologia*, p. 70-84. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975, p. 74.

⁶⁹ “Mecanismos de seleção, institucionalmente arraigados, podem ser identificados analiticamente no sistema político em pelo menos quatro níveis – estrutura, ideologia, processo e repressão. Eles constituem um sistema de filtros, um anteposto ao outro, cujo resultado, ou seja, atos soberanos concretos e processos políticos, é determinado pelas operações cumulativas de seleção desse sistema”. OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 151.

⁷⁰ Ao mesmo tempo que unifica um interesse global capitalista, o Estado também realiza uma seletividade consistente em proteger o capital global de interesses anticapitalistas, ou seja, prejudiciais à reprodução do modo de produção capitalista. OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 149-150.

⁷¹ “Afim, a sobrevivência do Estado, como de toda a sociedade capitalista, depende de recursos materiais advindos da acumulação privada, através da arrecadação de impostos e outras formas de contribuição”. RODRIGUES, Cyro Mascarenhas. *Estado e seletividade de políticas públicas: uma abordagem teórica e evidências empíricas ao nível da política de extensão rural no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 1994, p. 15.

⁷² OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 145.

Ademais, as atividades seletivas exercidas pelo Estado podem ter propósito (i) de regulação, quando voltadas à unificação dos interesses capitalistas globais; ou (ii) de repressão, quando destinadas à proteção do mercado diante dos conflitos originados pela implementação desses interesses capitalistas⁷³. Diante disso, pode-se afirmar que a criação e a atuação do CADE, inseridas no âmbito das atividades estatais repressivas, se legitimam pela garantia de que a entidade de defesa da concorrência tem como principal objetivo a garantia do interesse geral de reprodução do modo de produção capitalista, ainda que, eventualmente, em detrimento de interesses capitalistas particulares imediatos⁷⁴. Nas palavras de Nicos Poulantzas:

A noção de interesse geral do “povo”, noção ideológica, encobrindo uma operação institucional do Estado capitalista, expressa um fato real: o de que esse Estado, por sua própria estrutura, dá aos interesses econômicos de certas classes dominadas garantias que podem até mesmo ser contrárias aos interesses econômicos, a curto prazo, das classes dominantes, mas compatíveis com seus interesses políticos e sua dominação hegemônica. (tradução livre)⁷⁵

Inclusive, somente mediante o reconhecimento, pela classe capitalista, de que a atuação do Estado está voltada ao interesse global do capitalismo é que se torna possível o exercício de sua autonomia relativa, um dos atributos centrais do Estado capitalista. Com efeito, o Estado, em sua relação com a produção material e com a sociedade, não é um mero instrumento de realização dos interesses de grupos específicos⁷⁶. Há uma “infinidade de interesses e exigências [...] que repercutem ao nível do aparato estatal e precisam ser atendidos, em grau maior ou menor, para que o Estado manifeste a aparência de defensor do interesse

⁷³ Como explica Maurício Dieter, “a seletividade estatal é identificada nas ações políticas de regulação dos fins capitalistas e repressão dos interesses divergentes. A primeira revela o aspecto positivo da intervenção estatal, que disciplina o desenvolvimento da atividade capitalista de acordo com os interesses capitalistas “globais”, protegendo o mercado de sua autofagia. A segunda evidencia o aspecto negativo da intervenção, como sanção ou ameaça de sanção para quem se opõe à implementação dos interesses gerais do mercado. Em síntese, *regulação e repressão*, como *atividades seletivas estatais*, garantem o caráter classista do Estado” (grifos no original). DIETER, Maurício S. O Programa de política criminal brasileiro: funções declaradas e reais – contribuições de Claus Offe para fundamentação da crítica criminológica à teoria jurídica das penas. *Revista Eletrônica do CEJUR*, a. 2, v. 1, n. 2, p. 21-47. Curitiba, ago./dez. 2007, p. 26.

⁷⁴ “Perpassa o livro de Poulantzas a idéia de que é um traço *específico* do Estado capitalista a possibilidade de o aparelho estatal atender interesses econômicos das classes dominadas para garantir os interesses políticos das classes dominantes. E Poulantzas sugere, mais especificamente, que no atendimento dos interesses econômicos das classes dominadas, o aparelho de Estado capitalista “sacrifica interesses econômicos das classes dominantes”. SAES, Décio. A questão da autonomia relativa do Estado em Poulantzas. *Crítica marxista*, v. 1, n. 7, p. 46-66. São Paulo: Editora Xamã, 1998, p. 62.

⁷⁵ “The notion of the general interest of the ‘people’, an ideological notion covering an institutional operation of the capitalist state, express a real fact: namely that this state, by its very structure, gives to the economic interests of certain dominated classes guarantees which may even be contrary to the short-term economic interests of the dominant classes, but which are compatible with their political interests and their hegemonic domination”. POULANTZAS, Nicos. *Political Power and Social Classes*. London: Verso Edition, 1978, p. 191.

⁷⁶ “Pode-se opor à tese geral de uma teoria ‘instrumentalista’ do Estado capitalista, com sólidos argumentos empíricos, e, como ainda será demonstrado, também com argumentos teóricos”. OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 145.

coletivo”⁷⁷. Diante disso, para garantir a manutenção da própria burguesia, da reprodução do modo de produção capitalista, e ainda manter sua legitimação perante os grupos da sociedade civil – evitando crises – é imperativo que o Estado tenha um certo grau de autonomia.

Como a sobrevivência do Estado requer a busca de soluções constantes às crises inerentes à articulação de suas diversas funções, a burocracia estatal assume o papel de mediação dos interesses em conflito, retirando-os do mercado para resolvê-los na instância política. Com isso, o Estado se torna “a principal arena da crise [...] e o espaço onde ela se resolve ou se agrava”⁷⁸. Nesse contexto, o direito se apresenta como uma das principais ferramentas para a mediação desses conflitos⁷⁹. Assim, não é contraditório que o Estado atue contrariamente aos interesses imediatos e mediatos de segmentos da classe capitalista, desde que preserve o interesse sistêmico de manutenção da reprodução do modo de produção capitalista. A esse respeito, afirma Poulantzas:

A correspondência entre o Estado, que assegura a coesão da formação social, ao manter as lutas que aí se desenvolvem nos limites do modo de produção e ao reproduzir suas relações sociais, e os interesses da classe ou fração hegemônica não se estabelece em termos simples de uma identificação ou redução do Estado a essa fração. O Estado não é uma entidade instrumental que existe por si mesma, não é uma coisa, mas a condensação de uma relação de forças. A correspondência em questão se estabelece em termos de organização e de representação: a classe ou fração hegemônica, além de seus interesses econômicos imediatos de momento e de curto prazo, deve assumir o interesse político geral das classes e frações que constituem o bloco no poder e, portanto, seu próprio interesse político a longo prazo. (tradução livre)⁸⁰

Em relação ao âmbito do segmento não capitalista, por sua vez, pode-se aplicar o mesmo raciocínio utilizado por Claus Offe em relação à função de ocultação exercida pelos procedimentos democráticos na sociedade civil. A esse respeito, pondera Offe que “os

⁷⁷ RODRIGUES, Cyro Mascarenhas. *Estado e seletividade de políticas públicas: uma abordagem teórica e evidências empíricas ao nível da política de extensão rural no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 1994, p. 13.

⁷⁸ CARNOY, Martin. *Estado e Teoria Política*. 4. Ed. São Paulo: Papirus, 1994, p.167.

⁷⁹ Essa concepção vai ao encontro da teoria estruturalista de Poulantzas quanto ao papel do direito de deslocar “a luta de classes da arena econômica para a política”, de modo que “o direito constitui o quadro formal de coesão para os indivíduos [...]; define o espaço político no qual esses indivíduos são reintegrados e o modo pelo qual eles são integrados. Assim, é o direito que define o processo de normalização”. CARNOY, Martin. *Estado e Teoria Política*. 4. Ed. São Paulo: Papirus, 1994, p. 152-153.

⁸⁰ “The correspondence between the state on the one hand, which ensures the social formation's cohesion by keeping the struggles that develop it within the limits of the mode of production and by reproducing its social relations, and the interests of the hegemonic class or fraction on the other hand, is not established by means of a simple identification or reduction of the state to this fraction. The state is not an instrumental entity existing for itself, it is not a thing, but the condensation of a balance of forces. The correspondence in question is established rather in terms of organization and representation: the hegemonic class or fraction, beyond its immediate economic interests which are of the moment or at least short-term, must undertake to defend the overall political interest of the classes and fractions that constitute the power bloc, and thus its own long-term political interest”. POULANTZAS, Nicos. *Classes in Contemporary Capitalism*. London: New Left Books, 1975, p. 98.

imperativos contraditórios da realização dos interesses capitalistas de classe e da legitimação democrática somente são capazes de coexistir [...] aparecendo como algo diferente do que efetivamente são”⁸¹. Em outras palavras, o funcionamento do Estado, em sua relação com o processo de acumulação, só se torna possível enquanto ele conseguir, através de seus mecanismos institucionais, passar a imagem de uma entidade que busca interesses comuns e gerais da sociedade como um todo, permitindo uma igualdade de acesso ao poder e sendo responsivo às demandas coletivas⁸².

Para que o exercício da soberania se torne funcional, mantendo a base do poder soberano intacta e preservada, é fundamental que a finalidade estatal de manutenção do modo de produção capitalista se mantenha oculta, uma vez que essa soberania precisa se declarar e se justificar enquanto poder⁸³. Diante disso, exige-se que “o aparelho estatal assuma *funções de classe sob o pretexto da neutralidade de classe* e invoque o álbi do universal para o exercício do seu poder particular” (grifos no original)⁸⁴.

A simultaneidade entre o processo de instauração e de ocultação da dominação política, para Offe, pode ser demonstrada empiricamente em três níveis. Primeiro, as duas funções do Estado – consolidação do processo de valorização e mecanismos seletivos que tornam o caráter classista invisível – devem ocorrer de maneira simultânea e convergente, de modo que o Estado possa conjugar medidas econômicas e estruturais com estratégias colaterais de produção de consenso, geralmente fundadas na ideia de soberania popular. Segundo, há uma incongruência entre as exigências funcionais da economia capitalista e os motivos para a implementação das políticas estatais – é dizer, entre os objetivos declarados e os objetivos reais

⁸¹ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 165.

⁸² OFFE, Claus. The Capitalist State and the Problem of Policy Formation. In: LINDBERG, Leon (Ed.). *Stress and Contradiction in Contemporary Capitalism*. D.C. Heath, 1975, p. 127. Disponível em: <<https://www.ssc.wisc.edu/~wright/SOC621/offcap.pdf>>. Acesso em 19 abr. 2022.

⁸³ Maurício Dieter bem sintetiza a necessidade de ocultação da dependência estrutural do Estado ao modo de produção: “Se demonstrado que as ações políticas realizam apenas os objetivos da classe capitalista, provoca-se uma permanente crise de credibilidade do sistema. Por isso a independência do Estado em relação ao mercado é um mito que deve ser perpetuado [...]. Em síntese, o objetivo da *dominação política* é a instauração e ocultamento de uma *dominação de classe*” (grifos no original). (DIETER, Maurício S. O Programa de política criminal brasileiro: funções declaradas e reais – contribuições de Claus Offe para fundamentação da crítica criminológica à teoria jurídica das penas. *Revista Eletrônica do CEJUR*, a. 2, v. 1, n. 2, p. 21-47. Curitiba, ago./dez. 2007, p. 27-28). Para Offe, “As operações de seleção e direcionamento de caráter coordenador e repressor, que constituem conteúdo de seu caráter classista, precisam ser desmentidas por uma terceira categoria de operações seletivas de caráter ocultador: as operações divergentes, isto é, as que seguem direções opostas. Somente a preservação da aparência da neutralidade da classe permite o exercício da dominação de classe” (OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 163).

⁸⁴ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 163.

do Estado –, uma vez que as razões invocadas para a sua atuação se fundam sempre em questões que reforçam o aspecto da legitimação, ao passo que a real motivação por trás dessa atuação se volta à preservação da produção capitalista. Por fim, a discrepância entre as funções reais e declaradas do Estado tende a gerar ruídos e interferências, provocando crises de legitimidade sempre que os problemas da estrutura capitalista são identificados com as questões invocadas pela política estatal, motivo pelo qual o Estado busca adotar medidas que enfraqueçam e canalizem os conflitos para o campo da política institucionalizada, especialmente através da implementação de sua função repressiva.⁸⁵

No caso do CADE, é possível identificar claramente a conjugação das funções estatais expostas acima, tanto no que se refere à manutenção do modo de produção capitalista, quanto à necessária ocultação dessa função através das ferramentas de valorização da soberania popular. De fato, extrai-se do art. 1º, da Lei nº 12.529/2011, que as atividades da autarquia voltadas à prevenção e à repressão de infrações contra a ordem econômica são orientadas “pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”. Ainda, como dispõe o parágrafo único do mesmo artigo: “A *coletividade* é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei” (grifou-se).

É dizer, além de se tratar de uma função alocativa, uma vez que a atuação do CADE sobre o mercado envolve o emprego de recursos de propriedade do Estado – e seu aparato burocrático –, fundamentados na autoridade política da autarquia, derivada da própria legislação concorrencial, as atividades da entidade de defesa da concorrência servem simultaneamente a dois propósitos: (i) o propósito repressivo, uma vez que se destina à proteção do mercado contra a ameaça de interesses capitalistas particulares, sancionando práticas prejudiciais ao interesse capitalista global de manutenção do modo de produção; e (ii) o propósito de ocultação, tanto perante o segmento capitalista, pela garantia de se estar cumprindo devidamente o primeiro propósito, através da defesa da estrutura do modo de produção capitalista, quanto perante o segmento não capitalista, através da propagação de que a autarquia atua nos limite da legislação e busca garantir a defesa dos princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e dos direitos dos consumidores, sob o véu de que sua atuação se

⁸⁵ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 166-171.

destina à coletividade, ou seja, ao bem-estar geral da sociedade civil, com fundamento na soberania popular.

Diante disso, pode-se afirmar que a criação do CADE atende às duas principais funções do Estado capitalista: de um lado, contribui para a manutenção da reprodução do modo de produção capitalista e, de outro, contribui para a legitimação política do Estado perante os segmentos capitalistas e não capitalistas da sociedade. Contudo, a função de controle que o CADE exerce sobre o mercado implica na implementação (i) de uma racionalidade alocativa sobre o campo da produtividade; e (ii) de duas funções opostas simultaneamente – manutenção da produção e legitimação. A conflitualidade decorrente do choque entre essas racionalidades e funções pode resultar na insuficiência da legitimação da autarquia perante os segmentos capitalistas e não capitalistas e, por conseguinte, na necessidade de que esse *déficit* de legitimação seja suprido.

A natureza estrutural da conflitualidade que se apresenta no âmbito da atuação do CADE praticamente esgota as possibilidades de solução para o problema da legitimação no âmbito do Poder Executivo. Diante disso, a aderência do Poder Judiciário se apresenta como uma oportunidade: sua atuação como instância revisora das decisões proferidas pela entidade de defesa da concorrência adita, complementarmente, um montante de legitimação de outra ordem, fundada na legalidade.

2.5 REVISIBILIDADE DAS DECISÕES DO CADE COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMAÇÃO

Na perspectiva de Claus Offe, nos Estados capitalistas avançados, há um problema adicional de natureza estrutural: a circularidade entre uma crescente necessidade de legitimação e o decrescente potencial de legitimação. Segundo o autor, “[o] enclausuramento tecnocrático da razão política nos departamentos das burocracias de planejamento só soluciona esse problema temporariamente, aguçando-o, porém, estruturalmente”⁸⁶.

⁸⁶ OFFE, Claus. O dilema da tecnocracia. Tradução de Gustavo F. Bayer. *Tecnocracia e ideologia*, p. 70-84. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975, p. 78. Offe afirma que, diante disso, “[a] ampliação funcional torna o aparato estatal dependente de sistemas de atitudes políticas afirmativas, já pelo fato das consequências disfuncionais da privação de legitimidade passarem a referir-se, agora, a um espaço funcional ampliado, tendo assim um maior peso como elemento de perturbação” (OFFE, Claus. O dilema da tecnocracia. Tradução de Gustavo F. Bayer. *Tecnocracia e ideologia*, p. 70-84. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975, p. 74).

Enquanto entidade de defesa da concorrência, a atuação do CADE é orientada, simultaneamente, por uma legitimação de natureza técnica e política. Isso porque, para além de se situar no Poder Executivo, a seleção dos Conselheiros do Tribunal Administrativo, órgão decisório mais importante da autarquia, se dá por nomeação do Presidente da República, após aprovação do Senado Federal (art. 6º, Lei nº 12.529/2011), o que fundamenta o aspecto político de sua legitimação. Contudo, ao mesmo tempo, a especialidade da entidade em questões econômicas e relacionadas ao direito da concorrência, bem como a formação econômica do corpo burocrático da autarquia, demonstram a natureza técnica na qual se funda a sua legitimação.

O Poder Judiciário, por sua vez, possui uma legitimação de natureza formal, de tipo racional legal, assegurada pelo princípio da legalidade⁸⁷, que fundamenta sua atuação. Assim, ao contrário dos Poderes Executivo e Legislativo, o caráter político da legitimação do Judiciário não se apresenta como predominante⁸⁸. Ainda que no Supremo Tribunal Federal a nomeação dos Ministros se dê pela Presidência da República⁸⁹, a estrutura da magistratura no Brasil é formada por juízes de carreira, aprovados em concurso público (art. 93, I, CF⁹⁰), e os próprios Ministros do STF precisam ser escolhidos “dentre cidadãos [...] de notável saber jurídico e reputação ilibada” (art. 101, CF). Ademais, a forma de ingresso na magistratura, que exige

⁸⁷ Sobre o princípio da legalidade, Luigi Ferrajoli explica que ele “assume uma nova complexidade, como princípio normativo e, ao mesmo tempo, como princípio lógico. Com base nele, onde quer que haja um poder, seja ele público ou privado, executivo, judiciário ou legislativo, estatal, extraestatal ou supra-estatal, devem existir normas primárias, não apenas formais, mas também substanciais, que regulem o seu exercício, submetendo-o aos limites e aos vínculos nos quais consistem as garantias primárias correspondentes aos direitos e aos interesses constitucionalmente estabelecidos, bem como à separação entre os poderes que impedem as confusões ou concentrações destes”. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. 1. ed. Tradução de Alexander A. de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, e-book, p. 22.

⁸⁸ Como argumenta Luigi Ferrajoli, no campo da política, as “formas e instituições representativas são geradas e legitimadas pelo exercício dos direitos políticos. Mas o fundamento axiológico e a razão social de todo o artifício jurídico e institucional se identificam com a garantia do conjunto dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos”. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. 1. ed. Tradução de Alexander A. de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, e-book, p. 10.

⁸⁹ Cabe pontuar a crítica formulada por Luiz Flávio Gomes à composição do Supremo Tribunal Federal que, segundo o autor, “dá ensejo a uma possível ingerência política nos destinos da Justiça. [...] Cuidando-se da Corte de Justiça mais importante, porque desempenha a nobre tarefa de dar a última palavra em matéria constitucional, é fundamental que na sua composição fique assegurada a pluralidade política”. FLÁVIO GOMES, *A dimensão da magistratura: no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 179.

⁹⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

conhecimentos jurídicos específicos para a aprovação nos concursos públicos dos tribunais – e “notável saber jurídico” para ingresso no STF – evidencia o segundo aspecto da legitimação do Poder Judiciário, qual seja, o de natureza técnico-jurídica⁹¹.

A legitimação de natureza formal-legal tem fundamento no princípio da legalidade. É dizer, ela “decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal [...], cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial”⁹². No mesmo sentido, afirma Luigi Ferrajoli que a fonte de legitimação da jurisdição e da sua independência consiste na aplicação da lei e na sujeição somente à lei⁹³. Isso significa que, ao que parece, o juiz está sujeito “à lei constitucionalmente válida, pois somente assim ele assume efetivamente sua função de ‘garante’ dos direitos fundamentais”. Nesse sentido, para Luiz Flávio Gomes, o principal fundamento da legitimação do Poder Judiciário é precisamente a observância estrita da Constituição e a garantia dos direitos fundamentais nela positivados⁹⁴.

Do mesmo modo, na perspectiva de Luiz Flávio Gomes, a legitimação dos atos do Poder Judiciário estaria vinculada ao princípio processual relacionado à busca da verdade, o qual, diferentemente de outros Poderes Públicos, admite apenas a legitimação de tipo racional legal, e não uma legitimação de tipo representativo ou consensual. Nesse sentido, afirma o autor:

O Poder Constituinte (soberano) concebeu duas formas de legitimação democrática: a representativa (típica dos altos cargos políticos) e a legal (inerente à função jurisdicional). A legitimação democrática legal, racional ou formal dos juízes, portanto, em nada se confunde com a legitimação democrática representativa. Aquela reside na vinculação do juiz à lei e à Constituição, que são elaboradas pelo Poder Político. [...] Sendo a jurisdição uma atividade cognoscitiva e não puramente decisionista, uma atividade cuja validade ou legitimidade de seus atos está vinculada

⁹¹ A identificação do tipo de legitimação pela nomeação e composição do órgão, ainda que seja meramente indicativa, parece ser suficiente para o presente trabalho. Isso porque, outros critérios de classificação ensejariam análise cuja dimensão e profundidade poderiam representar uma extrapolação dos limites desta dissertação.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium*: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, v. 5, n. 8. Fortaleza, jan./dez. 2009, p. 11. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 24 abr. 2022.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. 1. ed. Tradução de Alexander A. de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, e-book, p. 53. Ademais, o autor ressalta que há dois aspectos da legitimação: de um lado, a legitimação formal se refere à observância do princípio da estrita legalidade; de outro, a legitimação substancial consiste na tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos pelo Poder Judiciário.

⁹⁴ FLÁVIO GOMES, *A dimensão da magistratura*: no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 117.

com o princípio e com a busca da verdade (processual), devemos concluir que ela [...] [exige] só uma legitimação de tipo racional e legal.⁹⁵

As garantias asseguradas pela Constituição aos juízes reforçam o que se convencionou denominar de independência e imparcialidade da magistratura. A vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios (art. 95, CF) aparentam garantir aos magistrados uma certa imunidade a pressões geradas por interesses externos. Ainda, a proibição constitucional de politização partidária do juiz (art. 95, parágrafo único, III, CF), além de, aparentemente, resguardar a dita independência da atuação jurisdicional, parece reforçar a existência de uma legitimação de tipo legal, racional ou formal, que difere de uma legitimação política ou, como define Luiz Flávio Gomes, democrática representativa. Com isso, busca-se assegurar que, no exercício de sua função, o juiz utilize apenas critérios emanados do ordenamento jurídico para a solução dos conflitos, de modo que se busca evitar a politização ideológica do juiz e revestir sua atuação de uma maior objetividade⁹⁶. Portanto, como explica Luiz Flávio Gomes, a autonomia institucional do Poder Judiciário destina-se a proteger a atuação dos magistrados de ingerências e pressões externas provenientes do que ele chama de “poderes fáticos”, entre os quais se incluem os exercidos por fortes agentes econômicos⁹⁷.

Ademais, o dever de publicidade e fundamentação das decisões judiciais, também por previsão constitucional (art. 93, IX⁹⁸), parece revestir a atuação do Poder Judiciário de maior legalidade, e busca assegurar uma maior observância às garantias e aos direitos fundamentais. Nesse sentido, como afirma Luís Roberto Barroso, o “dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação”⁹⁹. Portanto, as próprias características do procedimento

⁹⁵ FLÁVIO GOMES, *A dimensão da magistratura: no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 120-121.

⁹⁶ “Não queremos dizer que o juiz não tenha suas convicções, suas crenças e sua visão própria do mundo. Cada um tem suas preferências ideológicas, políticas, filosóficas etc., porém, para se alcançar um alto nível de objetividade na função jurisdicional, o que constitui uma garantia para todos, devemos reconhecer que as convicções ou critérios pessoais do juiz só são válidos para a solução dos conflitos à medida que estejam de acordo com as normas, princípios e valores do ordenamento jurídico”. PISKE, Oriana. A função social da magistratura na contemporaneidade. *Revista do TRF1*, v. 26 n. 5/6. Brasília, maio/junho 2014, p. 16.

⁹⁷ FLÁVIO GOMES, *A dimensão da magistratura: no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 80.

⁹⁸ Art. 93. IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, v. 5, n. 8. Fortaleza, jan./dez. 2009, p. 29. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 24 abr. 2022.

judicial, com as garantias processuais e constitucionais às partes envolvidas no processo – as quais são de maior conhecimento geral do que, por exemplo, as regras dos procedimentos administrativos internos ao CADE – parecem atribuir às decisões do Poder Judiciário uma legitimação tipicamente formal¹⁰⁰.

É digno de nota que diversos autores discorrem a respeito de uma crise de legitimação do próprio Poder Judiciário¹⁰¹, mas a análise desses argumentos ultrapassaria os limites deste trabalho. A despeito da eventual existência de crises internas ao Poder Judiciário, o que se mostra relevante para o presente trabalho é o acréscimo de legitimação fornecido pela revisibilidade judicial das decisões do CADE, que garante um fundamento adicional de sustentação para a atuação da entidade de defesa da concorrência¹⁰².

Isso porque, como visto, a legitimação de natureza técnica-política do CADE pode se mostrar insuficiente para justificar a atuação do Estado. Diante disso, agregar à sua atuação o controle exercido por um Poder ao qual a lei e a doutrina atribuem todas as garantias e atributos expostos anteriormente reforça a legitimação da entidade de defesa da concorrência por uma legitimidade de tipo diverso, com fundamento na legalidade¹⁰³. Diante disso, a recepção, no âmbito do CADE, de um outro componente de legitimação, proveniente do Poder Judiciário, aparenta ser benéfica à atuação da autarquia. Luigi Ferrajoli parece confirmar esse entendimento:

¹⁰⁰ Essa perspectiva se relaciona ao conceito de “legitimidade pelo procedimento” proposto por Niklas Luhmann, segundo o qual “a legitimação do direito reside na possibilidade de que os seus procedimentos garantam as decisões normativas”. Para o autor, “a função legitimadora do procedimento [...] reside [...] em proteger a decisão final contra decepções inevitáveis. É [...] o que ocorre nos tribunais, em que todos cumprem normas, regras, leis, obedecem a determinados rituais, enfim procuram tomar decisões, as quais pressupõem uma disposição para a sua aceitação, qualquer que seja o seu conteúdo, desde que decorram de um procedimento conhecido”. NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; TRIGUEIRO, Michelângelo. Legitimação em Habermas, Luhmann e Offe. *Sociedade e Estado*, v. 2, p. 239-260. Brasília, jul./dez. 1990, p. 246.

¹⁰¹ A esse respeito, ver: BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, v. 2, n. 21. Rio de Janeiro, jan./jun. 2012; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. Alguns contrapontos a essa crise de legitimação e ao perigo de uma suposta “ditadura judicial” são feitos em FLÁVIO GOMES, *A dimensão da magistratura: no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 64-66 e 119-125.

¹⁰² “Em múltiplas hipóteses, não poderá o intérprete fundar-se em elementos de pura razão e objetividade, como é a ambição do direito. Nem por isso, recairá na discricionariedade e na subjetividade, presentes nas decisões políticas. Entre os dois extremos, existe um espaço em que a vontade é exercida dentro de parâmetros de razoabilidade e de legitimidade, que podem ser controlados pela comunidade jurídica e pela sociedade”. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, v. 2, n. 21. Rio de Janeiro, jan./jun. 2012, p. 3.

¹⁰³ “Com efeito, a essência da legitimação democrática da atividade judicial e de sua independência está na sujeição do juiz à Constituição e no seu papel de garante dos direitos fundamentais”. PISKE, Oriana. A função social da magistratura na contemporaneidade. *Revista do TRF1*, v. 26 n. 5/6. Brasília, maio/junho 2014, p. 15.

A forma representativa dos órgãos legislativos e de governo, apesar de ser uma condição necessária da sua legitimação política e da dimensão formal da democracia, não é suficiente para garantir a bondade das decisões políticas, tampouco a sua correspondência com a (suposta) vontade popular. Acrescente-se que a representatividade política das instituições eletivas sofre, hoje, com a profunda crise que será ilustrada [...]: em razão do desaparecimento do embasamento social dos partidos, pelo descrédito destes junto à opinião pública, pela crescente personalização e verticalização dos sistemas políticos, pela tendência destes a se sujeitarem aos poderes econômicos e financeiros [...]. Justamente por isso é essencial a dimensão substancial inserida na democracia política pelo paradigma constitucional [...] como sistema de limites e vínculos substanciais – o princípio da igualdade, a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais – às decisões de qualquer maioria.¹⁰⁴

Portanto, a possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário dos atos administrativos proferidos pelo CADE reforça o grau de legitimação da entidade de defesa da concorrência, podendo, inclusive, reduzir o *déficit* resultante do conflito entre as diferentes racionalidades e funções exercidas no âmbito da autarquia. Isso porque, como visto, a garantia da revisibilidade contribui para que o CADE esteja legitimado não apenas política e tecnicamente (em decorrência da legitimação específica do Poder Executivo e da especialização técnica da entidade), mas também pela legitimação técnica-jurídica que é típica do Poder Judiciário, repita-se, fundada na legalidade.

Ademais, o CADE se encontra vinculado ao Poder Executivo e, consequentemente, vocaliza interesses do próprio Executivo. A garantia da revisibilidade agrega a força do Poder Judiciário às decisões proferidas pela entidade de defesa da concorrência, de modo que a atuação da autarquia passa a ser legitimada não por um, mas por dois Poderes: Executivo e Judiciário. Assim, mesmo por esse raciocínio simplista, o controle judicial das decisões do CADE confere uma maior sustentação às decisões proferidas pela autarquia, conferindo-lhe maior legitimação. Nesse sentido, cabe ressaltar um trecho da obra de Luís Roberto Barroso: “A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, [...] dá-se a favor e não contra a democracia”¹⁰⁵.

Portanto, ao contrário do que possa parecer – e contrariando o postulado pelos defensores de uma revisão limitada das decisões do CADE, os quais afirmam que o controle

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. 1. ed. Tradução de Alexander A. de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, e-book, p. 16.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, v. 5, n. 8. Fortaleza, jan./dez. 2009, p. 15. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 24 abr. 2022.

judicial seria prejudicial ao “prestígio” da autarquia¹⁰⁶, à eficácia de sua atividade repressiva¹⁰⁷, à integridade de suas decisões¹⁰⁸ ou, ainda, à “coerência e dinâmica regulatória administrativa”¹⁰⁹ – a revisibilidade das decisões do CADE pelo Poder Judiciário parece atuar em favor da própria entidade de defesa da concorrência, conferindo-lhe um *plus* de legitimação¹¹⁰ fundado, como visto, na legalidade, capaz de contribuir com o *déficit* decorrente de suas contradições estruturais internas.

3 AS DECISÕES PROFERIDAS PELO CADE

O objetivo deste segundo capítulo é descrever a atuação do CADE em seus aspectos histórico, estrutural e funcional. Para isso, o capítulo foi dividido em quatro partes.

A primeira delas se dedicará à realização de uma breve retrospectiva histórica a respeito do caminho percorrido pelo direito da concorrência no Brasil, buscando compreender o contexto em que o CADE surgiu no país, enquanto órgão¹¹¹ de defesa da concorrência, e os

¹⁰⁶ SANTOS, Humberto. Deferência judicial às decisões do CADE e o equilíbrio entre os poderes constituídos. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 9, n. 2, p. 75-94. Brasília, 2021, p. 90.

¹⁰⁷ FERNANDES, Paula Kovalski. *A eficácia repressiva do CADE e o Poder Judiciário: O controle jurisdicional dos processos administrativos – uma abordagem prática*. (TCC, Graduação em Direito). 141 p. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2015, p. 80.

¹⁰⁸ Posicionamento de Isabel Vaz, que defende um modelo de jurisdição contida. BURG, Amanda K.; GONÇALVES, Everton; STELZER, Joana. A revisão judicial das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 1, p. 217-243, jan./abr. 2019, p. 231.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955–DF. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019.

¹¹⁰ É importante destacar o argumento de Nancy Fraser, segundo o qual não existe qualquer crise de legitimação no capitalismo financeirizado (ou neoliberal). Isso porque, na época do capitalismo monopolista, “o problema era arregimentar uma legitimação suficiente (e suficientemente *apassivada*) para o uso ampliado da capacidade estatal de assegurar as condições para a acumulação continuada e a apropriação privada do excedente social”. Contudo, hoje o problema passou a ser o próprio Poder Público como tal, uma vez que o Estado vem sendo deslegitimado pelo capitalismo financeirizado, e “a lógica sistêmica da economia capitalista perfura profundamente a substância do político, consumindo o poder público a partir de dentro”. Diante disso, e pelo esvaziamento da política pela economia, a anterior crise de legitimação deixa de se situar no âmbito do Estado e transforma-se em uma crise geral do capitalismo, que “expressa contradições sistêmicas profundamente arraigadas, embutidas na estrutura institucional do capitalismo financeirizado”. FRASER, Nancy. Crise de legitimação? Sobre as contradições políticas do capitalismo financeirizado. *Cadernos de Filosofia Alemã*, v. 23, n. 2, pp.153-188. São Paulo, 2018, p. 185-186.

¹¹¹ Apesar de se reconhecer que a terminologia mais correta para se referir ao CADE seria “entidade” de defesa da concorrência – nomenclatura utilizada no capítulo anterior –, por se tratar de uma autarquia independente com autonomia administrativa e financeira, ao longo do restante do trabalho utilizar-se-á a expressão “órgão” de defesa da concorrência, terminologia utilizada inclusive em cartilhas da própria autarquia (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cartilha do CADE*. Brasília: maio de 2016, p. 7. Disponível em <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2022).

diversos atos normativos que buscaram disciplinar sua atuação até a edição da Lei nº 12.529/2011, atualmente em vigor.

Na segunda parte será analisada a estrutura interna do CADE, conforme estabelecida pela Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), descrevendo-se a composição e as principais características dos seus órgãos – especialmente da Superintendência-Geral e do Tribunal Administrativo, responsáveis pelas principais decisões proferidas pelo CADE.

Uma vez estabelecida sua estrutura, a terceira parte do capítulo será destinada à análise das atividades exercidas pelo órgão de defesa da concorrência, especialmente no que se refere ao controle de estruturas (atividade preventiva) e ao controle de condutas (atividade repressiva), que representam as principais formas de atuação da autarquia em sua função de controle do mercado.

A quarta parte estudará a classificação dos atos administrativos em vinculados e discricionários, com o objetivo de diferenciá-los especialmente em relação à possibilidade e os limites do controle exercido pelo Poder Judiciário. Com isso, na quinta e última parte buscar-se-á compreender a natureza jurídica dos atos administrativos praticados pelo CADE, com vistas a classificá-los nas categorias do direito administrativo expostas na parte anterior e, assim, verificar a possibilidade de controle jurisdicional sobre as atividades exercidas pelo órgão de defesa da concorrência.

3.1 O SURGIMENTO DO CADE NO BRASIL

Como ensina Paula Forgioni, há pouco a ser estudado em termos de direito da concorrência no Brasil antes da Constituição de 1930¹¹². De fato, na época do Brasil colonial a imposição da soberania portuguesa sobre a colônia para efeitos fiscais não permitia a existência de “qualquer concorrência significativa estabelecida entre os agentes econômicos”¹¹³. Diante disso, mesmo após o Alvará de 1º de abril de 1808 – que promoveu a abertura dos portos brasileiros às nações amigas e buscou fomentar a indústria nacional –, a atuação econômica do país ainda ocorria sob a vigia dos colonizadores.

¹¹² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 88-89.

¹¹³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 89.

As primeiras regras voltadas à defesa da concorrência no Brasil surgiram na década de 1930, época em que se intensificava o processo de industrialização no país. Ainda que tardio, esse processo se assemelhou ao dos países já industrializados, em que o cenário após a Segunda Revolução Industrial – e suas diversas inovações tecnológicas – favoreceu a concentração de capitais, a criação de economias de escala e diversos arranjos entre grandes empresas¹¹⁴.

Essa intensificação da industrialização, no Brasil, levou à discussão acerca da criação de normas de defesa da concorrência, com o intuito principal de proteger os pequenos comerciantes e os consumidores.

Nesse contexto, a Constituição Brasileira de 1934 representou a primeira vez em que a liberdade econômica foi elevada a nível constitucional – embora ainda de maneira limitada, conforme se extrai do seu art. 115: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”. De fato, desde essa primeira aparição da liberdade econômica no ordenamento jurídico brasileiro, ela teve seu exercício limitado, uma vez que acompanhada da faculdade do Estado de intervir na economia¹¹⁵:

Na década de 1930, houve um *aumento quantitativo* (que acabou por gerar um *incremento qualitativo*) dessa intervenção: em virtude da crise que se apresentava, tornou-se necessário não apenas contorná-la, mas também conduzir o próprio sistema, justamente para evitar o advento de novas crises.

Em 1934, a livre iniciativa não é vista em seu sentido tradicional e a concorrência não deveria ser encarada como direito ilimitado dos agentes econômicos. Entretanto, não houve, sob a égide dessa Constituição, a promulgação de qualquer lei que regulamentasse o processo competitivo, sob uma ótica antitruste.¹¹⁶

A Constituição de 1937, por sua vez, legitimava a intervenção do Estado no domínio econômico apenas quando necessária para “suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo

¹¹⁴ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial*: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 20-21.

¹¹⁵ É o que se extrai dos artigos seguintes da Carta Magna de 1934: “Art. 116. Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.” e “Art. 117. A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.”.

¹¹⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 100.

Estado” (art. 135). Nesses limites, a intervenção poderia ocorrer na forma de controle, estímulo, ou atuação direta do Estado na economia.

O primeiro ato normativo criado com o objetivo de funcionar como uma verdadeira legislação antitruste foi o Decreto-Lei nº 869/1938, que tinha como base o art. 141 da Constituição de 1937¹¹⁷, ou seja, a proteção da economia popular. Por esse motivo, afirma-se que, ao contrário dos países mais tradicionais em matéria concorrencial, como os Estados Unidos, por exemplo, o antitruste não surgiu no Brasil “como fator de ligação entre o liberalismo econômico e (a manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor”¹¹⁸.

Ademais, o Decreto de 1938 inaugurou diversos dispositivos que ainda permeiam a legislação concorrencial até os dias hoje, além de tipificar pela primeira vez diversas condutas anticoncorrenciais, como preços predatórios, fixação de preços e exclusividade (art. 2º do referido diploma), tratados à época como crimes contra a economia popular.

Sete anos depois, em 1945, foi aprovado o Decreto-Lei nº 7.666, apelidado de “Lei Malaia”, em homenagem ao seu autor Agamemnon Magalhães, Ministro do então Presidente Getúlio Vargas, conhecido como pioneiro do antitruste no Brasil¹¹⁹.

Com um caráter nitidamente nacionalista e protecionista, o diploma representou um avanço na sistematização da matéria concorrencial, e, ao contrário do Decreto-Lei nº 869/1938, tinha um caráter administrativo, não penal. De fato, as condutas nele elencadas não eram mais tratados como crimes, e sim como “atos contrários ao interesse da economia nacional” (art. 1º, Decreto-Lei nº 7.666/1945).

Para dar cumprimento ao disposto no referido Decreto-Lei, foi criada a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (C.A.D.E), “órgão autônomo, com personalidade jurídica própria, diretamente subordinado ao Presidente da República” (art. 19, Decreto-Lei

¹¹⁷ “Art 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.”.

¹¹⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 102.

¹¹⁹ Como explica Paula Forgioni, “a atuação de Agamemnon Magalhães [...] se voltava, quase que precipuamente, contra o poder econômico que derivava do capital estrangeiro, apto a colocar em xeque a soberania e a estabilidade nacionais. [...] Essa postura protecionista vinha alinhada, como sabemos, a discurso que propugnava a necessidade da atuação do Estado para garantir a liberdade de concorrência entre os agentes econômicos. Em meio a tudo isso, passa a linha de evolução do direito antitruste brasileiro”. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 105-106.

nº 7.666/1945). A comissão, ligada ao Poder Executivo, tinha poderes para intervir nas empresas que praticassem os atos classificados como contrários à economia nacional (art. 3º, Decreto-Lei nº 7.666/1945), e para autorizar – ou não – previamente as fusões, incorporações, transformações e dissoluções (art. 8º, Decreto-Lei nº 7.666/1945), bem como qualquer forma de acordo ou ajuste entre empresas capaz de gerar impacto no ambiente econômico (art. 8º, Decreto-Lei nº 7.666/1945).

A despeito de seus dispositivos inovadores, a vigência da denominada Lei Malaia foi curta, tendo sido revogada em novembro de 1945 (após a queda de Getúlio Vargas) pelo Decreto-Lei nº 8.167/1945, assinado pelo então Presidente provisório José Linhares.

Foi somente na Constituição de 1946 que o princípio de repressão ao abuso do poder econômico foi inserido de forma expressa no texto constitucional, em seu art. 148: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

Como se depreende da leitura do referido dispositivo, optou-se por reprimir os atos abusivos pela sua finalidade, diferentemente da antiga Lei Malaia, que condenava os atos contrários à economia nacional pelos seus efeitos (art. 1º, I, Decreto-Lei nº 7.666/1945¹²⁰). Contudo, a regulamentação desse dispositivo por um diploma legal específico não ocorreu até 1962¹²¹, quando “se aprovou, após longo processo legislativo, a primeira norma antitruste minimamente efetiva no Brasil”¹²².

¹²⁰ “Art. 1º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional: I – os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito: a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos; b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas; c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional”. A condenação dos atos pelos efeitos tem um enfoque na consequência prática que a conduta gera no mercado, ao passo que a repressão dos atos pela sua finalidade se preocupa em analisar o objetivo da conduta, independente se produziu ou não os efeitos que pretendia.

¹²¹ “As discussões no Congresso Nacional se prolongaram por 14 anos, iniciando-se com a apresentação do Projeto de Lei 122, em 1948, pelo então deputado Agamenon Magalhães, o mesmo idealizador da Lei Malaia. Os discursos políticos da época sobre o PL 122/48 revelam a inspiração da proposta na legislação antitruste norte-americana – a Lei Sherman, de 1890 – que visava a combater a concentração econômica e a restrição da livre concorrência. Para Agamenon Magalhães, o Brasil sofria o abuso do poder econômico por parte de grandes cartéis e trustes internacionais, que prejudicavam os produtores nacionais em diversos mercados”. CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert (Orgs.). *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013, p. 40.

¹²² PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 22.

Em 10 de setembro de 1962, a Lei nº 4.137, em seu artigo 8º, criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), “com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico”.

Segundo a nova lei, o controle exercido pelo CADE ocorreria tanto *a posteriori*, com a instauração de processos administrativos para averiguar e julgar os atos considerados como abuso de poder econômico (art. 26, Lei nº 4.137/1962), quanto *a priori*, mediante o exame e a aprovação dos “ajustes, acordos ou convenções [...] que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas” (art. 74, Lei nº 4.137/1962). Ainda, à semelhança da antiga Lei Malaia, o CADE tinha poderes para requerer a intervenção nas empresas que descumprissem suas determinações, mediante execução judicial da decisão por ele proferida (art. 47, Lei nº 4.137/1962).

Em 1969, a Emenda Constitucional nº 1 elencou como princípio da ordem econômica e social a “repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 160, V). Esse dispositivo, aliado à tipificação dos atos considerados como abuso do poder econômico, elencados pelo art. 2º da Lei nº 4.137/1962, acirrou uma problemática quanto à taxatividade das condutas listadas no referido artigo, bem como quanto à amplitude dos termos utilizados na legislação, que poderia permitir diversas interpretações do órgão de defesa da concorrência, a depender da política econômica vigente¹²³.

A eficácia da Lei nº 4.137/1962 foi limitada, em grande medida pela coincidência do seu período de vigência com os governos militares, período em que interessava mais ao Estado intervir e atuar diretamente na economia, favorecendo a criação de grandes conglomerados nacionais, ao invés de priorizar a efetiva implementação da legislação concorrencial¹²⁴. Aliado a esse fator, contribuiu para o problema da eficácia o fato de que a grande maioria dos processos administrativos da época eram contestados posteriormente no Judiciário, e muitas decisões proferidas pelo CADE acabaram por ser suspensas judicialmente, após a interposição de recursos e mandados de segurança pelas empresas prejudicadas¹²⁵.

¹²³ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 118-123.

¹²⁴ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 22-23.

¹²⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 120.

Como ensina Vinícius Marques de Carvalho, a Lei nº 4.137/1962 não foi suficiente para impedir que o desenvolvimento econômico no Brasil fosse pautado pelas seguintes características:

- (i) elevada concentração econômica e produção voltada para o exterior; (ii) dependência estrutural da economia em relação ao poder econômico; (iii) industrialização baseada no incentivo à grande empresa brasileira de capital nacional ou estrangeiro; (iv) surgimento do mercado interno apenas com a urbanização e industrialização; e (v) preponderância de estratégias de atuação concertada entre Estado e setor empresarial.¹²⁶

Segundo o autor, o intervencionismo estatal no âmbito econômico compunha “um padrão de desenvolvimento capitalista cujos constrangimentos mais importantes eram o caráter incipiente do setor privado nacional e os laços de dependência estrutural em relação ao centro capitalista mundial”, constituindo “um elemento indissociável do conjunto de fatores que define o quadro histórico-estrutural específico no qual se dá o processo de desenvolvimento da sociedade nacional”¹²⁷.

O cenário começou a mudar no início da década de 1990, com os processos de redemocratização e liberalização da economia, que estimularam, de um lado, a abertura do mercado nacional e, de outro, o aperfeiçoamento da legislação antitruste para corrigir eventuais problemas advindos da autorregulação da economia, dando ao Estado uma ferramenta para coibir abusos praticados pelos agentes de mercado¹²⁸. Com isso, o “discurso da retirada do Estado dá espaço para o surgimento da defesa da concorrência como fonte de intervenção estatal”¹²⁹.

A pressão pela liberalização econômica impôs ao Estado a necessidade de se tornar mais eficiente, de modo que, para se legitimar no novo contexto social, ele se viu obrigado a

¹²⁶ CARVALHO, Vinícius Marques de. Aspectos históricos da defesa da concorrência. In: CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada* – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 19-20.

¹²⁷ CARVALHO, Vinícius Marques de. Aspectos históricos da defesa da concorrência. In: CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada* – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 20.

¹²⁸ CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert (Orgs.). *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013, p. 51-55. O trabalho elaborado pelo CADE também ressalta a importância da luta contra a inflação na evolução da defesa da concorrência no país: “O diagnóstico dos economistas era que a inflação no Brasil nos anos 1980 e 1990 alimentava-se de duas fontes: memória inflacionária, que levava os empresários a remarcarem preços no presente com base na inflação do passado, e demanda reprimida, já que, com a economia fechada por tantos anos, a produção nacional não conseguia oferecer bens e serviços em quantidades suficientes para atender quem queria consumir. Com a inflação controlada, nos anos 1990, a consolidação no Brasil da cultura da concorrência pode ser vista como fundamental”.

¹²⁹ CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada* – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

privatizar empresas públicas e a criar diversas agências reguladoras, descentralizando e especializando seus órgãos de controle – entre eles o CADE, cuja função de defesa da concorrência pretende garantir a competição entre os agentes do livre mercado.

Nesse contexto, foram aprovadas duas legislações que refletem o esforço legislativo de aprimorar as regras de defesa da concorrência: (i) a Lei nº 8.137/1990, que definiu os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, impondo sanções criminais para diversas condutas também elencadas pela legislação antitruste (art. 4º); e (ii) a Lei nº 8.158/1991, que modificou dispositivos da Lei nº 4.137/1962 e criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, órgão vinculado ao Ministério da Justiça que passou a ter uma atuação conjunta ao CADE, especialmente com a função de investigar as condutas dos agentes econômicos e propor as medidas para reprimir as condutas tipificadas pela legislação antitruste (art. 1º) – os processos instruídos pela SNDE eram posteriormente julgados pelo CADE (art. 8º), com o suporte pessoal e administrativo da Secretaria (art. 14).¹³⁰

Nesse mesmo contexto, a promulgação da Constituição de 1988 elevou a nível constitucional princípios centrais para a ordem econômica, de modo que “garantir a livre concorrência deixa de ser um fim em si, mas um meio para se obter resultados benéficos que a ela se associam, e que são fundamentados por princípios constitucionais” expressamente mencionados no seu art. 170:

Art. 170. 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, observados os seguintes princípios:

[...]

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹³⁰ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 23.

A livre iniciativa, inclusive, inserida no parágrafo único do art. 170, foi listada como fundamento da República Federativa do Brasil, por previsão expressa do art. 1º, IV, Constituição Federal¹³¹.

Por fim, o art. 173, § 4º, Constituição Federal, acrescentou ao rol de princípios a repressão ao abuso do poder econômico, fundamento central para a atuação repressiva do órgão de defesa da concorrência: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Esses princípios constitucionais foram inseridos na Lei nº 8.884/1994 – e, posteriormente, na Lei nº 12.529/2011 –, que, nos termos do seu art. 1º, “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.¹³²

A Lei nº 8.884/1994, aprovada no mesmo ano de implantação do Plano Real¹³³, transformou o CADE em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça (art. 3º), e criou o que se denominou Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, formado pelo CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE (art. 13) e pela Secretaria de Direito Econômico – SDE (art. 38).

Entre os avanços dessa legislação, listados pela doutrina – como a consolidação do controle, pelo CADE, dos cartéis e dos atos de concentração empresariais –, destaca-se o “aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE”, resultantes, principalmente, da especialização do corpo técnico do órgão:

a análise das decisões do CADE demonstra que, não obstante os equívocos e exageros naturais para uma agência que vem se consolidando, elevou-se a qualidade das análises empreendidas. O nível das investigações conduzidas também melhorou. A presença do CADE junto aos tribunais foi incisiva e responsável, com o aumento da

¹³¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

¹³² “Desse modo, vale dizer, na atividade dinâmica da aplicação normativa, a tônica do significado (interpretante) decorre, em primeiro plano, da resultante da interação entre referidos ditames”. GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. *Direito Antitruste*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

¹³³ “O processo de liberalização econômica brasileiro foi iniciado em 1990, quando o Presidente da República promoveu uma série de reformas, incluindo a privatização, a liberalização de preços e a desregulamentação. Em 1994, em reação a um período de hiperinflação, foi adotado o Plano Real. Seus principais componentes foram a introdução de uma nova moeda, que à época estava atrelada ao dólar, (o que não ocorre desde 1999, quando foi permitida a flutuação da moeda) e de políticas fiscais e de crédito rígidas. Como parte das reformas de 1994, uma nova Lei de Defesa da Concorrência foi promulgada, a Lei nº 8.884/94”. OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico; BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares* - 2010. Paris: OCDE, 2010, p. 10.

qualidade do corpo técnico dedicado à defesa das posições da Autarquia. Em resposta, o Judiciário passou a dedicar mais respeito às decisões do CADE.¹³⁴

De fato, uma *peer review* realizada pela OCDE no Fórum Global da Concorrência em 2010 apontou que, de 2005 a 2008, o percentual de decisões judiciais favoráveis ao CADE subiu de 57% para 84%¹³⁵. O relatório publicado destacou, ainda, que “as partes em casos do SBDC regularmente recorrem aos tribunais [...] com fundamento no devido processo legal e em dispositivos constitucionais”¹³⁶.

De todo modo, alguns problemas na aplicação da Lei nº 8.884/1994 – como a ineficiência da atuação conjunta da SEAE e da SDE, e o controle de concentrações *a posteriori* realizado pelo CADE – culminaram na elaboração do Projeto de Lei nº 5.877/2005, que, após longa tramitação no Poder Legislativo, foi aprovado e sancionado, dando origem à Lei nº 12.529/2011, a atual Lei de Defesa da Concorrência.

3.2 A ESTRUTURA INTERNA DO CADE ESTABELECIDADA PELA LEI Nº 12.529/2011

A Lei nº 12.529/2011 reformulou o SBDC, que agora é formado por apenas dois órgãos: (i) o CADE, “entidade judicante”¹³⁷ vinculada ao Ministério da Justiça, com jurisdição em todo o território nacional (art. 4º, Lei nº 12/529/2011); e (ii) a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda (art. 3º, Lei nº 12/529/2011).

As funções atribuídas à SEAE no âmbito de defesa da concorrência são bastante restritas, limitando-se à chamada “advocacia da concorrência”, que corresponde à promoção do

¹³⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 126.

¹³⁵ OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico; BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares* - 2010. Paris: OCDE, 2010, p. 60.

¹³⁶ OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico; BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares* - 2010. Paris: OCDE, 2010, p. 62.

¹³⁷ O sentido de “entidade judicante” se refere à competência do CADE para “investigar casos e proferir decisões em situações concretas para a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência em seus diversos aspectos. Não se trata, é claro, de uma jurisdição judicial (cujo exercício é exclusivo do Poder Judiciário), mas uma jurisdição administrativa, que decide em última instância dentro do escopo do Poder Executivo e cuja decisão só poderá ser desafiada nos tribunais”. No original: “[CADE] is competent to hear cases and make decisions in concrete situations as to the enforcement of the Antitrust Law in its various aspects. It is not, of course, a judicial jurisdiction (which is solely for the Judiciary Branch to exercise), but an administrative jurisdiction, which ultimately decides within the scope of the Executive Branch and whose decisions may only be challenged in court” (tradução livre). CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. Judicial Review of CADE’s Decisions, In: VILLELA, Mariana et al. *Overview of competition law in Brazil*, p. 371-393. São Paulo: IBRAC, Editora Singular, 2015, p. 377.

direito da concorrência perante a sociedade e os órgãos estatais, principalmente através da elaboração de pareceres, opiniões e estudos sobre a matéria (art. 19, Lei nº 12.529/2011).

Com suas atribuições definidas tanto pela Lei nº 12.529/2011, quanto pelo seu Regimento Interno (RiCade), o CADE, por sua vez, tem uma estrutura organizacional composta por três órgãos: Tribunal Administrativo, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos (art. 5º, Lei nº 12.529/2011).

A Superintendência-Geral é formada por um Superintendente-Geral, nomeado pelo Presidente da República entre cidadãos com “notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada” (art. 12, § 1º, Lei nº 12.529/2011), e dois Superintendentes-Adjuntos, indicados pelo Superintendente-Geral (art. 12, § 7º, Lei nº 12.529/2011). Sua função concentra as atividades antes distribuídas entre a SEAE e SDE, referentes à investigação e instrução dos atos que são apreciados pelo Tribunal Administrativo – tanto em relação às condutas anticoncorrenciais, quanto aos atos de concentração econômica.

Compete à Superintendência-Geral, principalmente, a apuração e investigação de condutas consideradas como infrações à ordem econômica, bem como a instauração e instrução dos processos administrativos para a imposição de sanções administrativas por condutas anticompetitivas e apuração de atos de concentração (art. 13, III a V, Lei nº 12.529/2011). Ainda, ela é responsável pela proposição de Termos de Compromisso de Cessação de Práticas (TCCs) por infração à ordem econômica e pela sugestão de condições para celebração de Acordos em Controle de Concentrações (ACCs), ambos submetidos à apreciação do Tribunal Administrativo (art. 13, IX e X). No interesse da instrução processual, a Superintendência-Geral possui diversos poderes, tais como (art. 13, VI):

a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas [...];

[...] c) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos;

d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica [...];

e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal;

f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação [...];

Por sua vez, o Departamento de Estudos Econômicos é dirigido por um Economista-Chefe e tem a incumbência de elaborar estudos e pareceres econômicos, “zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão” (art. 17, Lei nº 12.529/2011). Ainda, o Economista-Chefe pode participar das reuniões do Tribunal e usar da palavra, mas sem direito a voto (art. 18, § 1º, Lei nº 12.529/2011).

Já o Tribunal Administrativo é o órgão judicante que concentra as principais funções no âmbito do CADE. Conforme dispõe o art. 9º, Lei nº 12.529/2011, compete ao órgão, entre outras funções: (i) realizar o julgamento das condutas consideradas infrações à ordem econômica, aplicando as penalidades previstas em lei (inciso II); (ii) apreciar os atos de concentração econômica, com sua consequente aprovação, rejeição ou aprovação com restrições (inciso X); (iii) aprovar os termos de compromisso de cessação de prática anticoncorrencial e os acordos em controle de concentração (inciso V); (iv) apreciar, em grau de recurso, eventuais medidas preventivas adotadas pela Superintendência-Geral e pelo Conselheiro-Relator (inciso VI), ou concedê-las diretamente (inciso IV); (v) elaborar e aprovar o regimento interno da autarquia (inciso XV), bem como propor a estrutura do quadro de pessoal (inciso XVI) e elaborar proposta orçamentária (inciso XVII); e (vi) responder a consultas sobre práticas em andamento (art. 9º, § 4º).

Ainda, as decisões do Tribunal Administrativo são tomadas por maioria dos seus membros (art. 9º, § 1º, Lei nº 12.529/2011), e “não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições” (art. 9º, § 2º, Lei nº 12.529/2011).

Por fim, funciona junto ao CADE a Procuradoria Federal Especializada, cuja principal função é a defesa do órgão de defesa da concorrência em juízo, principalmente promovendo a execução das decisões proferidas pelo Tribunal Administrativo (art. 15, § 2º, Lei nº 12.529/2011). O Procurador-Chefe é nomeado pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, e tem um mandato de dois anos, sendo permitida uma recondução (art. 16, § 1º, Lei nº 12.529/2011).

Diante do exposto, a composição do CADE, especialmente no que diz respeito aos seus principais órgãos decisórios – Tribunal Administrativo e Superintendência-Geral –,

evidencia a legitimação de natureza técnica da autarquia, ainda que no âmbito político do Poder Executivo. De fato, o corpo técnico do CADE é formado por diversos especialistas na área econômica, e seus membros – especialmente o Presidente e os Conselheiros do Tribunal Administrativo, bem como o Superintendente-Geral –, apesar de nomeados diretamente pelo Poder Executivo¹³⁸ (seleção política), devem ser “escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, *de notório saber jurídico ou econômico* e reputação ilibada” (legitimação técnica), conforme dispõem os arts. 6º e 12, § 1º, Lei nº 12.529/2011. Ademais, a atividade exercida pelo CADE, como introduzido no capítulo anterior, implica na utilização de uma racionalidade alocativa sobre o campo da produtividade, aspecto que poderá ser mais detalhadamente analisado a seguir.

3.3 AS FUNÇÕES DESENVOLVIDAS PELO CADE

Segundo a Lei nº 12.529/2011, o CADE exerce três funções principais: (i) preventiva, que envolve a análise e a decisão acerca de atos de concentração econômica; (ii) repressiva, correspondente à investigação e julgamento de condutas anticompetitivas; e (iii) educativa, envolvendo a instrução do público, estímulo de estudos e pesquisas e apoio a eventos sobre o tema de direito da concorrência¹³⁹.

Afastando-se a função educativa do CADE, que não é relevante para o presente trabalho, serão analisadas mais detidamente a função preventiva (também chamada de controle de estruturas) e a função repressiva (também chamada de controle de condutas), ambas responsáveis pelas principais decisões proferidas pelo órgão de defesa da concorrência.

¹³⁸ A esse respeito, Vicente Bagnoli comenta o art. 7º da Lei nº 12.529/2011, acerca da perda de mandato do Presidente e dos Conselheiros do CADE: “Ao dispor que a perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do Cade poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, o legislador deixa uma insegurança ao servidor público (no caso o Presidente e os Conselheiros do Cade), bem como à sociedade. A simples possibilidade do Presidente da República poder provocar o Senado para que os servidores percam os seus cargos, sobretudo pela ausência de critérios objetivos, abre margem para que decisões técnicas tomadas pelo Cade e que desagradem eventuais interesses políticos, possam culminar na perda do mandato, comprometendo, assim, a independência de decidir do Tribunal. CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada* – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.

¹³⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômico. *Institucional: Competências*. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/competencias>>. Acesso em 01 mai. 2022.

3.3.1 Controle de estruturas

A função preventiva exercida pelo CADE se refere à análise da estrutura do mercado, mediante a aprovação ou reprovação dos atos de concentração econômica. Como ensina Paula Forgioni, “no campo do antitruste, o termo *concentração* vem empregado para identificar várias situações que demonstram essa aglutinação de poder ou de capacidade de alterar as condições de mercado”¹⁴⁰.

O art. 90, Lei nº 12.529/2011, definiu que os negócios jurídicos serão considerados atos de concentração quando:

- I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;
- II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra na permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;
- III – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou
- IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

Há uma exceção no que se refere aos contratos associativos, consórcios ou *joint ventures* que sejam destinados às licitações promovidas pela Administração Pública direta e indireta e aos contratos dela decorrentes, os quais não são considerados como atos de concentração e, por isso, não devem ser submetidos ao CADE (art. 90, parágrafo único, Lei nº 12.529/2011).¹⁴¹

Ao contrário do que ocorria na vigência da Lei nº 8.884/1994, o controle de estruturas realizado pelo CADE ocorre *a priori*, é dizer, os atos de concentração devem ser submetidos previamente ao órgão de defesa da concorrência, para que sejam apreciados antes de sua efetivação e da produção de potenciais efeitos anticoncorrenciais¹⁴², sob pena de nulidade e multa de até R\$ 60 milhões (art. 88, § 3º, Lei nº 12.529/2011). Inclusive, as condições de

¹⁴⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 415.

¹⁴¹ “Julgamentos das autoridades concorrenciais não podem modificar as políticas econômicas formatadas pelo governo federal e tampouco entrar em conflito com decisões tomadas por outros entes da Administração que implementes políticas públicas com as quais o CADE eventualmente não concorde, sob pena de aviltar a organização e estrutura do Poder Executivo insculpidas na Constituição Federal.” FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 439.

¹⁴² Contudo, o § 7º do art. 88 prevê a prerrogativa do CADE de requerer a submissão de qualquer ato de concentração no prazo de um ano da sua consumação, mesmo que a operação não preencha os critérios de faturamento exigidos pelo artigo. Nesse caso, a análise do órgão de defesa da concorrência ocorre *a posteriori*. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 61.

concorrência entre as empresas envolvidas na operação devem ser preservadas até a decisão final da autarquia (art. 88, § 4º, Lei nº 12.529/2011).

Nesse sentido, para que um ato de concentração deva ser submetido ao CADE, ele deve preencher, cumulativamente, dois requisitos: (i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação deve ter registrado um faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões; e (ii) pelo menos um outro grupo envolvido na operação deve ter registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75 milhões (art. 88, Lei nº 12.529/2011)¹⁴³.

Ademais, a lei proíbe os atos de concentração que impliquem (i) na eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante; (ii) que possam criar ou reforçar uma posição dominante; ou (iii) que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços (art. 88, § 6º, Lei nº 12.529/2011). Contudo, há a possibilidade de que, mesmo produzindo os efeitos expostos anteriormente, os atos sejam autorizados pelo CADE se (i) resultarem em maior eficiência econômica (aumento de produtividade, competitividade, melhoria na qualidade de bens ou serviços, ou desenvolvimento tecnológico e econômico); e (ii) repassarem aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes¹⁴⁴.

Quanto ao procedimento administrativo para a análise dos atos de concentração econômica, ele se encontra disciplinado nos artigos 53 a 65 da Lei nº 12.529/2011. Após o protocolo do pedido de aprovação pelo interessado – com o recolhimento da taxa respectiva –, a Superintendência-Geral, verificando a presença da documentação e das informações exigidas, poderá (i) conhecer diretamente do pedido; ou (ii) determinar a realização de instrução complementar (art. 54).

Não sendo suficiente a instrução complementar, a Superintendência-Geral poderá determinar que esta seja refeita (art. 55) ou, ainda, por decisão fundamentada¹⁴⁵, declarar a

¹⁴³ O § 1º do art. 88, prevê que os valores indicados como requisitos para a submissão dos atos de concentração (art. 88, I e II) “poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça”. Inclusive, os valores dos incisos I e II do art. 88 foram atualizados pela Portaria Interministerial nº 994, de 30 maio de 2012, que elevou os critérios de faturamento das partes para 750.000.000,00 e R\$ 75.000.000,00, respectivamente.

¹⁴⁴ “Parte-se do princípio de que, mesmo atos que possam restringir a concorrência, em determinadas circunstâncias, agregam tanta eficiência, que podem favorecer o bem-estar do consumidor e o bem-estar agregado”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 65.

¹⁴⁵ “Em que pese ser desnecessário explicitar que uma decisão de um órgão da administração pública federal deva ser fundamentada, o reforço na linguagem do art. 56 só pode, na prática, ser um aspecto positivo, diante das

operação como complexa e determinar a realização de nova instrução complementar (art. 56). Após a conclusão dessa fase instrutória, a Superintendência-Geral poderá (i) proferir decisão aprovando o ato sem restrições (art. 57, I); ou (ii) oferecer impugnação perante o Tribunal Administrativo, “caso entenda que o ato deva ser rejeitado, aprovado com restrições ou que não existam elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado” (art. 57, II).

Impugnado o ato de concentração pela Superintendência-Geral, o requerente tem o direito de apresentar uma manifestação ao Presidente do Tribunal Administrativo, argumentando pela aprovação do seu pedido (art. 58), após a qual o processo é distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator. No julgamento do pedido de aprovação, o Tribunal Administrativo poderá (i) aprovar o ato integralmente; (ii) rejeitá-lo; ou (iii) aprová-lo parcialmente, determinando as restrições que devem ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato (art. 61).

Por fim, após o julgamento do mérito do processo, este não poderá ser reapresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo (art. 61, § 3º)¹⁴⁶. A lei autoriza apenas (i) a interposição de recurso administrativo contra a decisão da Superintendência-Geral que aprovar diretamente o ato de concentração, tanto por terceiros interessados, quanto por agência reguladora, quando se tratar de mercado regulado (art. 65, I); ou (ii) a avocação do processo para julgamento pelo Tribunal Administrativo, mediante provocação de um dos Conselheiros (art. 65, II).

No âmbito do controle de atos de concentração, cabe ressaltar, ainda, a possibilidade de celebração do chamado Acordo em Controle de Concentração (ACC), por meio do qual os interessados que formulam o pedido de aprovação do ato de concentração voluntariamente se comprometem a implementar determinadas restrições para mitigar ou solucionar preocupações concorrenciais do CADE¹⁴⁷. Com isso, o acordo celebrado com a autarquia é reduzido a termo

consequências no trâmite de um ato de concentração geradas a partir do seu enquadramento como *complexo*. De fato, um caso *complexo* demandará tempo maior de análise [...] e envolvimento maior dos requerentes, objetivado em esforço maior de argumentação perante as autoridades”. CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada* – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 149.

¹⁴⁶ “Assim como ocorria na vigência da Lei 8.884/1994, o Cade segue sendo o detentor da última palavra em sede de aplicação da lei antitruste no âmbito do Poder Executivo. Não há recurso previsto na Lei 12.529 contra decisões de mérito do Tribunal em atos de concentração.” CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada* – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 153.

¹⁴⁷ Como visto anteriormente, a SG-CADE tem competência para “sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar seu cumprimento” (art. 13, X, Lei nº 12.529/2011), ao passo que compete ao Tribunal Administrativo aprovar os termos dos ACCs (art. 9º, V, Lei nº 12.529/2011).

nos autos, destacando as restrições que devem ser implementadas para que a operação possa ser aprovada.¹⁴⁸

De todo modo, como se pode observar, “o processo adotado para a determinação dos efeitos de qualquer operação sobre o mercado é, de sua parte, maleável, permitindo, pela conjugação dos fatores relevantes no caso concreto, a obtenção de resultados bastante diversos”¹⁴⁹. Inclusive, diversas operações autorizadas no Brasil¹⁵⁰ geraram críticas à autoridade antitruste, por terem sido autorizadas a despeito de eventuais prejuízos ao mercado e aos consumidores:

No Brasil, nos últimos anos, foram autorizadas operações que geraram elevado grau de concentração no mercado e, conseqüentemente, descrença na população em relação à atuação do CADE. Também por aqui, embora muitos recursos sejam canalizados para as análises dos atos de concentração, julga-se que poucos deles podem gerar problemas concorrenciais e, quando ocorrem estas hipóteses, são celebrados acordos com a Administração para viabilizar a aprovação sem grandes modificações nos planos originais das empresas.

A situação brasileira das análises das concentrações explica-se também pela tendência mundial de se entender que, mesmo no caso da presença de relevantes prejuízos concorrenciais causados pela concentração econômica, argumentos como “entrada”, “expansão” e “eficiências”, bem como a criação de “campeões nacionais”, são suficientes para suplantarem os efeitos deletérios das aglutinações empresariais.¹⁵¹

Diante do exposto, no que se refere à função preventiva realizada pelo CADE, pode-se perceber a prevalência da legitimação política do órgão, diante da possibilidade de verificar o impacto da política econômica vigente sobre o controle de atos de concentração, além de uma permeabilidade a elementos externos ao órgão – especialmente à tensão entre os interesses capitalistas e à necessidade de legitimação, que forma o contexto social e político vigente em cada período – o que reforça, mais uma vez, o conflito entre a racionalidade alocativa (burocrática) da atuação do CADE e a racionalidade produtiva (funcional) do mercado.

¹⁴⁸ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 189-190.

¹⁴⁹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 415.

¹⁵⁰ Mais notadamente, a fusão entre a Brahma e a Antarctica, formando a AMBEV, e a incorporação da Sadia pela Perdigão, originando a BrasilFoods.

¹⁵¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 444.

3.3.2 Controle de condutas

Em cumprimento ao disposto no art. 173, § 4º, Constituição Federal, o CADE exerce sua função repressiva mediante a investigação, julgamento e punição das condutas que configuram abuso do poder econômico, consideradas nocivas à concorrência.

A doutrina costuma classificar as condutas anticoncorrenciais em práticas coordenadas entre diferentes empresas, ou práticas unilaterais de uma única empresa. Ambas podem ser classificadas, ainda, entre práticas “(i) horizontais, quando envolvem empresas que atuam em um mesmo mercado [...] ou (ii) verticais, quando afetam elos distintos de uma determinada cadeia produtiva”¹⁵².

Não é objeto deste trabalho a análise detalhada dos tipos de condutas anticoncorrenciais, ou sua classificação em arranjos verticais e horizontais¹⁵³. Por esse motivo, a análise estará limitada às principais características do controle de condutas exercido pelo CADE, bem como os procedimentos administrativos relacionados ao exercício dessa função.

Não obstante, cabe ressaltar que a teoria acerca das condutas anticoncorrenciais comporta uma classificação referente ao ônus da prova exigido para a configuração da ilicitude. Em geral, na maioria dos casos o Brasil utiliza a denominada regra da razão (*rule of reason*), segundo a qual as condutas, entre elas as elencadas no § 3º do art. 36, Lei nº 12.529/2011, só podem ser consideradas ilícitas “se forem devidamente demonstrados os seus efeitos anticoncorrenciais, ponderando-se eventuais aspectos restritivos com os possíveis benefícios econômicos dela decorrentes, em termos de diminuição de custos, eficiência produtiva ou incentivos para inovação”¹⁵⁴. Nesse caso, cabe à autoridade administrativa demonstrar tanto a existência da conduta, quando seus efeitos anticompetitivos, ainda que potenciais.

Em determinados casos, contudo, as condutas são consideradas ilícitas *per se*, é dizer, basta a comprovação de sua existência para a aplicação da sanção pelo CADE. Trata-se de hipótese excepcional no direito concorrencial brasileiro, utilizada quase exclusivamente no caso de cartéis *hard core*, em que o conluio entre as empresas envolvidas é considerado tão

¹⁵² PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 91-92.

¹⁵³ A esse respeito, ver FILHO, Calixto Salomão. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003; FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016; e PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁵⁴ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 93.

“meticulosamente imaginado para produzir efeitos nefastos ao mercado [...] que não há como considerá-la racional e, portanto, lícita”¹⁵⁵.

Para que uma conduta seja considerada anticoncorrencial, ela precisa se subsumir ao disposto no art. 36, Lei nº 12.529/2011¹⁵⁶⁻¹⁵⁷:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Como se extrai da redação do *caput* do dispositivo, a responsabilidade pelas infrações à ordem econômica é objetiva, ou seja, independe de culpa ou dolo¹⁵⁸. A exceção a essa regra se dá nos casos de infrações cometidas pelo administrador da empresa, hipótese em que deve ser comprovada sua culpa ou dolo (art. 37, III, Lei nº 12.529/2011).

Ademais, para que a aplicação do disposto no art. 36, é necessário que o agente infrator possua um determinado poder econômico que possa ser utilizado de modo a restringir a

¹⁵⁵ CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada* – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 108.

¹⁵⁶ “As condutas descritas no direito concorrencial, em regra, não se configuram como ‘tipos’ no mesmo sentido com que o termo é utilizado no direito penal, em que a correspondência à descrição típica é pressuposto para a incidência da norma. Ao contrário, no direito concorrencial, os tipos de conduta são construídos a partir de um exercício indutivo, como forma de classificar fenômenos encontrados na realidade empírica, enquanto a incidência da norma decorre de ‘tipos’ gerais e abstratos”. CAMARGO GOMES, Adriano. *Aplicação privada do direito de concorrência no Brasil: a adequação das regras processuais aos danos compensatórios*. Tese (Doutorado em Direito), 596 p. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 59.

¹⁵⁷ Apesar de algumas condutas previstas na Lei nº 12.529/2011 serem também ilícitos penais – a prática de cartel, por exemplo, “configura tanto ilícito administrativo punível pelo Cade, nos termos da Lei 12.529/2011, quanto crime, punível pela Lei 8.137/90” (BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Perguntas sobre infrações à ordem econômica*. Publicado em 22/12/2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>>. Acesso em 30 abr. 2022) – elas são investigadas e punidas no âmbito do órgão de defesa da concorrência enquanto ilícitos administrativos. Não é objeto deste trabalho a análise dos ilícitos penais, razão pela qual utilizar-se-á a terminologia do direito administrativo.

¹⁵⁸ “Interessante lembrar que persiste uma antiga dúvida questionada na década de 90, com a edição da antiga Lei nº 8.884/1994 a respeito da constitucionalidade dessa previsão. [...] Por outro lado, a jurisprudência do CADE se consolidou, nos últimos anos, no sentido da responsabilidade objetiva”. CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada* – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 102.

concorrência. Assim, a existência de poder de mercado é condição para que a infração se configure¹⁵⁹.

A investigação de condutas anticompetitivas pelo CADE é iniciada pela Superintendência-Geral, de ofício ou mediante representação feita por qualquer interessado (art. 66, *caput* e § 1º, Lei nº 12.529/2011). A partir da representação, caso a Superintendência entenda haver dúvida quanto à competência do SBDC, irá instaurar procedimento preparatório de inquérito administrativo, que deverá ter duração máxima de 30 dias (art. 66, §§ 2º e 3º, Lei nº 12.529/2011). Caso a Superintendência-Geral entenda pela inexistência de indícios suficientes para a instauração de um processo administrativo, determinará a abertura de um inquérito administrativo para a apuração de infrações à ordem econômica.¹⁶⁰

Ao final do inquérito administrativo, havendo indícios suficientes de que a conduta investigada configura infração, ou caso a Superintendência-Geral entenda que esses indícios estão presentes desde o início, determinará a abertura de processo administrativo – no qual será garantido o contraditório e a ampla defesa aos representados, que poderão defender-se e produzir provas acerca da legalidade da conduta praticada (arts. 69 e 70, Lei nº 12.529/2011). Ao final do procedimento, cabe à Superintendência-Geral elaborar um relatório circunstanciado, opinando pela condenação dos representados, ou pelo arquivamento do processo administrativo, o qual deverá ser remetido ao Presidente do Tribunal Administrativo para julgamento (art. 74, Lei nº 12.529/2011).

Como o parecer da Superintendência-Geral não é vinculante, cabe ao plenário do Tribunal Administrativo decidir, fundamentadamente, acerca da existência de infração à ordem econômica. A decisão deverá conter, ainda, a especificação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para cessar a conduta, o prazo para a conclusão dessas providências, a multa pela prática da infração, multa diária em caso de continuidade da infração, além de multa no

¹⁵⁹ Sobre a diferença entre poder econômico e posição dominante, Leonor Cordovil afirma que “Poder econômico deve ser entendido, nas palavras de Luciano Sotero Santiago, como um poder de agir, cujo aspecto confere à empresa a capacidade de influenciar o comportamento de seus concorrentes. A posição dominante [...] é, por sua vez, aquela que [...] implica a sujeição (dos concorrentes, agentes econômicos de outros mercados, consumidores) àquele que o detém. Ao revés, implica independência, absoluta liberdade de agir sem considerar a existência ou o comportamento de outros sujeitos”. CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada* – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 103.

¹⁶⁰ A Lei nº 12.529/2011 prevê a existência de seis procedimentos administrativos no âmbito do CADE: (i) procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; (ii) inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; (iii) processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; (iv) processo administrativo para análise de ato de concentração econômica; (v) procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e (vi) processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

caso de descumprimento das providências estipuladas (art. 79, Lei nº 12.529/2011). Em caso de descumprimento da decisão do Tribunal, caberá à Procuradoria Federal Especializada promover a sua execução judicial (art. 81, Lei nº 12.529/2011).

A Lei de defesa da concorrência, após estabelecer as regras sobre os procedimentos administrativos para análise de atos de concentração e apuração de condutas anticoncorrenciais, prevê a possibilidade de o CADE celebrar dois tipos de acordo com os representados: o Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e o Acordo de Leniência.

O TCC pode ser celebrado pelo CADE a qualquer momento durante o procedimento preparatório, o inquérito ou o processo administrativo, sempre que a autarquia, “em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei” (art. 85, Lei nº 12.529/2011). Pelo TCC, o compromissário assume a obrigação de cessar as condutas investigadas ou seus efeitos lesivos, além de pagar uma contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, quando cabível (art. 85, § 1º, Lei nº 12.529/2011)¹⁶¹.

Ademais, a proposta de TCC poderá ser revestida de confidencialidade, em regra a pedido do representado; mas, uma vez assinado, o acordo tem caráter público – sem prejuízo de alguns pontos do texto receberem tratamento confidencial, em razão do interesse público protegido.

Por fim, nos casos de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromissário do TCC deverá, necessariamente, reconhecer sua participação na conduta investigada, além de contribuir com a instrução processual (arts. 185 e 186, RiCADE).

O Acordo de Leniência, por sua vez, é a principal ferramenta do CADE para a identificação e comprovação dos casos de cartel, principalmente devido à dificuldade de se comprovar esse tipo de conduta concertada dos agentes econômicos. Para a celebração do Acordo – que se dá antes da instauração de processo administrativo –, a pessoa física ou jurídica interessada deverá propô-lo ao CADE, “competindo ao órgão, por meio da Superintendência-Geral, aceitar ou não a oferta – que será mantida em sigilo, salvo no interesse das investigações

¹⁶¹ “Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, ou ainda de promoção, obtenção ou influência a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário, que será estabelecido durante o processo de negociação e que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 da Lei 12.529, de 2011” (art. 184, RiCADE).

ou do processo”¹⁶² (art. 86, § 9º, Lei nº 12.529/2011). A pessoa física ou jurídica proponente, envolvida na conduta anticompetitiva, deve, necessariamente, (i) ser a primeira a noticiar a infração ao CADE; (ii) cessar sua participação na conduta noticiada; (iii) confessar sua participação no ato ilícito; e (iv) cooperar plena e permanentemente com a investigação e o processo administrativo, de modo a resultar na identificação dos demais envolvidos na infração, com a comprovação de sua participação (art. 86, § 1º, Lei nº 12.529/2011).

Cumpridos todos esses requisitos, a celebração do Acordo importa em extinção da ação punitiva da Administração Pública, ou na redução de 1/3 a 2/3 da penalidade aplicável. Por outro lado, caso não seja celebrado o Acordo – por desistência do proponente ou pelo não preenchimento dos requisitos necessários –, a Superintendência-Geral devolverá todos os documentos relacionados à proposta ao proponente¹⁶³. A proposta rejeitada não poderá ser divulgada e “não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada” (art. 86, § 10, Lei nº 12.529/2011). Por fim, no caso de descumprimento do Acordo de Leniência celebrado, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo Acordo pelo prazo de três anos, contado da data de seu julgamento (art. 86, § 12, Lei nº 12.529/2011).

Analisados os procedimentos administrativos internos ao CADE, cabe ressaltar que a legislação antitruste contém as denominadas “válvulas de escape”, definidas por Paula Forgioni como “meios técnicos que permitam à realidade permear o processo de interpretação/aplicação das normas nelas contidas”¹⁶⁴. Segundo a classificação da autora, são válvulas de escape: (i) a regra da razão, as isenções e autorizações, englobadas como as “técnicas destinadas a viabilizar a realização de determinada prática, ainda que restritiva da concorrência, afastando-se barreiras legais à sua concretização”¹⁶⁵; (ii) o conceito de “mercado relevante”, que envolve a identificação das relações de concorrência em que se insere o agente econômico cujo comportamento a autoridade administrativa está analisando; e (iii) o jogo do interesse

¹⁶² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 157.

¹⁶³ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 125.

¹⁶⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 202-203.

¹⁶⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 203. Para a autora, além da utilização da regra da razão como recurso interpretativo na avaliação da ilicitude das condutas anticompetitivas, “o sistema jurídico brasileiro admite a existência de isenções à Lei Antitruste. [...] A autorização ou a lei específica que afasta a aplicação da Lei Antitruste são exceções, isto é, restrições à livre concorrência e/ou à livre iniciativa, cuja possibilidade, limites e fundamentos devem estar especificados na lei e embasados na Constituição Federal”. Ibidem, p. 220.

protegido, que “consiste na possibilidade de decisão conforme o interesse digno de tutela jurídica no caso concreto que se está analisando”¹⁶⁶.

A existência dessas válvulas de escape demonstra o caráter flexível da aplicação da legislação antitruste, a qual está inserida em um sistema de princípios que deve pautar a interpretação do texto normativo para melhor adequá-lo à realidade¹⁶⁷. Nesse sentido, como recai sobre o CADE o primeiro esforço interpretativo de aplicar as normas da Lei de Defesa da Concorrência, não seria razoável supor que a conclusão a que chega o órgão administrativo é livre de equívocos, de modo que poderia estar imune ao controle pelo Poder Judiciário. De fato, ainda que o objetivo das válvulas de escape, que permitem flexibilidade interpretativa dos dispositivos da Lei nº 12.529/2011, seja permitir uma melhor adequação desses dispositivos à realidade em que se inserem, a atuação do CADE permanece vinculada a esse mesmo texto normativo e às finalidades propostas pelo direito da concorrência, como se verá a seguir.

3.4 VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Tradicionalmente, a doutrina classifica os atos administrativos em vinculados ou discricionários. Nessa classificação, enquanto os atos vinculados se conformam pela legalidade, os atos discricionários se relacionam com o conceito de “mérito administrativo”. Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, o mérito administrativo consiste no “legítimo juízo que o administrador, nos casos de discricionariedade, deve exercer sobre a conveniência ou oportunidade de certa medida”. Nesse sentido, define o autor:

Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal,

¹⁶⁶ “A questão se torna complexa quando considerado o já referido leque de interesses que se pode abrigar sob as normas antitruste: interesse do mercado, interesse do consumidor, interesse nacional, bem comum, eficiência alocativa, interesse público etc. Teoricamente, a aplicação da Lei Antitruste pode tutelar cada um desses interesses, resultando, muitas vezes, em possibilidades de decisões de vários sentidos, alguns diametralmente opostos”. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 246-248.

¹⁶⁷ “É bastante óbvio que não se pode garantir, em grau máximo, a adequação súbita das normas à realidade e a um só tempo ter, também em grau máximo, generalidade e previsibilidade: a operação de concentrações que foi interessante aprovar hoje poderá admitir outra solução amanhã. Mas isso [...] nada tem a ver com o fato de o sistema jurídico, inúmeras vezes, admitir como certo ou possível mais de uma solução. [...] Está bastante claro que as normas antitruste são um sistema de princípios [...], e se os abandonamos como pautas interpretativas, aí sim estaremos no mais puro campo da arbitrariedade, do ‘pragmatismo caótico’.” FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 264-266.

ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.¹⁶⁸

Assim, enquanto, de um lado, a legalidade diz respeito à conformação do ato administrativo às normas do ordenamento jurídico, de outro lado, a margem sobre a qual a autoridade é livre para escolher, inerente à discricionariedade, diz respeito ao mérito do ato administrativo.¹⁶⁹

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, há discricionariedade “quando a lei, ao atribuir determinada competência, deixa alguns aspectos do ato para serem apreciados pela Administração diante do caso concreto; ela implica liberdade a ser exercida nos limites fixados na lei”.¹⁷⁰ A conveniência e a oportunidade são os elementos principais para caracterizar a discricionariedade e visam consubstanciar um interesse público específico contido no texto normativo¹⁷¹.

Ademais, é relevante notar que a discricionariedade não recai sobre a totalidade dos elementos do ato administrativo¹⁷². Isso porque a Administração atua de maneira vinculada em

¹⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 993. Segundo Hely Lopes Meirelles, o mérito administrativo “tem sentido próprio e diverso do mérito processual e só abrange os elementos não vinculados do ato da administração, ou seja, aqueles que admitem uma valoração da eficiência, oportunidade, conveniência e justiça. No mais, ainda que se trate de poder discricionário da Administração, o ato pode ser revisto e anulado pelo Poder Judiciário, desde que, sob o rótulo de mérito administrativo se aninhe qualquer ilegalidade resultante de abuso ou desvio de poder.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 138.). De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro o “mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 226). De modo similar, José dos Santos Carvalho Filho, define como “mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual direito administrativo*. 35. ed. Barueri: Atlas, 2021. Ebook. p. 26). Por sua vez, Rafael Carvalho Rezende Oliveira conceitua o mérito administrativo como “a liberdade conferida pelo legislador ao agente público para exercer o juízo de ponderação dos motivos e escolher os objetos dos atos administrativos discricionários.” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022. Ebook. p. 309).

¹⁶⁹ “Em obras contemporâneas sobre o poder discricionário, aponta-se a tendência a considerar que o contraponto legalidade-mérito encontra-se atenuado no momento presente, pela amplitude dos parâmetros do exercício do poder discricionário e pela consideração de bases mais amplas da legalidade”. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 171.

¹⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 91. Segundo Antônio Cecílio Moreira Pires “a rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que reputar mais convenientes ao interesse público” (PIRES, Antônio Cecílio Moreira. *Direito administrativo*. 2. ed São Paulo: Atlas, 2013. Ebook. p. 30).

¹⁷¹ PEREIRA, Fábio Queiroz. Judicialização das lides concorrenciais no Brasil: limites e possibilidades *Revista do IBRAC, Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol.14, 2007, p. 129-157. Em alusão a tais elementos, Irene Nohara define o poder discricionário como “a prerrogativa que a Administração tem de optar dentre duas ou mais soluções por aquela que, segundo critérios de conveniência e oportunidade (juízo de “mérito”), melhor atenda ao interesse público no caso concreto”. (NOHARA, Irene. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Ebook. p. 118).

¹⁷² Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que “não há ato propriamente discricionário”, uma vez que “a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato - e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse

relação à competência, à finalidade e à forma do ato, de modo que o exercício da competência discricionária se restringe ao motivo e ao objeto do ato administrativo¹⁷³. É dizer, “quando o agente avalia os aspectos de conveniência e oportunidade da conduta, a valoração recai sobre as razões que devem inspirar o ato (motivo) e sobre o conteúdo que o ato deve conter (objeto)”¹⁷⁴.

Cabe ressaltar, ainda, que a competência discricionária da Administração deve ser exercida nos limites do direito. Antes, no período do Estado Liberal, a Administração devia observar apenas a lei em sentido formal, vista sob a ótica do positivismo jurídico. Posteriormente, no período do Estado Social, o fortalecimento do Poder Executivo ampliou o princípio da legalidade para abranger também os atos normativos do Poder Executivo, além de vincular toda a Administração Pública. Contudo, com a instauração do Estado Democrático de Direito, acrescentou-se ao princípio da legalidade todos os valores e princípios inseridos no ordenamento jurídico, sejam eles explícitos ou implícitos.¹⁷⁵

Não há, nesse sentido, uma mera liberalidade na atuação, uma vez que a lei sujeita a competência, a finalidade e a forma do ato discricionário, ao mesmo tempo em que os princípios sujeitam-no à moralidade, eficácia, razoabilidade, proporcionalidade, interesse público, eficiência etc.¹⁷⁶ Diante disso, a discricionariedade permite tão somente maior mobilidade para

público”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 439).

¹⁷³ Objeto “é o efeito jurídico imediato que o ato produz. [...] Para identificar-se esse elemento, basta verificar o que o ato enuncia, prescreve, dispõe”. Por outro lado, motivo “é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 213 e 217).

¹⁷⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Discricionariedade Técnica e Controle Judicial. In: *Revista de Direito da Administração Pública*, a. 1, v. 2, n. 1, jan/jun 2016, p. 228. No mesmo sentido, explica Gustavo Binbenbojm que “passou-se a propugnar que a competência, a finalidade e a forma seriam elementos sempre vinculados e, portanto, suscetíveis de controle jurisdicional, ao passo que o motivo e o objeto, quando não fixados previamente pela lei, seriam elementos cuja apreciação pelo Poder Judiciário encontrava-se limitada”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 202.

¹⁷⁵ “Esta é uma ideia inerente ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito, adotado no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Preâmbulo da Constituição e em seu artigo 1º”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, n. 9. Salvador: fev/mar/abr de 2007, p. 3. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 30 mar. 2022.

¹⁷⁶ Nessa linha, Irene Nohara ressalta que “a discricionariedade não representa liberdade total, mas apenas uma margem de liberdade conformada pelas regras e princípios normativos. A competência não é cheque em branco, em expressão utilizada por Caio Tácito. Se o agente público praticar ato que extrapole os limites permitidos pelo ordenamento, este ato passa a ser arbitrário.” (NOHARA, Irene. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020. *Ebook*. p. 217). Outrossim, sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho salienta que “os atos discricionários não estampam uma liberdade absoluta de agir para o administrador. A avaliação que se permite ao administrador fazer tem que estar em conformidade com o fim legal, ou seja, aquele alvo que a lei, expressa ou implicitamente, busca alcançar. Não havendo tal conformidade, o ato não é lícitamente produzido, pois que estará vulnerando o

que a autoridade administrativa escolha, entre as opções previstas em lei, aquela que atende melhor à finalidade normativa, seja ela explícita ou implícita.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, as normas jurídicas reguladoras dos atos vinculados são totalmente precisas, especificando exatamente o comportamento exigido a fim de se atingir uma finalidade certa ou subentendida. Nesses casos, há um único comportamento possível da Administração em face da situação prevista, não havendo espaço para qualquer apreciação subjetiva.¹⁷⁷

Por outro lado, no caso da discricionariedade, as normas carecem de precisão (i) por envolverem conceitos vagos e imprecisos quanto à situação descrita ou ao objetivo legal pretendido; ou, ainda, (ii) por conferirem, no próprio texto normativo, liberdade decisória à Administração, por um exame de conveniência e oportunidade.¹⁷⁸ Nesse sentido, os atos discricionários são aqueles praticados com margem de liberdade na avaliação ou na decisão diante do caso concreto, “quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa realizar”¹⁷⁹.

Entretanto, o autor ressalta que a existência de uma norma autorizadora de maior mobilidade na atuação da Administração não significa, por si só, que se está diante de competência discricionária. No mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld argumenta que “a existência de indeterminação na redação de uma específica norma legal não leva necessariamente à existência concreta daquele dever de realizar uma apreciação subjetiva para

princípio da legalidade, hoje erigido à categoria de princípio administrativo (art. 37, CF).” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual direito administrativo*. 35. ed. Barueri: Atlas, 2021. *Ebook*. p. 190).

¹⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 410 e p. 412-414. De acordo com Maria Sylvia Di Pietro, “quando se diz que determinada atribuição da Administração é vinculada, quer-se significar que está sujeita à lei em praticamente todos os aspectos. O legislador, nessa hipótese, preestabelece todos os requisitos do ato, de tal forma que, estando eles presentes, não cabe à autoridade administrativa senão editá-lo, sem apreciação de aspectos concernentes à oportunidade, conveniência, interesse público, equidade. Esses aspectos foram previamente valorados pelo legislador.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 91). Na definição de Irene Nohara, “o ato administrativo vinculado é aquele cujos elementos (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade) são previamente determinados em lei, de modo que, se ocorrer o requisito fático correspondente, não há opção senão a sua prática com as consequências previstas.” (NOHARA, Irene. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020. *Ebook*. p. 118). Ainda, ensina José dos Santos Carvalho Filho que os atos vinculados “são aqueles que o agente pratica reproduzindo os elementos que a lei previamente estabelece. Ao agente, nesses casos, não é dada liberdade de apreciação da conduta, porque se limita, na verdade, a repassar para o ato o comando estatuído na lei. Isso indica que nesse tipo de atos não há qualquer subjetivismo ou valoração, mas apenas a averiguação de conformidade entre o ato e a lei.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual direito administrativo*. 35. ed. Barueri: Atlas, 2021. *Ebook*. p. 190).

¹⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 412-414.

¹⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 410.

sua aplicação”¹⁸⁰. Isso porque a previsão legal de conceitos vagos e fluidos só será autorizadora de um juízo pessoal e subjetivo do administrador quando se estiver diante de situações marginais, em que há dúvida sobre a aplicação do conceito ao caso:

Logo, para verificar-se se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discricção, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, é preciso atentar para o caso concreto. Esta esfera de decisão legítima compreende apenas e tão somente o campo dentro do qual ninguém poderá dizer com indisputável objetividade qual é a providência ótima, pois mais de uma seria igualmente defensável. Fora daí não há discricção.¹⁸¹

Portanto, a discricionariedade não é sinônimo de liberdade na atuação administrativa; e sempre que o agente realizar uma interpretação da norma em harmonia com todo o ordenamento jurídico, esse trabalho interpretativo é controlável pelo Poder Judiciário. Desses pressupostos resultam a definição elaborada por Carlos Ari Sundfeld, para quem a discricionariedade é o

dever-poder de o administrador, após um trabalho de interpretação e de confronto da norma com os fatos, e restando ainda alguma indeterminação quanto à hipótese legal, fazer uma apreciação subjetiva para estabelecer qual é, no caso concreto, a decisão que melhor atende à vontade da lei¹⁸².

Mas não é só. A ideia de discricionariedade vai além. Com efeito, especialmente após o surgimento das agências reguladoras passou-se a utilizar o conceito de “discricionariedade técnica” para se referir aos atos realizados no âmbito da competência técnica de órgãos administrativos, com fundamento em conhecimentos técnicos e científicos. Para Carvalho Filho,

a discricionariedade técnica envolve a incidência de fatos experimentados, comprovados, de natureza científica, estando, pois, afastada a ideia de simples escolha de direções para a prática do ato. A apreciação fática pessoal do agente para o processo decisório já tem como base um fato técnico, que, por si só, não admitiria outras opções. Essa avaliação de juízos técnicos [...] sempre admite revisão.¹⁸³

Diferentemente da atuação discricionária comum, em que há um juízo de maior subjetividade na avaliação de conveniência e oportunidade para a prática do ato administrativo, a atuação da Administração no exercício da discricionariedade técnica está amparada por um

¹⁸⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, v. 2, n. 6, p. 379-390. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 382. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/133>. Acesso em: 22 abr. 2022.

¹⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 416.

¹⁸² SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, v. 2, n. 6, p. 379-390. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 383. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/133>. Acesso em: 22 abr. 2022.

¹⁸³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Discricionariedade Técnica e Controle Judicial. *Revista de Direito da Administração Pública*, a. 1, v. 2, n. 1, p. 224-236. Rio de Janeiro: jan/jun 2016, p. 228.

suporte técnico-científico – e, portanto, objetivo –, o que reduz a subjetividade da tomada de decisão. “No fundo, esta é a ponderação de elementos técnicos e científicos desempenhada por administradores também de caráter técnico”¹⁸⁴.

Para Odete Medauar, a discricionariedade técnica não representa o exercício de outra espécie de poder discricionário, uma vez que também no campo técnico e científico há alternativas igualmente válidas para o direito, permanecendo margem de escolha justificadora da incidência do poder discricionário¹⁸⁵. Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “se o conceito indeterminado contido na lei puder tornar-se determinado pela manifestação de órgão técnico, com base em conhecimentos científicos, não se pode falar em discricionariedade propriamente dita”, cabendo ampla revisão da decisão pelo Poder Judiciário¹⁸⁶. Este último posicionamento – que parece mais adequado – está em consonância com a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, exposta anteriormente¹⁸⁷, segundo a qual só se pode falar em discricionariedade quando há mais de uma opção válida para a escolha da Administração no caso concreto, de modo que, havendo um único caminho possível em termos técnico-científicos, só se pode falar em vinculação.

Cabe ressaltar, ainda, a distinção feita por Tércio Sampaio Ferraz Júnior entre o que ele denomina de a “impropriamente chamada discricionariedade técnica” e a “discricionariedade técnica própria”. Para o autor, “a discricionariedade técnica própria ocorre quando o administrador se louva em critérios técnicos, mas não se obriga pôr eles, podendo exercer seu juízo conforme critérios de conveniência e oportunidade”. Já na impropriamente chamada discricionariedade técnica, “a lei usa conceitos que dependem da manifestação de órgãos técnicos, não cabendo ao administrador se não uma única solução juridicamente válida.

¹⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Discricionariedade Técnica e Controle Judicial. *Revista de Direito da Administração Pública*, a. 1, v. 2, n. 1, p. 224-236. Rio de Janeiro: jan/jun 2016, p. 231.

¹⁸⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 131.

¹⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, n. 9. Salvador: fev/mar/abr de 2007, p. 15. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 30 mar. 2022.

¹⁸⁷ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, somente pode-se falar em discricionariedade técnica na hipótese em que, “conquanto esteja em causa igualmente a apreciação de aspectos técnicos, a lei abre alternativa ou alternativas para o comportamento da Administração, o que é, exatamente, a essência da discricionariedade: possibilidade que dimana da lei para a eleição de uma entre duas ou mais condutas em vista de realizar, do modo mais satisfatório possível, o interesse público no caso concreto.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 446).

Nesse caso o ato, embora com base em conceitos empíricos sujeitos à interpretação técnica, é vinculado”.¹⁸⁸

Analizada a perspectiva clássica da divisão entre atos administrativos vinculados e discricionários, não se pode deixar de mencionar que o processo evolutivo dos sistemas jurídico-administrativos provocou mudanças no estudo e na interpretação do instituto da discricionariedade administrativa. Reconheceu-se a insuficiência de algumas categorias estanques, muitas vezes limitadoras do que se observava na realidade empírica, de modo que a mera divisão entre atos discricionários e vinculados da teoria administrativista clássica foi ganhando maior flexibilidade.¹⁸⁹

Como ensina Gustavo Binzenbojm, a antiga concepção de controle estrito de legalidade dos atos da Administração Pública pelo Poder Judiciário foi se alterando ao longo dos anos, com o objetivo principal de coibir abusos na atuação administrativa. A primeira evolução se deu com o surgimento da teoria do desvio de poder (ou desvio de finalidade), segundo a qual, no exercício de competência discricionária, a Administração deveria atender à finalidade prevista em lei – requisito passível de controle judicial. Posteriormente, desenvolveu-se a teoria dos motivos determinantes, que inseriu no escopo da revisão judicial os motivos eleitos como pressupostos para a atuação administrativa, de modo que haveria uma vinculação em relação à realidade e à juridicidade das razões de fato apontadas na motivação do ato administrativo.¹⁹⁰ Acerca dessa última teoria, veja-se o que ensina Odete Medauar:

A exigência de nexo entre o ato administrativo e seus antecedentes de fato tornou o motivo um vínculo a mais no exercício do poder discricionário. Como decorrência, veio a possibilidade de controle jurisdicional dos antecedentes de fato e das justificativas jurídicas que levam à tomada da decisão em determinado sentido, ou seja, o controle do motivo. Um dos aspectos mais marcantes desse controle consiste na averiguação dos fatos: se, num primeiro momento, não se admitia que o Judiciário

¹⁸⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas Decisões do Cade sobre Atos de Concentração. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 4, nº 6, III Seminário Internacional de Direito da Concorrência. São Paulo: [s. d.]. Disponível em: <<https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicacoes/discricionariedade-no-cade>>. Acesso em 02 abr. 2022.

¹⁸⁹ “O processo evolutivo restringiu significativamente a imensa amplitude do instituto tal como visto no século XIX, de modo que a atuação do administrador, antes praticamente incontestável, passou a ser alvo de maior controle para evitar o arbítrio administrativo e para assegurar os direitos fundamentais, nem sempre devidamente protegidos pelo amplo poder da Administração”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Discricionariedade Técnica e Controle Judicial. *Revista de Direito da Administração Pública*, a. 1, v. 2, n. 1, p. 224-236. Rio de Janeiro: jan/jun 2016, p. 229.

¹⁹⁰ Ainda, o autor ressalta que “cabe fazer alusão, ao lado da *teoria do desvio de poder* e da *teoria dos motivos determinantes*, à *teoria do excesso de poder* (desbordamento dos limites de competência fixados na lei) e à *exigência de motivação* (exposição dos fatos e descrição de como tais fatos ensejam ou justificam a consequência jurídica produzida) como técnicas de controle judicial dos elementos vinculados dos atos discricionários”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 202-206.

pudesse apreciar fatos e provas relativos à atividade da Administração, firmou-se, depois, orientação no sentido da plena possibilidade de exame de fatos e provas.¹⁹¹

Outrossim, como mencionado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 deu respaldo a um controle jurisdicional mais amplo da Administração Pública, uma vez que a legalidade passou a se assentar também em bases mais amplas, englobando a proteção aos direitos e garantias fundamentais frente ao Poder Público e os princípios encartados no art. 37, CF. “A teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios (constitucionais ou legais) representa a mais articulada e importante resposta à demanda por maior controle judicial sobre as margens de apreciação e escolha da Administração Pública”¹⁹². Nesse sentido, Gustavo Binbenbom elabora uma classificação em graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade (ordenamento jurídico como um todo), em oposição à clássica dicotomia entre atos discricionários e vinculados¹⁹³, de modo que o grau de controle judicial dos atos administrativos corresponderia ao grau de vinculação do administrador à juridicidade em cada caso¹⁹⁴.

De todo modo, não obstante as divergências a respeito dos limites da discricionariedade, do conceito de discricionariedade técnica, ou das classificações mais recentes acerca da vinculação e discricionariedade, há certo consenso doutrinário no que se refere à atividade de controle das diversas espécies de atos administrativos¹⁹⁵. Resta, portanto, verificar se o CADE, ao praticar os atos administrativos em sede de controle de condutas e de estruturas, exerce um poder vinculado ou discricionário – seja em sede de discricionariedade comum ou técnica –, de modo que se possa verificar a amplitude do controle a ser realizado pelo Poder Judiciário.

¹⁹¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 448.

¹⁹² BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 207.

¹⁹³ A teoria alternativa de Gustavo Binbenbom estabelece que “os atos administrativos, ao contrário de serem classificados entre vinculados e discricionários, são taxados dentro de uma escala decrescente de densidade normativa vinculada, a começar por atos vinculados por regras, atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados e, ao fim, atos vinculados diretamente por princípios. Ademais, esses três graus de vinculação ainda se subdividem na dimensão constitucional, legal e regulamentar”. MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública* (Dissertação, Mestrado em Direito), 232 p. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2020, p. 117.

¹⁹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 208.

¹⁹⁵ “Há tempos que não mais se discute a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, repousando a discussão nos limites (intensidade) e parâmetros (critérios) que devem presidir esse controle. De fato, sendo a margem de discricionariedade um poder jurídico, passou-se a entender que o controle jurisdicional é sempre possível, ainda quanto a atos ditos discricionários, sendo a questão antes de intensidade e critérios da sindicância”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 201.

3.5 NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES DO CADE

Como dito anteriormente, o CADE é uma autarquia federal, integrante da Administração Pública Indireta e vinculada ao Ministério da Justiça. Apesar das diversas equiparações, o CADE não é agência reguladora¹⁹⁶, uma vez que não exerce atividade regulatória. De fato, ele “não programa abstratamente e não regula genericamente nenhum setor. Toma decisões programadas pelos limites que a Lei define e em casos concretos”, as quais são “vinculadas a cadeias normativas que o CADE não cria, não modifica e não controla”¹⁹⁷.

Ainda há um certo dissenso doutrinário acerca da natureza jurídica das decisões proferidas pelo CADE, sendo os principais pontos de divergência: (i) a existência de conceitos amplos e vagos na Lei de Defesa da Concorrência, caracterizados como conceitos jurídicos indeterminados; e (ii) a *expertise* do órgão antitruste, que, no anseio de definir os conceitos indeterminados da lei, utiliza seu conhecimento técnico para proferir decisões no caso concreto.

De fato, a Lei nº 12.529/2011, para além dos princípios constitucionais que orientam a sua aplicação – liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (art. 1º) –, estabelece uma série de conceitos indeterminados. Entre eles, destacam-se os seguintes: mercado relevante (art. 36, II e art. 88, § 5º), posição dominante (art. 36, IV e art. 88, § 5º), dominação de mercado (art. 88, § 5º) e aumento arbitrário de lucros (art. 36, III). O conceito de mercado relevante¹⁹⁸,

¹⁹⁶ Sobre essa diferenciação, Paula Forgioni acrescenta que a atuação dos entes integrantes do CADE “implica em *corte horizontal* da realidade, pois lhe cabe analisar os mais diversos setores, cada qual com características e dinâmica bastante peculiares [...]. Dessa forma as atividades do CADE diferenciam-se daquelas das agências reguladoras, que lidam com *corte vertical*, aprofundando-se específica e exclusivamente no setor regulado”. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, 9. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 163.

¹⁹⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Supremo Tribunal Federal e o CADE*. Periódico JOTA, Opinião & Análise, publicado em 14 jul. 2020. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-supremo-tribunal-federal-e-o-cade-14072020> >. Acesso em 20 fev. 2022, p. 3

¹⁹⁸ Como afirma Adriano Camargo Gomes, “a definição do mercado relevante é uma das construções ideal-típicas utilizadas no âmbito do direito antitruste como forma de, tal como afirma Weber em relação a qualquer tipo ideal, ‘[...] trazer ordem ao caos dos fatos que temos em um dado caso escolhido para ser incorporado ao nosso âmbito de interesse’” [CAMARGO GOMES, Adriano. *Aplicação privada do direito de concorrência no Brasil: a adequação das regras processuais aos danos compensatórios*. Tese (Doutorado em Direito), 596 p. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 63]. Segundo a definição fornecida pelo CADE, mercado relevante é “o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento de preços. [...] Na definição do mercado relevante antitruste, limita-se o conjunto de empresas que geram forças competitivas frente a aumentos de preços pelas empresas em foco, ou seja, aquelas que participaram de um ato de concentração ou processo administrativo. Este mercado relevante apresenta dimensões de produto e espaço” (grifos no original) (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Departamento de Estudos Econômicos. *Documento de Trabalho No. 001/10: Delimitação de Mercado Relevante*. Brasília, novembro de 2010, p. 3). Para uma atualização sobre os debates acerca do conceito, ver BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Departamento de

inclusive, constitui uma das denominadas válvulas de escape mencionadas anteriormente neste capítulo, as quais, ao lado dos demais conceitos jurídicos indeterminados da lei, permitem uma maior adaptação do texto normativo aos diferentes casos concretos, fazendo com que a realidade possa permear o processo de interpretação e aplicação do direito da concorrência.

Apesar de ainda haver controvérsias sobre se a presença de conceitos vagos e indeterminados seriam causa de discricionariedade na atuação Administrativa¹⁹⁹, as mais recentes manifestações sobre o tema no âmbito do direito concorrencial convergem no sentido de que “a aplicação *in concreto* de um conceito jurídico indeterminado corresponde a um processo de interpretação do Direito, processo este que se inclui no campo da legalidade, comportando revisão pelo Poder Judiciário”²⁰⁰. Nesse sentido, as decisões do CADE se enquadrariam no conceito de “discricionariedade técnica imprópria” defendido por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, aplicável quando a utilização pela lei de conceitos que demandam a manifestação de órgãos técnicos não permite ao administrador mais de uma solução jurídica válida, razão pela qual o ato administrativo, nesses casos, “embora com base em conceitos empíricos sujeitos à interpretação técnica, é vinculado”²⁰¹.

No que diz respeito aos procedimentos internos do CADE, não há dúvidas: a Lei nº 12.529/2011 não deixa escolha quanto à obediência do CADE às etapas necessárias para a formação de seu convencimento. Ao longo desses procedimentos, o órgão de defesa da concorrência realiza diversos atos administrativos até a formação de uma decisão fundamentada quanto à aplicação da legislação antitruste a determinado caso concreto. Esses atos administrativos que compõem os procedimentos administrativos internos da autarquia são estritamente vinculados a normas e princípios constitucionais específicos, cujo descumprimento pode levar à anulação das decisões proferidas.²⁰²

Estudos Econômicos. *Documento de Trabalho No. 006/2021*: Atualização do debate sobre a definição de mercado relevante. Brasília, dezembro de 2021. Disponível em <<https://bit.ly/3EIZnnF>>. Acesso em 24 abr. 2022.

¹⁹⁹ “A doutrina não é pacífica a esse respeito e a distinção entre conceito indeterminado e discricionário é disputada”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas Decisões do Cade sobre Atos de Concentração. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 4, nº 6, III Seminário Internacional de Direito da Concorrência. São Paulo: [s. d.]. Disponível em: <<https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicacoes/discricionariedade-no-cade>>. Acesso em 02 abr. 2022.

²⁰⁰ CARDOZO, Maria Izabel Andrade Lima Cardozo; Alvarez, Alejandro Bugallo. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional no Direito da Concorrência Pós-Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, 2005. 92 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, p. 49.

²⁰¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas Decisões do Cade sobre Atos de Concentração. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 4, nº 6, III Seminário Internacional de Direito da Concorrência. São Paulo: [s. d.]. Disponível em: <<https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicacoes/discricionariedade-no-cade>>. Acesso em 03 abr. 2022.

²⁰² CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. Judicial Review of CADE’s Decisions, In: VILLELA, Mariana et al. *Overview of competition law in Brazil*, p. 371-393. São Paulo: IBRAC, Editora Singular, 2015, p. 379.

Ademais, na atuação do CADE quanto à aprovação ou reprovação de atos de concentração, ou no julgamento de condutas consideradas anticoncorrenciais, as decisões proferidas, seja através dos Conselheiros do Tribunal Administrativo, seja pelo Superintendente-Geral, são limitadas pelas regras e princípios que informam o direito da concorrência, de modo que, mesmo na presença de diversos conceitos jurídicos indeterminados passíveis de interpretação pela autoridade antitruste, não caberá a ela optar por diferentes sentidos em cada caso concreto. Ao contrário, diante dos conceitos indeterminados da Lei nº 12.529/2011, compete ao CADE “reforçar e estandarizar o significado desse conceito a cada aplicação, ao invés de renová-la a cada caso, segundo um juízo subjetivo de conveniência e oportunidade”²⁰³.

No exercício de sua função preventiva, através do controle dos atos de concentração econômica, a Superintendência-Geral ou o Tribunal Administrativo do CADE proferem suas decisões munidos de elementos fáticos e técnicos, os quais não representam a realização de um juízo de conveniência e oportunidade, mas uma vinculação aos limites normativos e principiológicos de sua atuação, para melhor proteger a livre iniciativa e a livre concorrência. Diante disso, ausentes os efeitos mencionados no art. 88, § 5º, Lei nº 12.529/2011, é dever do CADE aprovar o ato de concentração, reprovando-o quando ausentes esses efeitos – a não ser que o ato seja capaz de produzir os efeitos mencionados no § 6º do mesmo dispositivo, hipótese em que o CADE deverá autorizar o ato de concentração.

Nesse sentido, a utilização, no texto normativo, da expressão “poderão ser autorizados” (art. 88, § 6º, Lei nº 12.529/2011) não representa a atribuição de poder discricionário, mas de um poder vinculado. Com efeito:

Se tais atos são vinculados, a possibilidade de recurso ao Judiciário deve ser aprovada. O juiz há de apreciar o mérito da decisão e não apenas questões formais de competência e moralidade. Cabe-lhe, assim, examinar a solidez dos critérios técnicos embasadores da decisão. E isto mormente quando se atenta para o fato de que no capítulo do controle de atos e contratos estamos às voltas com um ato de intervenção do Estado no domínio econômico que pode atingir um direito fundamental, qual seja, a liberdade de iniciativa. Submeter a livre iniciativa, direito subjetivo fundamental, a uma discricionariedade, a um juízo de conveniência e oportunidade com base técnica, é submeter a liberdade à tirania da técnica, à tecnocracia.²⁰⁴

²⁰³ CARDOZO, Maria Izabel Andrade Lima Cardozo; Alvarez, Alejandro Bugallo. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional no Direito da Concorrência Pós-Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, 2005. 92 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, p. 52.

²⁰⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas Decisões do Cade sobre Atos de Concentração. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 4, nº 6, III Seminário Internacional de Direito da Concorrência. São Paulo: [s. d.]. Disponível em: <<https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicacoes/discricionariedade-no-cade>>. Acesso em 02 abr. 2022.

De outro lado, no exercício de sua função repressiva – que, como visto, envolve a investigação e o julgamento das condutas passíveis de serem consideradas como infrações à ordem econômica –, o CADE exerce atividade “judicante”, ainda que em seara administrativa. Isso porque compete à autarquia uma atividade de subsunção dos fatos e das provas obtidas durante o processo administrativo aos tipos previstos pela legislação antitruste. Diante disso, o CADE deve “averiguar a subsunção objetiva de fatos às normas jurídicas, detendo competência para declarar, mas tão-somente em âmbito administrativo, a configuração de infrações – atividade que, evidentemente, se submete ao controle jurisdicional”²⁰⁵.

Assim, quanto à atividade repressiva do CADE, suas decisões também são vinculadas, de modo que é dever do órgão aplicar a sanção aos representados sempre que constatar a infração e sua autoria, bem como é seu dever arquivar o processo ou o inquérito administrativo quando faltarem elementos suficientes para o enquadramento da conduta nos critérios estabelecidos pela lei antitruste.²⁰⁶ “O fato de a decisão do CADE depender de conhecimento técnico específico não permite ao órgão escolher entre julgar a parte culpada ou inocente, mas apenas torna mandatário que a decisão seja embasada tecnicamente”, de modo que a definição do ilícito decorre diretamente da lei, sendo a sanção sua consequência necessária²⁰⁷.

Também quanto à aplicação de sanções pela autoridade de defesa da concorrência – previstas pelos artigos 37 e seguintes da Lei nº 12.529/2011 – pode-se afirmar que não se trata de competência discricionária²⁰⁸. Afinal, a determinação da penalidade aplicável deve obedecer

²⁰⁵ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Entropia Jurídica: A Decisão do STF – O óbvio e perigoso ‘error in judicando’* (estudo de caso). São Paulo: Franceschini e Miranda Advogados, 2021. Disponível em <<https://www.fm-advogados.com.br/entropia-juridica-a-decisao-do-stf-o-obvio-e-perigoso-error-in-judicando-estudo-de-caso/>>. Acesso em 03 abr. 2022.

²⁰⁶ A atividade do CADE se assemelha a outras hipóteses de atuação administrativa vinculada, por exemplo: “Quando um guarda de trânsito percebe que um veículo está estacionado em local proibido, não lhe é dada a opção entre distintas possibilidades; ele tem a obrigação de aplicar as devidas sanções”. Ainda, quando “baseada em laudo técnico, a Administração determina a erradicação de determinada plantação porque contaminada por moléstia prejudicial à agricultura ou à pecuária, não se verifica qualquer discricionariedade: a conclusão técnica de que a plantação está contaminada é determinante”. O contrário se observa, por exemplo, “na estipulação das condições mínimas de segurança e higiene em obras de construção civil, v.g., cumprirá certa margem de apreciação subjetiva à Administração para fixar os limites toleráveis de risco, segundo as técnicas disponíveis para a prevenção de acidentes”. GRINBERG, Mauro; SOMENSI, Ludmila. O Cade e o Poder Judiciário: Atos Vinculados. In: BAGNOLI, Vicente et al. (coord.). *5 Anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro*. São Paulo, IBRAC, 2017, p. 383.

²⁰⁷ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. Judicial Review of CADE’s Decisions, In: VILLELA, Mariana et al. *Overview of competition law in Brazil*, p. 371-393. São Paulo: IBRAC, Editora Singular, 2015, p. 379.

²⁰⁸ No que se refere à aplicação de penalidades e à adoção de remédios em atos de concentração, na opinião de Pedro Paulo Salles Cristofaro, “as decisões do CADE são vinculadas e decorrem diretamente do ordenamento jurídico, embora se reconheça o poder/dever do CADE de fazer certas escolhas dentro das diversas hipóteses possíveis que decorrem da lei. Esse poder de escolha do CADE está subordinado a um princípio estrito de proporcionalidade e subsidiariedade, que está sujeito à apreciação pelo Poder Judiciário”. CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. *A natureza das decisões do CADE e seu controle pelo Poder Judiciário*. [s. l.], [s.d.]. Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/s8s50sv>>. Acesso em 02 abr. 2022, p. 16.

(i) a limites mínimos e máximos quanto às multas, (ii) a uma lista de obrigações para cessar, remediar ou apenas punir a prática do ato ilícito; e (iii) ao princípio da proporcionalidade, observados os parâmetros definidos pelo art. 45 da Lei. Ressalte-se, inclusive, que os conceitos indeterminados previstos no referido art. 45, como já explanado, não configuram discricionariedade na atuação administrativa, permanecendo o caráter vinculado do ato.

Não obstante o exposto, como expõe Pedro Paulo Cristofaro, a Lei nº 12.529/2011 prevê o exercício de competência discricionária do CADE nos seguintes casos excepcionais: (i) a celebração de Termos de Cessação de Prática (TCCs); (ii) a celebração de Acordos em Controle de Concentrações (ACCs); e (iii) a exigência de submissão ao CADE de atos de concentração que não preenchem os requisitos do *caput* do art. 88, Lei nº 12.529/2011. Nesses casos, o controle exercido pelo Poder Judiciário deve se limitar ao aspecto formal do ato administrativo à análise da “razoabilidade e proporcionalidade da conveniência e oportunidade da tomada de decisão por parte da administração pública”²⁰⁹.

De fato, ao dispor sobre a celebração de TCCs pelo CADE, o art. 85, Lei nº 12.529/2011, prevê expressamente que a autarquia “*poderá* tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, *em juízo de conveniência e oportunidade*, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei” (grifo nosso)²¹⁰. No mesmo sentido, quanto aos ACCs, o art. 125, § 5º, RiCADE também é expresso ao estabelecer que “*em seu juízo de conveniência e oportunidade*, o Cade *poderá* rejeitar o ACC”. Assim, mesmo que presentes os requisitos para cada um desses acordos, o CADE não está obrigado a celebrá-los.²¹¹

O mesmo ocorre com o art. 88, § 7º, Lei nº 12.529/2011, que prevê ser “*facultado ao Cade*, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo”, referindo-se aos atos

²⁰⁹ BURG, Amanda K.; GONÇALVES, Everton; STELZER, Joana. A revisão judicial das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 1, p. 217-243, jan./abr. 2019, p. 232.

²¹⁰ Quanto à celebração de TCCs pelo CADE, Leonardo Canabrava Turra entende que a discricionariedade administrativa da autarquia “diz respeito ao conteúdo do pacto, não à possibilidade de sua celebração ou não. Quanto à obrigatoriedade, o ato administrativo é vinculado”. Nesse sentido, a discricionariedade se limita à fixação do conteúdo do termo e da penalidade pelo seu inadimplemento. No mesmo sentido, Leonor Cordovil entende que o “benefício deve ser celebrado, de forma compulsória para a Administração Pública, sempre que o benefício de restaurar a concorrência de forma imediata seja tão ou mais importante que a repressão que pode demorar meses ou anos. Esta é a medida da *conveniência e oportunidade* do administrador” (grifos no original). PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 186.

²¹¹ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. Judicial Review of CADE’s Decisions, In: VILLELA, Mariana et al. *Overview of competition law in Brazil*, p. 371-393. São Paulo: IBRAC, Editora Singular, 2015, p. 383.

que não preenchem os requisitos expressos do *caput* do art. 88. Nessa hipótese, também se está diante de competência discricionária do CADE.

No que se refere aos acordos de leniência, previstos pelo art. 86, Lei nº 12.529/2011²¹², apesar da posição de Pedro Paulo Cristofaro de que se trataria de um ato discricionário²¹³ do CADE, entende-se que, na verdade, trata-se de um ato vinculado. Isso porque, preenchidos os requisitos legais pelo proponente do acordo, o órgão de defesa da concorrência estaria obrigado a celebrá-lo, por expressa previsão do art. 207 do seu Regimento Interno²¹⁴. Portanto, nesse caso, “a lei não deixa margem para atuação discricionária do CADE”²¹⁵.

Diante do exposto, parece correto adotar o entendimento de que, como afirma Paula Forgioni – e retirando-se as poucas exceções previstas pela legislação antitruste –, apesar de existirem “vozes defendendo que as decisões do CADE não poderiam ter seu mérito revisto pelo Poder Judiciário, pois estas seriam *discricionárias* em virtude, principalmente, da *expertise* do órgão e dos amplos termos empregados no texto da Lei Antitruste”, em verdade, “quanto maior a amplitude dos termos legais, maior a exposição dos interesses dos administrados ao risco de sofrerem abusos – e não o contrário”²¹⁶, razão pela qual as decisões do CADE estão amplamente sujeitas ao controle judicial.

²¹² Art. 86, Lei nº 12.529/2011: “O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”.

²¹³ Para o autor, apesar do acordo de leniência de requisitos previstos em lei, “mesmo que tais requisitos estejam presente no caso concreto, o CADE não está obrigado a celebrá-los. Portanto, a decisão do CADE de celebrar um acordo de leniência é qualificada como um ato discricionário” (tradução livre). No original: “*even if such requirements are present in the particular case, CADE is not obliged to execute them. Therefore, CADE’s decision to enter into [...] a leniency agreement [...] is qualified as a discretionary act*”. CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. Judicial Review of CADE’s Decisions, In: VILLELA, Mariana et al. *Overview of competition law in Brazil*, p. 371-393. São Paulo: IBRAC, Editora Singular, 2015, p. 383.

²¹⁴ Art. 207, RICADE: “Art. 207. Preenchidas as condições legais, o acordo de leniência será firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, em, pelo menos, 1 (uma) via, reservando-se aos autos respectivos tratamento de acesso restrito”.

²¹⁵ OLIVEIRA, Mayara S. de; VASCONCELOS, João Paulo A. Aspectos polêmicos do acordo de leniência. *Colloquium Humanarum*, v. 12, n. Especial, p. 657-665. São Paulo, 2015, p. 661.

²¹⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, 9. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 163.

4 REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

Este capítulo tem como objetivo analisar os principais argumentos que fundamentam a maior ou menor amplitude da revisão judicial das decisões do CADE. Para isso, primeiro serão elencadas as principais decisões proferidas pelos tribunais brasileiros em ações anulatórias de decisões do órgão de defesa da concorrência, utilizando como suporte duas pesquisas de jurisprudência realizadas no Brasil: a primeira promovida pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) e a segunda pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC).

Posteriormente, será destacada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955, que se tornou o principal e mais recente precedente sobre a questão no Brasil. A partir dos argumentos contidos no acórdão, serão analisadas as principais teorias que supostamente fundamentariam uma revisão judicial limitada das decisões do CADE – deferência judicial e capacidade institucional – e, em seguida, será proposta uma aplicação complementar dos princípios constitucionais da separação de poderes e da inafastabilidade da jurisdição, como fundamento de uma revisibilidade judicial ampla das decisões proferidas pelo CADE.

4.1 PANORAMA DAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO EM AÇÕES JUDICIAIS CONTRA O CADE

Tão relevante quanto o dissenso doutrinário a respeito da natureza jurídica das decisões do CADE é o dissenso jurisprudencial nos Tribunais brasileiros quanto aos limites do controle judicial dessas decisões.

Dois levantamentos da jurisprudência a respeito da revisão das decisões do CADE já foram realizados no Brasil. O primeiro, publicado em 2010, foi promovido pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), em parceria com o próprio CADE, e analisou os acórdãos proferidos pelos TRFs, pelo STJ e pelo STF desde a entrada em vigor da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, até abril de 2010 – tanto referentes a processos administrativos, quanto à análise de atos de concentração²¹⁷. O segundo foi realizado em 2016 pelo Comitê de Contencioso

²¹⁷ 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 e Supremo Tribunal Federal (STF)*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 23-24.

Econômico do Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC), e também analisou, dentro da temática de revisão das decisões do CADE, os julgados proferidos pelos TRFs, pelo STJ e pelo STF²¹⁸ após 1994 – desta pesquisa, porém, foram excluídas as decisões relacionadas à análise de atos de concentração²¹⁹ e as que não tinham relação com a análise do mérito das decisões do órgão de defesa da concorrência²²⁰.

A pesquisa realizada pela SBDP concluiu pela “existência de índices de manutenção e revisão das decisões administrativas praticamente iguais (revisão da decisão em 10 casos, e manutenção em 11), com uma taxa relativamente reduzida de reversão das decisões judiciais entre as diferentes instâncias”. Ainda, os pesquisadores apontaram que, em 80% dos casos, o fundamento para a reforma das decisões do CADE não envolveu questões procedimentais (vícios formais ou a inobservância de garantias constitucionais processuais), mas questões relativas ao “mérito” das decisões, é dizer, “aquilo que os tribunais consideram como a correta aplicação da legislação antitruste”.²²¹

De um modo geral, cumpre ainda destacar que a tecnicidade das decisões do CADE não constituiu um argumento considerado de plano pelo Poder Judiciário para afastar a análise do mérito da decisão administrativa. Em um número bastante reduzido de casos, argumentou-se no sentido de ser a decisão administrativa estritamente discricionária, não sendo possível a sua modificação judicial. [...] Mesmo nos casos em que se manteve a decisão do CADE em sua integralidade, foi possível identificar uma forte tendência à análise da motivação externada no processo de tomada da decisão por meio dos votos dos Conselheiros do CADE, sendo possível notar, inclusive, o reexame judicial de questões econômicas, com base nos estudos

²¹⁸ Para o estudo da revisão judicial das decisões do CADE, só se mostram relevantes as decisões proferidas pela Justiça Federal (TRFs), pelo STJ e pelo STF, em razão das regras de competência previstas pelo art. 109, Constituição Federal.

²¹⁹ “Esse recorte levou em consideração as mudanças substanciais no regime de análise de concentrações econômicas introduzida pela Lei n. 12.529/2011, que esvaziaram os dois principais motivos de impugnação de decisões do CADE em controles de concentração: a aplicação de multas por intempestividade, e a imposição de restrições a operações já implementadas. [...] Como a Lei n. 12.529/2011 não prevê prazo para notificação das operações, não há mais sentido em analisar o êxito do CADE em processos judiciais discutindo multas por intempestividade na notificação do ato de concentração. Ainda que exista estoque de ações sobre esse assunto, é pouco provável que novos processos sejam ajuizados para discutir o tema”. DONAS, Frederico Carrilho. Competência do Poder Judiciário para revisar o mérito da decisão administrativa e análise qualitativa e quantitativa das ações contra decisões do Cade no Judiciário. In: DRAGO, Bruno de Luca; PEIXOTO, Bruno L. *A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros*, p. 227-242. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 230-231.

²²⁰ “Em outras palavras, não foram consideradas decisões a respeito de medidas liminares ou questões meramente processuais. [...] A suspensão de decisão do CADE por decisão judicial não quer dizer que o teor dessa decisão foi considerado abusivo ou ilegal pelo Poder Judiciário”. DONAS, Frederico Carrilho. Competência do Poder Judiciário para revisar o mérito da decisão administrativa e análise qualitativa e quantitativa das ações contra decisões do Cade no Judiciário. In: DRAGO, Bruno de Luca; PEIXOTO, Bruno L. *A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros*, p. 227-242. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 231.

²²¹ 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 e Supremo Tribunal Federal (STF)*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 25-26.

realizados pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e mesmo na aplicabilidade em abstrato das normas antitruste.²²²

A pesquisa realizada pelo IBRAC chegou a resultados similares, apontando que 50,4% das decisões do CADE sofreram alteração pelo Poder Judiciário, enquanto 49,6% foram mantidas. Há algumas discrepâncias nesses percentuais, principalmente em razão (i) do tribunal que proferiu a decisão (os TRFs da 2ª e 3ª Região apresentam percentuais de manutenção das decisões do CADE de 100% e 71%, respectivamente); e (ii) da matéria objeto de análise (casos envolvendo cartéis possuem uma maior taxa de reforma do que casos envolvendo abuso de posição dominante, por exemplo²²³). Conforme apontado pelos pesquisadores, essas discrepâncias se justificariam pela maior ou menor familiaridade dos tribunais em relação à matéria objeto da decisão administrativa, bem como pela necessidade ou não de serem analisadas provas econômicas em cada caso (pela maior complexidade na sua interpretação)²²⁴. De todo modo, as conclusões da pesquisa apontam para um cenário em que o Poder Judiciário se mostra confortável em discutir a fundo os temas de direito concorrencial:

Essa interpretação parece ser corroborada pela elevada taxa de reforma de decisões proferidas em casos de cartéis, que não dependem tanto da prova econômica como em outros casos. Apesar de o apuro técnico do CADE ser levado em consideração nas decisões judiciais, não se vislumbrou uma tendência do Judiciário de se afastar da análise do mérito das decisões administrativas. Ao contrário, mesmo nos casos em que as decisões do CADE foram confirmadas, foi possível constatar uma tendência ao exame da motivação das decisões.²²⁵

Refletindo o resultado dessas pesquisas, a jurisprudência brasileira possui, de modo geral, um entre dois posicionamentos: (i) ou se admite a incursão do Poder Judiciário no mérito da decisão administrativa proferida pelo CADE, permitindo uma ampla revisão judicial do ato administrativo; e (ii) ou se considera que o Poder Judiciário deve se limitar à revisão da legalidade do procedimento e dos atos administrativos do órgão de defesa da concorrência. A

²²² 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 e Supremo Tribunal Federal (STF)*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 27.

²²³ A pesquisa do IBRAC apontou que 67% das decisões do CADE que diziam respeito a cartéis foram revistas pelo Poder Judiciário, ao passo que as decisões envolvendo abuso de posição dominante apresentaram uma taxa de reforma de 27%. DONAS, Frederico Carrilho. Competência do Poder Judiciário para revisar o mérito da decisão administrativa e análise qualitativa e quantitativa das ações contra decisões do Cade no Judiciário. In: DRAGO, Bruno de Luca; PEIXOTO, Bruno L. *A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros*, p. 227-242. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 235.

²²⁴ DONAS, Frederico Carrilho. Competência do Poder Judiciário para revisar o mérito da decisão administrativa e análise qualitativa e quantitativa das ações contra decisões do Cade no Judiciário. In: DRAGO, Bruno de Luca; PEIXOTO, Bruno L. *A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros*, p. 227-242. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 234-235 e p. 239-240.

²²⁵ DONAS, Frederico Carrilho. Competência do Poder Judiciário para revisar o mérito da decisão administrativa e análise qualitativa e quantitativa das ações contra decisões do Cade no Judiciário. In: DRAGO, Bruno de Luca; PEIXOTO, Bruno L. *A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros*, p. 227-242. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 241.

seguir, serão destacadas algumas decisões que permitem sintetizar os argumentos defendidos por cada uma dessas posições²²⁶.

Um bom exemplo do primeiro posicionamento é a decisão proferida em 2011 nos autos de Recurso Especial nº 1.181.643/RS, em que o STJ foi provocado a se manifestar acerca de eventual competência originária e exclusiva do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para a análise de matéria econômica e concorrencial. De fato, a Segunda Turma do STJ, seguindo o voto do Ministro Relator Herman Benjamin e utilizando a ideia de *checks and balances* (sistema de freios e contrapesos) entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, bem como o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, Constituição), estabeleceu que:

embora seja institucionalmente um Tribunal Judicante, o Cade não perde sua vinculação ao Poder Executivo. Por essa razão, dentro da ideia de checks and balances, as decisões do Cade não fogem à regra da ampla revisão pelo Poder Judiciário, quer pelo aspecto horizontal (objeto da demanda), quer pelo vertical (profundidade da cognição), em homenagem à cláusula de inafastabilidade inserida no art. 5º, XXXV, da CF [...]. Tais motivos indicam que é equivocado – e inconstitucional – reduzir a atuação do Poder Judiciário a uma instância revisora de decisões do Cade (ou de qualquer instância da Administração), concentrando no órgão administrativo competência originária exclusiva para o exame de ilícitos anticoncorrenciais. (grifou-se)²²⁷

Da mesma forma, em 2012, ao decidir acerca de caso envolvendo tabela de honorários médicos, o TRF5, seguindo o posicionamento já pacificado pelos tribunais²²⁸, estabeleceu que a conduta de tabelamento de preços por cooperativas médicas não configura a existência de cartel, anulando a tipificação realizada pelo CADE em processo administrativo para imposição de sanção por infração à ordem econômica – e, portanto, revisando o mérito da decisão proferida pelo órgão de defesa da concorrência:

APELAÇÃO. EMENTA. ADMINISTRATIVO. COOPERATIVA MÉDICA. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO. CADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA LIVRE INICIATIVA. NÃO EXCLUSIVIDADE NO ATENDIMENTO. TABELA DE PREÇOS. PRÁTICA RESTRITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Sendo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE -, autarquia federal, com procuradoria própria e, tendo,

²²⁶ Serão destacados a seguir mais julgados referentes à reforma das decisões do CADE, porque, como apontado pelas pesquisas realizadas pelo SBDP e pelo IBRAC, o Poder Judiciário tende a não se afastar da análise do “mérito” das decisões do CADE, mesmo nos casos em que as decisões são mantidas.

²²⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1181643/RS, Relator: Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 01/03/2011, publicado no DJe em 20/05/2011, inteiro teor, p. 7-8.

²²⁸ O âmbito de serviços médicos é um dos que gerou mais processos judiciais para a reforma das decisões administrativas proferidas pelo CADE, além de representar o “ponto fraco” da autarquia no Poder Judiciário: na pesquisa realizada pelo IBRAC, não foi encontrado nenhum processo judicial em que foi mantida a decisão do órgão de defesa da concorrência. DONAS, Frederico Carrilho. Competência do Poder Judiciário para revisar o mérito da decisão administrativa e análise qualitativa e quantitativa das ações contra decisões do Cade no Judiciário. In: DRAGO, Bruno de Luca; PEIXOTO, Bruno L. *A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros*, p. 227-242. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 240.

dentre as atribuições definidas pela Lei nº 8.884/94, a verificação da existência de infração à ordem econômica e aplicação das penalidades previstas em lei, desnecessário o chamamento da União para integrar a lide. [...] 3. *O estabelecimento de relação de preços dos serviços, com a finalidade de balizar negociação com os tomadores destes, assim como a inexistência de exclusividade no atendimento, afasta a caracterização de ofensa aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, o que possibilita a nulidade da decisão administrativa por ausência de tipicidade da conduta* disposta no art. 20, I e IV e no art. 21, II da Lei nº 8.884/94. Precedente deste Tribunal: AGTR 48329-CE, Des. Federal Marcelo Navarro, 4ª T., DJ de 23/03/2005, p. 323. 4. Apelação provida.²²⁹ (grifou-se)²³⁰

Em 2015, no denominado “caso THC2”, em que o CADE havia condenado a empresa representada por abuso de posição dominante decorrente da cobrança de taxa denominada *Terminal Handling Charge 2*, também chamada de Serviço de Segregação e Entrega (SSE)²³¹, o TRF3 também entendeu ser possível adentrar no mérito da decisão do CADE, e divergiu do entendimento da autarquia ao concluir pela inexistência de infração à ordem econômica capaz de provocar um ato sancionatório. Segundo o TRF3, não teria havido nenhum prejuízo à livre concorrência, nenhuma barreira à entrada de novas empresas concorrentes ou qualquer dominação de mercado e abuso de posição dominante. Ainda, o Tribunal decidiu pela ausência de fundamento legal para a irreversibilidade da decisão do CADE, prevalecendo o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, Constituição Federal). O acórdão restou assim ementado:

APELAÇÃO. EMENTA. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. CADE. EXIGIBILIDADE DA TAXA DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA DE

²²⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região). Apelação nº 0015379-81.2002.4.05.8100, 4ª Turma, julgado em 15/05/2012.

²³⁰ No mesmo sentido, o TRF1 analisou os elementos fáticos e probatórios dos autos e concluiu pela não configuração de infração à ordem econômica, reformando a decisão proferida pelo CADE no processo administrativo nº 08012.009443/1998-15: ADMINISTRATIVO E ECONÔMICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. TABELA DE PREÇOS DE HONORÁRIOS MÉDICOS. ELABORAÇÃO POR ENTIDADE ASSOCIATIVA DE AUTOGESTÃO. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA NÃO CONFIGURADA. I - Na espécie dos autos, não configura infração à ordem econômica a elaboração, por associação em regime de autogestão, de Tabela de Honorários Médicos, que apenas sugere aos profissionais os valores mínimos de honorários capazes de remunerar dignamente os serviços prestados, não contendo norma de conduta, nem conduzindo à conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes. Precedentes desta egrégia Corte Regional. II – Remessa oficial e Apelações desprovidas. Sentença confirmada. (BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação Cível nº 0002817-13.2007.4.01.3400, Relator: Desembargador Federal Souza Prudente, 5ª Turma, julgado em 27/04/2016, publicado no e-DJF1 em 12/05/2016).

²³¹ “Na importação de mercadorias, o THC (Terminal Handling Charge) é a tarifa básica que o armador (responsável pelo transporte marítimo e entrega da carga do importador que o contratou no porto de destino) paga ao operador portuário (responsável pela operação de descarga dos navios e entrega da carga no local de armazenagem). A tarifa engloba as despesas de movimentação horizontal dos contêineres em terra. Usualmente, os operadores portuários [...] também prestam serviços de armazenagem, concorrendo nesse mercado com os recintos alfandegados independentes. A THC2, ou SSE, consiste na cobrança pelo operador portuário de outra tarifa, adicional à tarifa básica, a título de ‘segregação e entrega de contêineres’, sendo cobrada quando a carga é entregue a um recinto alfandegado para a armazenagem”. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cade condena Tecon Suape por cobrança de THC2*. Publicado em 03/02/2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-condena-tecon-suape-por-cobranca-de-thc2>>. Acesso em 27 abr. 2022.

CONTÊINERES (THC-2 - TERMINAL HANDLING CHARGE). ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL. CONDENAÇÃO DO ASSISTENTE LITISCONSORCIAL EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. POSSIBILIDADE. [...] Estando a CODESP a fiscalizar e fixar valores para esse serviço complementar, não é dado ao CADE imiscuir-se em setor concedido, ignorando fortemente a atuação da agência reguladora - ANTAQ. Apelação da União Federal provida para excluí-la da lide. Remessa oficial parcialmente provida. Apelação do autor Santos Brasil Participações S/A parcialmente provida para o fim de anular a decisão do CADE e a consequente imposição de multa e declarar apenas em relação à CODESP prejudicado o pedido vertido com a inicial. Apelação do CADE e da Marimex Despachos, Transportes e Serviços Ltda improvidas.²³²

Ainda nesse sentido, destaca-se a decisão proferida em 2015 pelo TRF1, que anulou a condenação proferida pelo CADE no processo administrativo nº 08012.009088/1999-48 – com grande repercussão à época. Muitos anos depois da decisão do Tribunal Administrativo, que concluiu pela existência de cartel de empresas farmacêuticas que supostamente tinham o objetivo de dificultar o ingresso de medicamentos genéricos no Brasil, o Poder Judiciário estabeleceu que os indícios utilizados pelo CADE eram insuficientes para demonstrar a existência de prática ilícita, mantendo a decisão de 1º grau que havia declarado a nulidade da decisão da autarquia:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. ARTIGOS 20, I, III e IV, c.c. art. 21, I, IV, V e XIII, da Lei 8.884/94. AUSÊNCIA DE PROVAS. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. VALOR DOS HONORÁRIOS CONDICIONADOS À AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. [...] O único ato concreto citado pelo CADE, a ensejar uma condenação das empresas, foi a reunião ocorrida em 27/07/1999 e a ata dela resultante, mas não há prova de que a referida reunião tenha resultado em acordo prejudicial à livre concorrência, ou mesmo que tenha se destinado a tal fim. [...] Conforme a sentença recorrida: "o próprio CADE não individualizou especificamente os atos de cada participante da malsinada reunião, resumindo-se a analisar genericamente a suposta discussão travada entre os participantes e a ata apócrifa que resultou daquele conclave". *A ausência de especificação das condutas dos representantes das empresas não só gera dúvida acerca da anuência ao acordo, comprometendo a própria existência deste, mas também obsta uma punição individualizada e restrita aos limites da participação de cada empresa.* [...] (grifou-se)²³³

Por fim, mais recentemente, nos autos de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra ato de concentração autorizado pelo CADE no mercado de telecomunicações, o TRF4 afirmou que a autarquia estaria vinculada à Lei de Defesa da Concorrência, razão pela qual caberia ao Judiciário realizar uma revisão ampla de suas decisões. O inteiro teor da decisão sintetiza importantes posicionamentos proferidos pelos

²³² BRASIL, Tribunal Regional Federal (3ª Região). Apelação nº 0014995-56.2005.4.03.6100. Relatora: Desembargadora Federal Marli Ferreira, 4ª Turma, julgado em 18/02/2015, publicado no e-DJF3 em 23/02/2015.

²³³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação Cível nº 0043687-03.2007.4.01.3400, Relator: Desembargador Kássio Nunes Marques, 6ª Turma, julgado em 30/03/2015, publicado no e-DJF1 em 17/04/2015.

desembargadores do Tribunal, tanto no sentido da possibilidade, quanto da impossibilidade de revisão do mérito das decisões do órgão de defesa da concorrência:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AQUISIÇÃO DE CONTROLE AÇONÁRIO DE EMPRESA JORNALÍSTICA PELO GRUPO RBS. REDUÇÃO DO NÚMERO DE EMISSORAS DE TELEVISÃO - ATO DE CONCENTRAÇÃO SUBMETIDO AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. [...]

É cabível o controle judicial dos atos administrativos, mesmo quando discricionários. Deve-se atuar com circunspeção, todavia, a fim de que o Poder Judiciário não se substitua ao Poder Executivo, no juízo de conveniência e oportunidade de determinadas políticas públicas, salvo quando manifestamente ineficientes, inadequadas ou abusivas.

As atividades desempenhadas pelo CADE devem observar as regras e princípios constitucionais, bem como as normas insertas na nova Lei n. 12.529/2011 (antes, na Lei n. 8.884/1994). Neste aspecto (constitucionalidade e legalidade), os atos do Conselho são passíveis de anulação pelo Poder Judiciário, que tem o escopo de assegurar a tutela dos direitos garantidos pelo ordenamento jurídico. Vendo-se o administrador face a duas ou mais soluções administrativas, todas elas legais, deverá optar por aquela que melhor se ajuste a um juízo de conveniência e oportunidade, tendo em vista sua especialização de conhecimento e o interesse público, sendo tal decisão, efetivamente, insindicável pelo Poder Judiciário. Entretanto, quando o administrador fiscaliza a atividade do administrado, deve fazê-lo de conformidade, não com seu juízo de conveniência, mas com a lei. *No caso concreto, não se está tratando de mérito de ato administrativo discricionário, haja vista que a pretensão inicial baseia-se em alegada afronta ao texto constitucional (direito de informação do cidadão e princípio da livre concorrência) e à legislação infraconstitucional (Dec. Lei nº 236/67 e Lei nº 8.884/94), aos quais o CADE encontra-se vinculado.* (grifou-se)²³⁴

Já quanto ao segundo posicionamento – pela impossibilidade de revisão do mérito das decisões do CADE –, em 2010 o TRF1 decidiu que a incursão no mérito do ato administrativo implicaria violação ao princípio da separação dos poderes e invasão da competência exclusiva atribuída à autarquia pela Lei de Defesa da Concorrência, de modo que o Poder Judiciário deveria se limitar à análise dos aspectos de legalidade do procedimento administrativo:

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*

²³⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação Cível nº 5001303-26.2012.4.04.7200, Relator: Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, 4ª Turma, julgado em 14/11/2018, juntado aos autos em 20/11/2018.

SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONTROLE PREVENTIVO. ART. 54 DA LEI ANTITRUSTE. MOTIVAÇÃO DA DECISÃO DO CADE.

[...] 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 desconconsideração da competência estabelecida pela Lei Antitruste.* [...] Apelação da autora improvida. (grifou-se)²³⁵

Com os mesmos argumentos, invocando os princípios da legalidade e da separação de poderes, além do art. 54 da antiga Lei nº 8.884/1994²³⁶, a Sexta Turma do TRF1 também entendeu pela impossibilidade de se desconstituir a decisão do CADE com base em análise do mérito do ato administrativo, em acórdão muito similar ao destacado acima, proferido pela Quinta Turma do Tribunal Federal²³⁷.

Mais recentemente, a Segunda Turma do TRF4 também entendeu pela impossibilidade de revisão do mérito das decisões do CADE, reforçando a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, cuja desconstituição exigiria prova plena e inequívoca de ilegalidade:

TRIBUTÁRIO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE FORMAL OU ILEGALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO.* MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 1. *O Poder Judiciário, visando a assegurar a regularidade do processo administrativo e extirpar eventual excesso, pode apreciar a sua validade à luz da legalidade, desde que isso não importe em qualquer incursão indevida no mérito administrativo a vulnerar a separação dos poderes.* 2. Pretendendo o autor desconstituir ato administrativo (acórdão proferido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que reconheceu a existência de cartel e aplicou as sanções da Lei

²³⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação Cível nº 0025319-53.2001.4.01.3400, Relator: Juiz Federal Convocado Alexandre Jorge Fontes Laranjeira, 5ª Turma, julgado em 19/05/2010, publicado no e-DJF1 30/07/2010, p. 101.

²³⁶ Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

²³⁷ “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.” BRASIL, Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação Cível nº 0025807-08.2001.4.01.3400. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, 6ª Turma, julgado em 21/11/2011, publicado no e-DJF1 em 07/03/2012, p. 310.

n. 8.884/1994, então vigente), *é necessária prova plena, inequívoca, de irregularidade formal ou ilegalidade, porquanto os atos administrativos revestem-se dos atributos da presunção de legitimidade e veracidade*. 3. Inexistindo irregularidade formal ou ilegalidade no Processo Administrativo, descabe ao Poder Judiciário adentrar o mérito da decisão administrativa e da pena aplicada. (grifou-se)²³⁸

Apesar de haver uma significativa dispersão jurisprudencial quando aos argumentos utilizados pelos tribunais brasileiros, pode-se extrair que os fundamentos utilizados em cada um dos posicionamentos se repetem nas diferentes decisões: de um lado, os julgados que defendem a possibilidade de revisão do mérito das decisões do CADE argumentam que as decisões por ele proferidas são vinculadas, e que impedir a incursão no mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário seria uma afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição; de outro, os julgados que estabelecem a impossibilidade de revisão do mérito das decisões do CADE sustentam que (i) as decisões do CADE seriam discricionárias – hipótese já afastada no capítulo anterior deste trabalho²³⁹; e (ii) a incursão no mérito implicaria violação ao princípio da separação de poderes, uma vez que a autarquia detém competência exclusiva para decidir acerca das matérias objeto da lei concorrencial, de modo que o Judiciário deveria se limitar à análise dos aspectos de legalidade dos requisitos de formação do ato administrativo.

Em que pese a relevância das decisões expostas acima, o principal precedente do Poder Judiciário no sentido da impossibilidade de incursão no mérito administrativo das decisões do órgão de defesa da concorrência envolve o julgamento de ação anulatória da decisão proferida pelo Tribunal Administrativo do CADE no Processo Administrativo nº 0800.024581/1994-77, que resultou no importante acórdão proferido pela Primeira Turma do STF nos autos de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955-DF.

²³⁸ BRASIL, Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação Cível nº 5004068-77.2015.4.04.7001, Relatora: Maria de Fátima Freitas Labarrère, 2ª Turma, julgado em 03/09/2019, juntado aos autos em 05/09/2019.

²³⁹ Ademais, extrai-se das decisões dos tribunais brasileiros que são poucos os casos em que efetivamente se afirma que as decisões da autarquia seriam discricionárias (DONAS, Frederico Carrilho. Competência do Poder Judiciário para revisar o mérito da decisão administrativa e análise qualitativa e quantitativa das ações contra decisões do Cade no Judiciário. In: DRAGO, Bruno de Luca; PEIXOTO, Bruno L. *A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros*, p. 227-242. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 241). No geral, prevalece o entendimento exarado em acórdão proferido pelo TRF4, de que “quando o administrador fiscaliza a atividade do administrado, deve fazê-lo de conformidade, não com seu juízo de conveniência, mas com a lei. No caso concreto, não se está tratando de mérito de ato administrativo discricionário, haja vista que a pretensão inicial baseia-se em alegada afronta ao texto constitucional (direito de informação do cidadão e princípio da livre concorrência) e à legislação infraconstitucional (Dec. Lei nº 236/67 e Lei nº 8.884/94), aos quais o CADE encontra-se vinculado” (BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação Cível nº 5001303-26.2012.4.04.7200, Relator: Desembargador Federal Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, 4ª Turma, julgado em 14/11/2018, juntado aos autos em 20/11/2018).

4.1.1 O Recurso Extraordinário nº 1.083.955 do STF

Em 2019, nos autos de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955, a Primeira Turma do STF estabeleceu a impossibilidade de análise do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário e o dever de deferência às decisões técnicas proferidas pelo CADE. O voto do Ministro Relator Luiz Fux, acompanhado por unanimidade pela Primeira Turma – ausente o Ministro Luís Roberto Barroso –, adentrou em argumentos que geraram grande repercussão entre os estudiosos do direito, em especial no âmbito do direito da concorrência.

A controvérsia teve início no âmbito do Juízo da 17ª Vara Federal do Distrito Federal, que analisou um pedido de anulação do julgamento proferido pelo CADE no Processo Administrativo nº 0800.024581/1994-77, para apuração de infrações à ordem econômica. No entendimento do órgão de defesa da concorrência, as autoras da ação anulatória, empresas do comércio varejista de combustíveis do Distrito Federal, teriam incorrido nas práticas previstas pelos artigos 20, I, II e IV, e 21, II, IV, V e X, da antiga Lei nº 8.884/1994 (hoje substituída pela Lei nº 12.529/2011), ao pretender impedir a entrada de redes de hipermercados locais no ramo de revenda de combustíveis. Utilizando seu poder econômico, as referidas empresas teriam eliminado a concorrência no setor, chegando a pressionar autoridades do Legislativo e do Executivo para impedir a entrada de concorrentes no mercado, inclusive através da aprovação de uma lei distrital que proibia a instalação de postos de combustíveis em estacionamento de supermercados²⁴⁰.

Divergindo do entendimento da autarquia, o Juízo da 17ª Vara Federal do Distrito Federal entendeu que a conduta em questão não caracterizava infração à ordem econômica e anulou a decisão do Tribunal Administrativo.

O caso chegou ao TRF1 após a interposição de recurso de apelação pelo CADE, cujo principal argumento era de que o poder-dever de decidir sobre supostas infrações à ordem econômica seria exclusivo da autarquia e, ao anular a decisão do plenário do seu Tribunal Administrativo, o Poder Judiciário teria substituído o CADE em sua função institucional. De relatoria do Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa (Relator convocado), o acórdão proferido pelo TRF1 deu provimento à apelação do CADE:

²⁴⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Processo Administrativo nº 0800.024581/1994-77.

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.*

[...] 3. As autoras argüiram a intercorrência de prescrição nos moldes do art. 40 da Lei 9.873/99 e art. 28, §§ 10 e 2 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.* [...] ²⁴¹

Como se observa, o acórdão estabeleceu que a revisão judicial das decisões do CADE se limita aos requisitos de formação do ato administrativo (competência, objeto, forma, motivação e finalidade). Citando a jurisprudência do TRF1 ²⁴², afirmou que a interferência do Poder Judiciário no juízo valorativo realizado pela autarquia configuraria violação aos princípios da legalidade e da separação dos poderes, tendo em vista a competência exclusiva do CADE (“órgão de composição plural e de conhecimentos técnicos sobre a matéria”), atribuída por lei ²⁴³, para decidir sobre infrações à ordem econômica.

Na sequência, foi interposto Recurso Especial perante o STJ, o qual não foi conhecido pela ausência de prequestionamento, pela necessidade de reexame do contexto fático-probatório e pelo alinhamento da decisão recorrida com a orientação do Tribunal Superior (Súmulas nº 211, nº 7 e nº 83 do STJ, respectivamente ²⁴⁴). Após a apresentação de Agravo Regimental no Recurso Especial, a Segunda Turma do STJ decidiu pelo seu desprovimento, em decisão cujo principal trecho merece ser destacado:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS. PRÁTICA LESIVA. ELIMINAÇÃO DE CONCORRÊNCIA COM POSTOS DE COMBUSTÍVEIS EM HIPERMERCADOS. DEFESA DA

²⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Processo nº 0012731-72.2005.4.01.3400, 6ª Turma, Relator Convocado Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa, julgado em 09/07/2012.

²⁴² O acórdão menciona as decisões proferidas nas Apelações Cíveis nº 200134000253660 (5ª Turma, publicada no e-DJF1 em 30/07/2010, p. 101) e nº 200134000258588 (6ª Turma, publicada no e-DJF1 em 07/03/2012, p. 310), ambas do TRF1.

²⁴³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Processo nº 0012731-72.2005.4.01.3400, 6ª Turma, Relator Convocado Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa, julgado em 09/07/2012, inteiro teor, p. 4-5.

²⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.436.903-DF. Relator: Ministro Herman Benjamin, decisão monocrática, julgado em 27/03/2015.

LIVRE CONCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE. *APRECIÇÃO DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO, CASO HAJA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE LATU SENSU E ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS*. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

[...] 7. No caso *sub judice*, constata-se claramente que o magistrado adentrou o mérito do ato administrativo produzido pelo CADE, sem nenhuma justificação de infringência aos ditames da lei ou às normas constitucionais. A fundamentação produzida na sentença para anular a decisão administrativa foi de que a mera pressão e o *lobby* exercido perante as autoridades públicas não configuram infração à ordem econômica.

8. Depreende-se que a análise perpetrada pelo juiz sobre o mérito do ato administrativo não foi jurídica, mas, pelo contrário, casuística, uma verdadeira aventura jurídica, pois não compreendeu os relevantes fatos e provas produzidos pelo CADE, onde ficou evidenciada a formação de Cartel entre as empresas e o cometimento de infração à ordem econômica. (grifou-se)²⁴⁵

Esse acórdão, proferido por unanimidade pela Segunda Turma, citou a jurisprudência do STJ – principalmente em processos administrativos disciplinares – e estabeleceu a impossibilidade de o Poder Judiciário examinar o mérito do ato administrativo, sendo cabível apenas “aferir a regularidade do procedimento e a legalidade do ato administrativo”²⁴⁶.

Irresignados, os prejudicados pela decisão interpuseram Recurso Extraordinário (RE) perante o STF, o qual foi desprovido a partir de uma argumentação fundamentalmente centrada na Súmula nº 279 do STF²⁴⁷. Ressalte-se que, apesar de a decisão mencionar o entendimento do Tribunal de que o controle de atos administrativos pelo Judiciário se limita a questões de abuso ou ilegalidade, fá-lo apenas brevemente, no primeiro parágrafo da sua fundamentação²⁴⁸.

²⁴⁵ Também merecem ser destacados os seguintes trechos da ementa: “[...] 3. O Tribunal *a quo* consignou: “A meu convencimento, ainda que a sentença invocasse o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade como fundamento de análise dos motivos determinantes da sanção imposta às autoras-apeladas, tal premissa seria descabida aos moldes em que o legislador privativamente atribuiu ao CADE como órgão regulador e fiscalizador da atividade econômica (art. 7º, II, da Lei 8.884/94). *Atribuir qualificação diversa a fatos incontroversos - no caso a atuação das autoras e de seu sindicato na repressão à entrada de novo distribuidor no mercado varejista de combustíveis com prejuízo à livre concorrência - é negar o juízo de valor que o legislador incumbiu a um órgão de composição plural e de conhecimentos técnicos sobre a matéria. Estivesse o juiz examinando a vulneração de qualquer outro requisito do ato (competência, finalidade, forma, objeto, motivação), certamente que admissível o controle judicial. No caso concreto, entretanto, o que se viu foi a completa substituição de um juízo valorativo por outro*” [...] 6. Em face da constitucionalização do direito administrativo e da evolução do estado de direito, tem-se entendido que o Poder Judiciário pode se imiscuir na análise do mérito do ato administrativo, desde que seja analisado sob o seu aspecto jurídico, e para que sejam observados, além da legalidade em sentido amplo do ato, também os princípios e mandamentos constitucionais [...] Agravo Regimental não provido.” (grifou-se) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.436.903-DF. Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 01/12/2015.

²⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.436.903-DF. Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 01/12/2015, inteiro teor, p. 12-21.

²⁴⁷ Súmula 279, STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

²⁴⁸ “*Ab initio*, pontuo que o acórdão recorrido não divergiu do entendimento firmado por este Supremo Tribunal no sentido de que só é permitido ao Poder Judiciário a análise de ato administrativo quando tal ato for ilegal ou

Por fim, chega-se à decisão objeto das controvérsias mencionadas anteriormente: o acórdão proferido no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955. Após o desprovimento do RE, os agravantes argumentaram que sua pretensão não demandaria “o reexame do conjunto fático probatório dos autos, mas, tão somente, analisar e julgar se as decisões do CADE são imunes à revisão judicial, sob qualquer ângulo, ainda que da ilegalidade ou abusividade”²⁴⁹. O acórdão, contudo, desproveu o agravo, resultando na seguinte ementa:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. PRÁTICA LESIVA TENDENTE A ELIMINAR POTENCIALIDADE CONCORRENCIAL DE NOVO VAREJISTA. *ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE*. PRECEDENTES. INCURSIONAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (grifou-se)²⁵⁰

Extrai-se da decisão que sua *ratio decidendi* se fundamenta em dois pontos centrais²⁵¹: (i) a impossibilidade de reexame dos fatos e provas em sede de recurso extraordinário (Súmula nº 279 do STF); e (ii) a impossibilidade de análise do mérito do ato administrativo. Afastando-se o primeiro ponto, por se tratar de questão processual pacificada e que não tem relação com o objeto deste estudo, o segundo merece ser analisado mais detidamente.

abusivo”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 1.083.955–DF. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 18/12/2017, inteiro teor, p. 3.

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955–DF. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019, inteiro teor, p. 6.

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955–DF. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019.

²⁵¹ Luiz Guilherme Marinoni, utilizando a definição de Rupert Cross, apresenta o conceito de *ratio decidendi* como “qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como passo necessário para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada”. Ainda, afirma o autor que “tanto o juiz quanto o tribunal não estão proibidos de julgar procedente o pedido ou dar provimento à apelação com base em dois fundamentos, *ainda que cada um deles seja suficiente a tanto*” (grifou-se). Mais adiante, afirma que para se determinar a *ratio decidendi*, é necessário verificar se o fundamento ou motivo em questão foi devidamente analisado pelo Tribunal. De outro lado, constituem *obiter dicta* os fundamentos que (i) dizem respeito a pedido não formulado e a causa de pedir não invocada; (ii) estejam sendo tratados no processo pela primeira vez; ou (iii) independentemente de terem sido alegados pelas partes e discutido pelos juízes, eram desnecessários à tomada de decisão” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 280-293). No caso da decisão do STF, apesar de alguns autores afirmarem que a *ratio decidendi* do acórdão é formada pela incidência da Súmula nº 279 do STF, ao passo que os argumentos acerca da revisão do mérito das decisões do CADE seriam parte do *obiter dictum* (entre eles, CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Supremo Tribunal Federal e o CADE*. Periódico JOTA, Opinião & Análise, publicado em 14 jul. 2020), entendemos que a análise, pelo acórdão, dos limites à revisão judicial das decisões do CADE se apresenta como *ratio decidendi*, porque, além de o Supremo ter sido provocado pelo recorrente a se manifestar especificamente sobre se as decisões do CADE são imunes, ou não, à revisão judicial, sob qualquer ângulo, a questão foi longamente aprofundada pelo voto do Ministro Relator, configurando-se como passo necessário para a conclusão de que ao Poder Judiciário compete analisar tão somente aspectos de legalidade e de procedimento das decisões proferidas pelo órgão de defesa da concorrência.

Para fundamentar seu voto, especialmente no que tange à conclusão de que “a análise jurisdicional deve cingir-se a questões de legalidade ou abusividade do ato administrativo”²⁵², o Ministro Luiz Fux se valeu da suposta existência de um dever de deferência às decisões técnicas proferidas por entidades reguladoras, especialmente devido à sua *expertise*, de modo que o CADE seria a entidade que possui a competência legalmente outorgada para analisar se uma conduta gera efetivo prejuízo à livre concorrência. Assim, para justificar o suposto dever de deferência do Poder Judiciário às decisões do CADE, o acórdão utiliza como argumentos principais: (i) a “falta de *expertise* e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos de natureza técnica”; e (ii) a “possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa”²⁵³.

4.2 DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA E CAPACIDADE INSTITUCIONAL

Restou estabelecido no capítulo anterior que o CADE não é agência reguladora, e que os atos administrativos que realiza não são discricionários, mas vinculados²⁵⁴. Repise-se que a atividade regulatória difere em grande medida da atividade exercida pelo CADE, não cabendo à autarquia estabelecer metas ou impor políticas públicas a outros entes da Administração Pública, muito menos produzir normas para a regulação de determinado setor ou serviço. Com efeito, falta ao CADE um poder essencial característico das agências reguladoras²⁵⁵: o poder normativo²⁵⁶.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955–DF. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019, inteiro teor, p. 19.

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955–DF. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019, inteiro teor, p. 10.

²⁵⁴ Com exceção de alguns dos acordos celebrados pela autarquia com os particulares (ACCs e TCCs) e da exigência de submissão de atos de concentração que não preenchem os requisitos previstos pelo *caput* do art. 88, Lei nº 12.529/2011 – os quais têm natureza discricionária.

²⁵⁵ “As agências reguladoras desempenham um amplo plexo de atividades, que abrangem a edição de atos normativos, a emissão de outorgas, a resolução de controvérsias, a fiscalização dos operadores, a aplicação de sanções, a coleta de danos e a equalização de interesses contrapostos. Como destaca Floriano Marques Neto, a atuação das agências é finalisticamente orientada à obtenção do *equilíbrio* de um determinado setor, razão pela qual devem possuir ‘competências e instrumentos amplos e efetivos’ para atingir as finalidades estatuídas nas diversas leis de regência” (grifos no original). DALLLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. *Agências regulatórias e controle judicial*: parâmetros para uma atuação deferente do Poder Judiciário (Tese, Doutorado em Direito), 199 p. Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2020, p. 40.

²⁵⁶ “Dentro desta ampla gama de instrumentos de intervenção na economia, o legislador [...] escolheu atribuir ao Cade o poder de adjudicação, o poder sancionatório e o poder de recomendação e subsidiariamente o poder de fiscalização [...]. Ficaram de fora do rol de atribuições do Conselho o poder normativo e o poder de conciliação”. LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. O processo administrativo no CADE e os problemas da regulação concorrencial brasileira (Dissertação, Mestrado em Direito), 169 p. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009, p. 25.

Diante disso, pode-se afirmar que o acórdão do STF comete um equívoco ao definir o CADE como “entidade reguladora” responsável por realizar “intervenções regulatórias”, confundindo a natureza jurídica do órgão de defesa da concorrência e dos atos administrativos que realiza. Partindo do pressuposto de que a definição dessa natureza jurídica funciona como premissa para a fundamentação da decisão – e mesmo se o acórdão tiver utilizado a função regulatória apenas como analogia às atividades desempenhadas pelo CADE –, esse equívoco inevitavelmente interfere nas conclusões do Ministro Relator Luiz Fux.

Partindo desse raciocínio, serão analisados a seguir os dois argumentos centrais para a conclusão expressa no acórdão proferido pelo STF: (i) o suposto dever de deferência do Poder Judiciário às decisões do CADE; e (ii) a falta de capacidade institucional dos tribunais brasileiros para decidir acerca de matérias complexas que envolvem conhecimento técnico especializado, *expertise* que somente o órgão de defesa da concorrência possuiria, em razão de sua competência conferida pela Lei nº 12.529/2011. Em cada um deles, buscar-se-á sopesar outros pontos relevantes das teorias invocadas pelo acórdão, que merecem ser levadas em consideração para uma melhor análise da questão atinente à revisão das decisões do CADE.

4.2.1 A (in)aplicabilidade da teoria da deferência administrativa

A teoria da deferência foi desenvolvida no Brasil principalmente em decorrência do surgimento das agências reguladoras no país, fato que levou os teóricos e aplicadores do direito a se questionarem acerca do grau de controle que deveria ser imposto às novas entidades regulatórias. Esse questionamento, por sua vez, levou à discussão a respeito da conveniência dos órgãos controladores – entre os quais o Poder Judiciário – aplicarem um certo grau de deferência (ou autocontenção) às decisões das agências, em especial diante da sua autonomia e alto grau de especialização. No âmbito do controle judicial²⁵⁷, a deferência estaria fundamentada, “de um lado, na inadequação subjetiva e objetiva dos tribunais para a regulação; de outro, no prejuízo que a sua intervenção pode causar à política regulatória das agências”²⁵⁸.

²⁵⁷ Como define Eduardo Jordão: “‘Controle’ é a atividade de verificação de *conformidade* de algo (a coisa controlada) a um parâmetro específico. No caso do controle judicial da administração pública, a coisa controlada corresponde a uma *ação* de uma autoridade administrativa. O parâmetro específico do controle judicial é o Direito. E o responsável pelo controle é um juiz (atuando monocraticamente) ou um grupo de juízes” (grifos no original). JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Editora Malheiros, SPDP, 2016, p. 37.

²⁵⁸ “Como a matéria regulatória é tecnicamente complexa, a deferência judicial às decisões das agências reguladoras transmitiria a ideia de respeito judicial a uma instituição comparativamente mais bem adaptada para enfrentá-la (tanto em função da natureza da sua atuação diuturna, como em função do seu maior aparelhamento

Para Eduardo Jordão, um dos principais autores brasileiros que tratam do controle da Administração Pública e, especificamente, da teoria da deferência, o termo “deferência” pode ter duas acepções distintas. Na primeira, significa uma postura ou atitude respeitosa, ligada à autocontenção dos tribunais em relação à solução administrativa, o que resulta, na prática, em decisões judiciais nas quais o tribunal não decidiu “*diretamente* a questão jurídica (ou, por exemplo, não interpretou *diretamente* a legislação em questão), mas apenas considerou a *razoabilidade*, a *coerência*, a *logicidade*, da decisão ou interpretação adotada pela autoridade administrativa”. Na segunda acepção, refere-se à específica solução adotada após o controle judicial: a manutenção da decisão administrativa, no sentido de que “*deferir* à administração significa *não anular* sua decisão, *não acatar* a contestação que lhe foi feita”²⁵⁹. Neste trabalho, utilizar-se-á a primeira dessas acepções, a mesma adotada pelo STF em sua decisão. Afinal, extrai-se do posicionamento adotado pelo acórdão acima mencionado que a deferência administrativa ali tratada não equivale à inexistência de controle – até porque admite-se o controle de legalidade das decisões do CADE –, mas ao exercício de um controle limitado pelo Poder Judiciário, em respeito à opção da Administração Pública.

A teoria da deferência surgiu nos Estados Unidos, durante o julgamento do denominado caso *Chevron*, que se tornou um importante precedente da Suprema Corte no país²⁶⁰. O caso envolvia a contestação judicial de um ato regulatório da agência de proteção ambiental americana (*Environmental Protection Agency* – EPA), que estabeleceu uma interpretação para o termo “fontes fixas” constante de uma emenda do *Clean Air Act* de 1977. A primeira decisão da Corte de Apelação dos Estados Unidos anulou a regulação administrativa, argumentando que ela seria contrária ao propósito da legislação ambiental. Contudo, quando o caso chegou à Suprema Corte, estabeleceu-se entendimento diverso, originando importante precedente para a teoria da deferência.²⁶¹

institucional). Além disso, veicularia a intenção de não prejudicar a coerência e a dinâmica da política regulatória da autoridade administrativa”. JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGERNERSA. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 537-571, jul./dez 2018, p. 540-541.

²⁵⁹ JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Editora Malheiros, SPDP, 2016, p. 555-556.

²⁶⁰ Caso *Chevron USA Inc. vs. Natural Resources Defence Council*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1984.

²⁶¹ JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Editora Malheiros, SPDP, 2016, p. 200-202.

Na decisão, concluiu-se que na revisão de interpretações realizadas por agências²⁶², os tribunais deveriam realizar um teste composto por duas etapas: (i) verificar se a lei é clara quanto à matéria objeto da controvérsia – se sim, caberia aos tribunais revisar o ato, caso fosse contrário ao sentido expresso pela lei; e, havendo mais de uma interpretação possível para o texto legal, caberia ao Judiciário apenas (ii) avaliar se o ato administrativo seria coerente e razoável com o dispositivo legal. Em outras palavras, “[s]e a lei é clara, é dever do juiz aplicar a lei e não será dada deferência; em existindo ambiguidade, não cabe aos tribunais interpretar diretamente a suposta vagueza da lei”, mas tão somente “verificar se a solução posta pela agência é razoável”²⁶³. Diante disso, “desde que a interpretação conferida pela agência à norma legal seja razoável e não contrarie claramente a legislação, o Poder Judiciário deveria tributar-lhe deferência”, preservando-a, “salvo a hipótese de erro evidente”²⁶⁴.

A despeito de sua importância na criação do principal precedente deferencial no país, a doutrina Chevron foi, em grande medida, flexibilizada nos Estados Unidos – outros países, inclusive, desenvolveram suas próprias teorias deferenciais²⁶⁵. Essa flexibilização – que se consolidou com o julgamento do caso *Mead*²⁶⁶ pela Suprema Corte, o qual resgatou parcialmente o antigo caso *Skidmore*²⁶⁷ –, condicionou a aplicabilidade da teoria de *Chevron* à

²⁶² “O termo agência no contexto dos Estados Unidos por vezes designa conceito diverso daquele usualmente manuseado no Brasil. Inclui, como no Brasil, agências reguladoras, mas também se estende às chamadas agências executivas. [...] o termo agência é entendido como toda e qualquer autoridade do governo dos Estados Unidos, à exceção do Congresso, do poder judiciário, do governo dos territórios, do governo do Distrito da Columbia, comissões bipartidárias, cortes militares, comissões militares e autoridade militar exercida em tempo de guerra ou em território ocupado. [...] Dessa forma, nos Estados Unidos o termo agência designa, em geral, autoridades administrativas”. MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública* (Dissertação, Mestrado em Direito), 232 p. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2020, p. 149-150.

²⁶³ BINICHESKI, Paulo Roberto. A Doutrina Chevron: o ocaso anunciado? *Revista CEJ*, a. XXI, n. 73, p. 29-39. Brasília: set./dez. 2017, p. 30.

²⁶⁴ RIBEIRO, Leonardo Coelho. Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial a priori: um mesmo rosto, atrás de um novo véu? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – REDAC*, v. 22, jan./fev. 2016, p. 6.

²⁶⁵ Para uma análise das diferentes teorias deferenciais aplicadas no Canadá, na França e na Itália, e sua comparação com a teoria da deferência dos Estados Unidos, ver: JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Editora Malheiros, SPDP, 2016. Nesse trabalho, optou-se por analisar especificamente apenas o Caso *Chevron*, por se tratar do principal paradigma da teoria da deferência.

²⁶⁶ Caso *United States versus Mead Corp.*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2001. O caso *Mead* consolidou uma série de críticas da doutrina americana à insustentabilidade do teste binário pregado pela teoria de *Chevron*, que corresponderia a uma espécie de “tudo ou nada”, tanto em relação à gradação da clareza da lei, quanto à gradação da deferência devida pelo Judiciário. Diante disso, a Suprema Corte esclareceu que a aplicabilidade do teste em duas etapas da teoria *Chevron* deveria passar por um “Passo Zero”, uma fase preliminar, em que deveria ser examinada a intenção do Congresso em de atribuir força de lei à interpretação administrativa. JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Editora Malheiros, SPDP, 2016, p. 331-335.

²⁶⁷ Caso *Skidmore versus Swift & Co.*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1944. No caso *Skidmore*, restou estabelecido que, ao exercer o controle judicial sobre interpretações realizadas por agências administrativas, os tribunais devem sopesar a opção administrativa, ao invés de realizar uma interpretação

verificação, pelos tribunais, da intenção do Congresso de delegar a interpretação da ambiguidade da lei às agências, de forma explícita ou implícita, de modo que a metodologia de análise binária proposta no caso *Chevron* só seria aplicada caso se concluísse que era a vontade do Congresso permitir às agências a interpretação da lei²⁶⁸. Atualmente, apesar de haver apoiadores da teoria *Chevron*²⁶⁹, também há algumas críticas relevantes à implementação da deferência exacerbada em relação à Administração Pública, principalmente por permitir “o abuso político da discricionariedade das agências”²⁷⁰.

No Brasil, não há uma teoria deferencial própria, que constitua um precedente ou uma orientação doutrinária²⁷¹; por isso é tão relevante a discussão a respeito do conceito de 'deferência' utilizada pelo STF. Apesar de citar a doutrina de Eduardo Jordão para a defesa de uma postura deferente do Judiciário à decisão do CADE, o acórdão do STF parece desconsiderar importantes ressalvas feitas pelo mesmo autor em sua obra, em especial aquelas que alertam sobre a necessidade de cuidado “para que, a exemplo do que aconteceu com o princípio da proporcionalidade, a deferência não seja importada para o direito brasileiro na sua expressão mais trivial e menos útil”²⁷². Entre elas, destacam-se: (i) o fato de que, em sua maioria, as decisões administrativas não têm um único aspecto predominante (técnico ou jurídico), de modo que uma decisão com relevante aspecto técnico pode conter discussões jurídicas relevantes; (ii) o risco à violação de valores jurídicos pode justificar a redução da

autônoma. Nesse sentido, os “juízes não teriam a obrigação de validar a decisão do gestor se dela discordassem como em *Chevron*. Segundo a doutrina, ‘sob a revisão Skidmore, os tribunais mantêm a primazia interpretativa, mas deferem a interpretação a uma agência com base em vários fatores, incluindo o rigor da interpretação e sua consistência com os pronunciamentos anteriores da agência’”. MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública* (Dissertação, Mestrado em Direito), 232 p. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2020, p. 146.

²⁶⁸ Segundo Cass Sustein, a aplicação da teoria *Chevron* pode variar de acordo com o tipo de litígio no caso concreto. Em casos envolvendo apenas questões de direito, o conhecimento jurídico dos tribunais seria mais relevante; por outro lado, tratando-se de casos de subsunção de fatos ao direito, prevaleceria a *expertise* técnica das agências (SUNSTEIN, Cass. *Law and administration after Chevron*. *Columbia Law Review*, New York, vol. 90, 1990. p. 2094-2095). Contudo, cabe ressaltar que, em geral, a mesma questão pode envolver aspectos técnicos e jurídicos simultaneamente, o que dificulta a separação entre os dois lados.

²⁶⁹ Entre eles, Cass Sustein. Ver em MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública* (Dissertação, Mestrado em Direito), 232 p. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2020, p. 149.

²⁷⁰ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Tradução de Diego W. Arguelhes e Thomaz Henrique J. de Andrade Pereira. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 265, p. 13-23. Rio de Janeiro: jan./abr. 2014, p. 20.

²⁷¹ Em estudo empírico acerca do grau de deferência do TJRJ às decisões da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), ressaltou-se que, “ao contrário de outros países, o Brasil não possui um precedente paradigmático ou um entendimento doutrinário pacífico sobre a existência efetiva de uma teoria da deferência com um (ou mais) parâmetro(s) claro(s) de aplicação”. JUNIOR, Renato Toledo C.; JORDÃO, Eduardo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 537-573. Rio de Janeiro: 2018, p. 550.

²⁷² JORDÃO, Eduardo. *Levando a Deferência a Sério*. Periódico JOTA, Publicistas, publicado em 12 mai. 2020. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/levando-a-deferencia-a-serio-12052020>>. Acesso em 14 abr. 2022.

deferência em benefício de uma maior intervenção judicial; (iii) as autoridades especializadas tendem a apresentar a chamada “visão de túnel” (*tunnel view*, em inglês), que as levaria a desconsiderar questões importantes que fogem à sua *expertise*; e (iv) há de se destacar um viés subjetivo na especialização, que leva a um favorecimento de determinados interesses, em detrimento de outros.²⁷³⁻²⁷⁴

Em relação à primeira ressalva, para determinar a intensidade do controle judicial o STF parece ter utilizado como critério a característica da decisão administrativa controlada²⁷⁵, ou, mais especificamente, a sua complexidade técnica²⁷⁶. Contudo, como ponderou Eduardo Jordão em palestra no âmbito do 26º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, promovido pelo IBRAC²⁷⁷, a identificação da natureza das decisões administrativas é uma tarefa complexa, porque na grande maioria dos casos haverá diversas naturezas em uma mesma decisão judicial, de modo que é plenamente possível – e provável – que uma decisão do CADE seja, ao mesmo tempo, (i) tecnicamente complexa, por envolver conceitos de teoria econômica fora da *expertise* dos tribunais, e (ii) juridicamente sensível, por se tratar de matéria relacionada a valores constitucionais e direitos fundamentais tutelados constitucionalmente. Diante disso, o critério da natureza da decisão para determinação do grau de controle pode, na prática, se mostrar demasiadamente subjetivo para fornecer uma solução específica.

²⁷³ JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Editora Malheiros, SPDP, 2016, p. 230-240.

²⁷⁴ Rodrigo Dalledone destaca uma das objeções feitas à teoria da deferência, segundo a qual essa teoria “carece de justificativa constitucional e de *standards* de aplicação, [...] também porque a potencialização da ideia de ‘capacidades institucionais’ pode, no limite (isto é, sem modulação de sua intensidade), acarretar a integral retirada do Poder Judiciário do cenário regulatório, em violação ao artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição da República. (grifos no original). DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. *Agências regulatórias e controle judicial: parâmetros para uma atuação deferente do Poder Judiciário* (Tese, Doutorado em Direito), 199 p. Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2020, p. 77.

²⁷⁵ “Três aspectos das decisões administrativas controladas são particularmente importantes para determinar a intensidade do seu controle judicial: (i) a sensibilidade jurídica; (ii) a natureza política; e (iii) a complexidade técnica. Cada uma destas características está tendencialmente vinculada a uma específica intensidade do controle. Assim, costuma-se aplicar controle judicial não deferente sobre decisões administrativas juridicamente sensíveis; mas controle judicial deferente sobre decisões administrativas políticas ou tecnicamente complexas”. JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Editora Malheiros, SPDP, 2016, p. 654.

²⁷⁶ Destaca-se o trecho do voto do Ministro Relator: “Os principais argumentos que fundamentam o dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por órgãos reguladores repousam na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos de natureza técnica e (ii) na possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955–DF. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019, inteiro teor, p. 17.

²⁷⁷ Fala de Eduardo Jordão no 26º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, Painel 2, realizado pelo IBRAC. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=06kiRnZIDCY&t=1247s>>. Acesso em 12 abr. 2022.

À essa ressalva se relaciona a segunda, referente ao risco de que uma postura deferente resulte na violação de direitos individuais ou valores jurídicos, a ponto de justificar a intervenção judicial. Nesse caso, a opção por uma postura deferente pode significar menor proteção de direitos, em prol de maior eficiência administrativa. Especificamente quanto à matéria concorrencial, utilizando como exemplo uma decisão administrativa acerca do grau de certeza dos efeitos anticompetitivos de uma conduta ou operação empresarial, Eduardo Jordão observa que a decisão tomada pela autoridade antitruste “é, ao mesmo tempo, tecnicamente complexa e jurídica e politicamente sensível”:

Ela é tecnicamente complexa porque envolve ponderações sobre quais doutrinas econômicas utilizar, sobre as necessidades regulatórias de um setor, sobre o estágio da concorrência efetiva etc. [...] A decisão é também [...] “política”, na medida em que veicula uma específica ponderação da autoridade administrativa para dar conta da multiplicidade de competências e funções que o legislador lhe confiou, num cenário de restrições orçamentárias. [...] Acontece que a decisão [...] envolve também relevantes e evidentes aspectos jurídicos. [...] Dados esses múltiplos aspectos, é preciso decidir qual deles é mais relevante, para o fim de identificar a intensidade adequada do controle judicial. Um controle judicial não deferente [...] tenderá a promover maior proteção dos direitos das empresas e dos diretores envolvidos.²⁷⁸

A terceira ressalva, por sua vez, se refere a um vício na análise dos casos pelas agências administrativas especializadas: programadas para encarar as situações sempre sob a ótica de sua *expertise* técnica, negligenciando outros aspectos igualmente relevantes do caso concreto – ou, até mesmo, mais relevantes. É o que se denomina de “visão de túnel”, vício que pode ser problemático do ponto de vista jurídico, uma vez que o foco na realização dos seus objetivos institucionais pode levar a autoridade administrativa a ignorar determinados aspectos impositivos de normas ou princípios constitucionais – podendo, inclusive, implicar na sua violação.²⁷⁹⁻²⁸⁰

²⁷⁸ “A opção por um controle judicial deferente tem, naturalmente, o efeito contrário: se privilegia a eficiência da regulação antitruste, podendo significar proteção insuficiente aos direitos patrimoniais e de defesa das empresas e diretores envolvidos”. JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Editora Malheiros, SPDP, 2016, p. 186.

²⁷⁹ JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Editora Malheiros, SPDP, 2016, p. 234.

²⁸⁰ Sobre a visão de túnel, Daniel Caselta bem observa que “na mesma obra citada pela decisão do Ministro Luiz Fux, o próprio Eduardo Jordão, ao citar um exemplo de discussão concorrencial propícia à incidência da chamada ‘visão de túnel’, destaca justamente a questão do *lobby* empresarial, apontando que, embora a questão de fato possa ter relevância do ponto de vista concorrencial, ‘o *lobby* é manifestação de liberdades políticas fundamentais à democracia’. Nesse sentido, o autor, comentando decisões de autoridades antitruste que puniram a prática de *lobby*, aponta que ‘na busca pelo fomento da finalidade social específica que lhes incube, pode acontecer que a autoridade afete direitos fundamentais e regras constitucionais relevantes. Para proceder a este julgamento e corrigir estes desdobramentos juridicamente sensíveis, os tribunais parecem instituições adequadas’”. CASELTA, Daniel; ADAME, Victor; MORAES, Bárbara. *O controle judicial do mérito das decisões do Cade In: CAMARGO GOMES, Adriano (coord.). Reparação de Danos Concorrenciais: Direito Material e Processo*. São Paulo: Editora Quartier Latin. No prelo, p. 13.

Por fim, em relação à quarto ressalva, Eduardo Jordão destaca o viés subjetivo dos órgãos técnicos especializados, cuja proximidade com os setores regulados pode “impactar negativamente a imparcialidade a lisura de sua atuação”²⁸¹, principalmente pela pressão exercida pelos grupos de interesse junto às agências administrativas. A esse respeito, ao que parece, a teoria da deferência inverte a lógica da legitimação imposta aos Poderes Executivo e Judiciário. Isso porque, como agentes do Estado, os entes da Administração Pública são sustentados por uma legitimação predominantemente política, ao passo que o Judiciário se sustenta por uma legitimação predominantemente técnica. Ao se afirmar que há um dever de deferência dos tribunais às decisões proferidas pela Administração Pública, aloca-se uma atribuição técnica (jurídica) em uma espacialidade política²⁸², o que abre margem para abusos decorrentes da politização da burocracia – com a ausência de controle dessa politização em razão da deferência:

[S]istemas presidencialistas encorajam a politização da burocracia, relegando funcionários públicos de carreira a posições de segundo escalão, enquanto presidentes, em suas contínuas disputas com o Congresso, continuam apontando correligionários políticos de confiança para posições-chave na administração pública. Essa dinâmica básica gera uma questão normativa fundamental. A politização da liderança burocrática traz, nada menos, que um desafio fundamental ao estado de direito. Correligionários políticos leais ao presidente sofrerão intensa tentação de ignorar o direito, caso isso promova os interesses políticos de seu líder. O direito administrativo em sistemas presidencialistas deveria prestar particular atenção a essa ameaça.²⁸³

Como se vê, a decisão do STF parece desconsiderar as ressalvas à teoria deferencial – ou, pelo menos, não as menciona. Extrai-se da decisão, ainda que implicitamente, que a deferência estabelecida em relação às decisões do CADE seria absoluta, não cabendo revisão judicial além dos aspectos de legalidade estrita. Em futuros posicionamentos, seria benéfico que Supremo busque esmiuçar o grau de aplicabilidade da teoria da deferência, considerando suas ressalvas, e definir se outras circunstâncias fáticas poderão mitigar o posicionamento deferente do Poder Judiciário, ou se a deferência será adotada em todos os casos. De todo modo, “a determinação da intensidade do controle judicial envolve escolhas políticas extremamente

²⁸¹ JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Editora Malheiros, SPDP, 2016, p. 230.

²⁸² “Um dos efeitos da adoção de uma perspectiva deferente à Administração Pública, levando em consideração a sua dimensão político-democrática, é o deslocamento de poder do setor jurídico para o setor político das autoridades administrativas”. MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública* (Dissertação, Mestrado em Direito), 232 p. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2020, p. 166.

²⁸³ ACKERMAN, Bruce. *Adeus, Montesquieu*. Tradução de Diego W. Arguelhes e Thomaz Henrique J. de Andrade Pereira. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 265, p. 13-23. Rio de Janeiro: jan./abr. 2014, p. 20.

relevantes. [...] O *como* e o *quanto* da adaptação [do controle] dependem de escolhas políticas”²⁸⁴.

Diante do exposto, e considerando a incipiência da utilização da teoria da deferência no Brasil, é necessário que os aplicadores do direito levem em consideração a total complexidade dos fatores jurídicos, conjunturais, econômicos e políticos das escolhas feitas em cada caso concreto, não sendo razoável que o Supremo se valha da teoria da deferência – estabelecendo, *in casu*, uma orientação de que o Poder Judiciário deve se abster de enfrentar o mérito das decisões proferidas em sede de processos administrativos do CADE – sem considerar os impactos dessa orientação.

4.2.2 A capacidade institucional do Poder Judiciário para decidir sobre matéria concorrencial

Um dos impactos da teoria da deferência implementada pelo precedente do caso *Chevron* nos Estados Unidos, que configura o principal argumento subjacente à teoria, diz respeito à ideia de capacidade institucional. Antes, vigorava a concepção de que o pronunciamento sobre o significado das leis era dever dos tribunais, concepção que foi relativizada após o caso *Chevron*: percebeu-se que, em alguns casos, outras instituições, como as agências administrativas, poderiam ser institucionalmente mais aptas à atividade de interpretação de determinadas leis, em comparação com os tribunais.²⁸⁵

A ideia de capacidade institucional “*envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria, devendo ser sopesada de maneira criteriosa*”. A questão, portanto, é de aptidão institucional de um Poder diante dos demais” (grifos no original)²⁸⁶. Como sustentam Cass Sustein e Adrian Vermeule²⁸⁷, mais importante do que a pergunta sobre qual seria a melhor interpretação a um determinado texto normativo é qual seria a melhor instituição para proceder a essa interpretação, considerando-se

²⁸⁴ JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Editora Malheiros, SPDP, 2016, p. 663.

²⁸⁵ MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública* (Dissertação, Mestrado em Direito), 232 p. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2020, p. 159.

²⁸⁶ RIBEIRO, Leonardo Coelho. Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial a priori: um mesmo rosto, atrás de um novo véu? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – REDAC*, v. 22, jan./fev. 2016, p. 6.

²⁸⁷ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*. 951 2002-2003, v. 101:885, p. 885-951, Michigan: fev. 2003. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles>. Acesso em 15 abr. 2022, p.886.

suas distintas habilidades e limitações²⁸⁸. Devem ser levadas em consideração, por exemplo, “questões empíricas como a possibilidade de o agente levantar recursos e informações; a sua especialização, representada por um conhecimento aprofundado em determinadas matérias; e a sua capacidade de avaliar os efeitos sistêmicos de sua decisão”²⁸⁹.

A teoria da capacidade institucional, quando aplicada ao tema da revisão judicial dos atos administrativos, funciona como um dos principais argumentos para a imposição de limites à interferência do Poder Judiciário na interpretação realizada por autoridades administrativas. Isso se dá, em especial, quando as decisões sobre as quais deve recair o controle judicial envolvem conhecimentos complexos e técnicos sobre determinada matéria, sob o argumento de que a capacidade institucional do Judiciário seria inferior às das entidades administrativas especializadas. Deveria prevalecer, assim, a maior aptidão institucional.

Em uma comparação direta, ao mesmo tempo em que a atuação dos tribunais pode ser vista como tecnicamente menos qualificada do que a atuação de agências administrativas especializadas, também é preciso destacar que aquela tende a ser neutra e mais imparcial do que esta, devido à forma de atuação do Poder Judiciário – o que reduz a possibilidade de intervenção externa de grupos de influência na tomada de decisões. Ademais, a atuação genérica dos tribunais os tornaria imunes ao vício da referida “visão de túnel” da ação administrativa, decorrente de sua alta especialização.²⁹⁰ Ainda, enquanto a *expertise* das agências especializadas favorece uma melhor avaliação dos impactos de suas decisões, promovendo uma maior eficiência administrativa, não se pode desconsiderar a própria *expertise* do Judiciário em dizer o que é o direito na interpretação e aplicação da lei a casos concretos²⁹¹,

²⁸⁸ Explicando a teoria de Cass Sustein e Adrian Vermeule, Isaac Kofi explica que “as cortes – que são dotadas de capacidades institucionais generalistas, isto é, não possuem uma expertise técnica específica – devem seguir o significado ordinário do texto normativo, enquanto agências governamentais poderiam promover uma interpretação mais flexível da norma justamente em face da sua maior especialidade. A lógica subjacente é que agências teriam mais capacidade para distinguir se, no exercício interpretativo, o afastamento da literalidade da norma poderia prejudicar seriamente algum aspecto regulatório”. MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública* (Dissertação, Mestrado em Direito), 232 p. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2020, p. 64.

²⁸⁹ Nessa concepção, tem relevância apenas a *expertise* ou capacitação institucional da autoridade administrativa, e não o conhecimento e a experiência individual de cada um de seus membros. RIBEIRO, Leonardo Coelho. Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial a priori: um mesmo rosto, atrás de um novo véu? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – REDAC*, v. 22, jan./fev. 2016, p. 6.

²⁹⁰ JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Editora Malheiros, SPDP, 2016, p. 663.

²⁹¹ Como afirma Cass Sustein, “Há boas razões para acreditar que os tribunais têm uma vantagem comparativa em relação às agências em decidir o que é a lei”. Tradução livre de “There are good reasons to believe that courts have a comparative advantage over agencies in deciding what the law is”. SUSTEIN, Cass. On the costs and benefits of aggressive judicial review of agency action. *Duke Law Journal*, v. 1989, n. 3, p. 522-537. Duke University School of Law: jun. 1989. Disponível em: < <https://www.jstor.org/stable/1372577> >. Acesso em 15 abr. 2022.

a qual promoveria uma maior proteção aos direitos e valores constitucionais²⁹². Inclusive, a reduzida *expertise* do Poder Judiciário quanto aos aspectos técnicos de determinada decisão pode ser suprida por ferramentas fornecidas pela própria legislação processual: no Brasil, os artigos 464 a 480 do Código de Processo Civil permitem que o juiz se socorra do auxílio de peritos para promover uma “análise técnica ou científica” fundamentada, com a “indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou” (art. 473, II e III, CPC)²⁹³.

No caso da decisão proferida pelo STF no RE 1.083.955 AgRg, o voto proferido pelo Ministro Luiz Fux contém a afirmação de que o CADE seria a única entidade com competência legalmente outorgada para a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência.²⁹⁴ Contudo, não é só do CADE a competência de apreciar as infrações à ordem econômica²⁹⁵. O art. 47, Lei nº 12.529/2011, prevê expressamente que os prejudicados por condutas anticompetitivas, individualmente ou representados pelos legitimados em lei²⁹⁶, poderão postular diretamente perante o Poder Judiciário, “independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”. Com efeito, o Judiciário pode ser levado a enfrentar questões de matéria concorrencial antes mesmo da existência de qualquer investigação ou processo administrativo instaurado pelo CADE, estando no escopo de sua

²⁹² “As vantagens institucionais dos tribunais nos aspectos jurídicos devem-se inicialmente à sua própria expertise, que os faz mais aptos a aplicar o Direito e a identificar os limites constitucionais e infraconstitucionais à ação administrativa”. JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Editora Malheiros, SPDP, 2016, p. 230.

²⁹³ Conforme ensina Di Pietro: “a legislação processual permite que o magistrado use do apoio de peritos técnicos na resolução de caso que se afigure complexo ao conhecimento médio. Com relação aos atos administrativos, se eventual conceito indeterminado presente na lei puder ter sentido atribuído pela opinião de órgão técnico, pode o judiciário rever a decisão do agente a partir desses instrumentos concedidos pela legislação processual”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: CARLIN, Volnei Ivo (Org.). *Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*. Florianópolis: Conceito Editorial, Millennium Editora, 2009. p. 621-622.

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955–DF. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019, inteiro teor, p. 18.

²⁹⁵ Nesse sentido, “(H)á uma pluralidade de autoridades que têm competência para investigar e sancionar condutas tipicamente da alçada do Cade. Por exemplo, caso uma empresa faça cartel em licitação, além de enfrentar um processo no Cade, poderá ser investigada por ato lesivo à Administração Pública no âmbito do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União”. CABRAL, Mário Andrade. Não é só do Cade o combate a condutas anticompetitivas. São Paulo: Periódico Valor Econômico, publicado em 27 set. 2017. Disponível em < <https://valor.globo.com/opiniaao/coluna/nao-e-so-do-cade-o-combate-a-condutas-anticompetitivas.ghtml>>. Acesso em 28 dez. 2020.

²⁹⁶ Lei nº 8.078/1990, art. 82: “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.”

competência, “além de revisar as decisões do CADE, apreciar diretamente supostas infrações à ordem econômica, tanto na esfera cível, quanto na criminal”²⁹⁷.

O art. 47, Lei de Defesa da Concorrência, estabelece as chamadas ações de reparação de danos concorrenciais, que podem ser propostas após a condenação pelo CADE de uma infração à ordem econômica (ações *follow-on*), ou, como mencionado anteriormente, antes da instauração de processo administrativo (ações *stand alone*). Entretanto, o dispositivo também permite a propositura de ações para que os ameaçados ou lesados por práticas que constituem infração à ordem econômica postulem outras espécies de tutela perante o Poder Judiciário²⁹⁸, além da reparatória – como as tutelas declaratória, constitutiva, inibitória e de remoção do ilícito. Nesses casos, excetuadas as ações *follow-on*, o Judiciário deverá decidir fundamentadamente acerca da existência de prática ilícita, mediante a análise de amplo acervo probatório, com vistas a avaliar os potenciais efeitos anticompetitivos da conduta, assim como faria o CADE em sede de processo administrativo. Assim, o art. 47, Lei nº 12.529/2011, contempla situações em que a atuação do Poder Judiciário também é complexa, abrangendo questões técnicas alheias ao âmbito jurídico propriamente dito. Portanto, em verdade, sua atuação é complementar à do CADE, com vistas a garantir que a legislação antitruste tenha sua eficácia material garantida²⁹⁹.

De todo modo, partindo do fato de que o Poder Judiciário tem competência para decidir originariamente sobre supostas práticas anticompetitivas, seja para a concessão de uma medida liminar, seja para o deferimento de um pedido de indenização, nada mais coerente do que reconhecer sua competência técnica ou sua capacidade institucional também para a revisão do mérito das decisões do CADE envolvendo matéria concorrencial. Como afirma Daniel Casalta:

o argumento da falta de capacidade técnica do Poder Judiciário para lidar com questões complexas é contraditório com a própria jurisprudência do STF e de outros tribunais, que frequentemente admitem o controle judicial de mérito sobre decisões proferidas por órgãos administrativos em matérias igualmente técnicas e complexas, tais como direito ambiental e direito tributário³⁰⁰, não tendo o acórdão do Ministro

²⁹⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, 9. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 162.

²⁹⁸ CAMARGO GOMES, Adriano; VIOLADA, Kelly Fortes. *Private enforcement* do direito concorrencial: a tutela dos direitos nos casos de conduta unilateral. In: OLIMPIA, Anna; MOTTA, Ricardo. *Concorrência: um olhar contemporâneo sobre condutas unilaterais*. 1. ed. São Paulo: Editora Singular, 2021, p. 125-142.

²⁹⁹ Como leciona Paula Forgioni, “não se pode pretender que o CADE, a partir de seus gabinetes de Brasília, tenha condições de, sozinho, coibir o abuso de posições dominantes e de práticas anticompetitivas em todo o território nacional. A Lei 12.529/2011, na medida em que protege interesses difusos, ligados ao bom funcionamento do mercado e à defesa dos consumidores, deve ter sua eficácia material garantida pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário”. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 128.

³⁰⁰ “Em artigo sobre a decisão do Ministro Luiz Fux, Mauro Grinberg e Daniel Tobias Athias comentam que ‘não deve o Poder Judiciário, a título de falta de conhecimento, deixar de apreciar a matéria. Seria como, em matéria

Luiz Fux esclarecido em que medida as decisões do Cade merecem tratamento diferente.³⁰¹

De fato, em casos envolvendo outras áreas do direito, o Poder Judiciário admite a incursão no mérito de decisões tomadas em sede administrativa, reavaliando questões de fato e de direito decididas pela Administração Pública. Em matéria de direito ambiental, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça tem precedente em que revisou a devida aplicação da legislação ambiental pela autoridade administrativa, modificando a medida pela qual optou a Administração Pública, sob o argumento de que haveria medida menos gravosa para a melhor salvaguarda do meio ambiente:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEIO AMBIENTE. OMISSÃO INEXISTENTE. LICENÇA AMBIENTAL. ATO ADMINISTRATIVO. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE DA AUTORIZAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DA MEDIDA MENOS GRAVOSA. SÚMULA 7/STJ. MULTA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

[...] 4. O Tribunal de origem não afastou a competência do referido órgão, mas sim destacou o papel da Administração de identificar, dentro da análise casuística dos fatos, qual é a opção a ser implementada de modo a salvaguardar o meio ambiente.

5. Neste diapasão, cabe lembrar que compete ao Poder Judiciário imiscuir-se no mérito do ato administrativo, ainda que discricionário, para averiguar os aspectos de legalidade do ato, mormente quando as questões de cunho eminentemente ambientais demonstram a incúria da Administração em salvaguardar o meio ambiente.

6. E diante do contexto fático dos autos, adentrando o juízo de legalidade do ato administrativo, a Corte a quo reconheceu a ilegalidade da licença, porquanto haveria providência menos gravosa ao meio ambiente: instalação de mourões de madeira com cerca viva. [...] Agravo regimental improvido.³⁰²

Da mesma forma, em caso de processo administrativo disciplinar, o Supremo Tribunal Federal adentrou no mérito de decisão proferida pela autoridade administrativa, afastando, inclusive, o entendimento de que conceitos indeterminados estariam fora do campo de apreciação do Poder Judiciário. No caso, anulou-se processo disciplinar promovido pelo órgão administrativo entendendo o STF pela não ocorrência de ilícito:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES

tributária, deixar de analisar o mérito da exigência de um tributo porque a autoridade tributante tem conhecimento mais completo da matéria tributária”. GRINBERG, Mauro, ATHIAS, Daniel Tobias. *Cade e Judicialização: Análise de Mérito apud* CASELTA, Daniel; ADAME, Victor; MORAES, Bárbara. O controle judicial do mérito das decisões do Cade In: CAMARGO GOMES, Adriano (coord.). *Reparação de Danos Concorrenciais: Direito Material e Processo*. São Paulo: Editora Quartier Latin. No prelo, p. 12.

³⁰¹ CASELTA, Daniel; ADAME, Victor; MORAES, Bárbara. O controle judicial do mérito das decisões do Cade In: CAMARGO GOMES, Adriano (coord.). *Reparação de Danos Concorrenciais: Direito Material e Processo*. São Paulo: Editora Quartier Latin. No prelo, p. 12.

³⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 476.067/SP. Relator: Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22/05/2014, publicado no DJe em 28/05/2014.

DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE.

[...] 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de 'conceitos indeterminados' estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. [...] Recurso ordinário provido.³⁰³

Diante disso, havendo precedentes em outras áreas do direito reconhecendo a possibilidade de revisão de atos administrativos, sem utilizar a falta de *expertise* do Judiciário como justificativa para um suposto dever de deferência³⁰⁴, o acórdão do STF proferido nos autos de RE 1.083.955 AgRg poderia ter esclarecido em que medida as decisões do CADE se diferenciariam desses casos a ponto de justificar uma postura deferencial, mas não o fez³⁰⁵. Ao contrário, utilizou a experiência norte-americana como parâmetro para a implementação de uma teoria deferencial no Brasil, desconsiderando que “a história da Suprema Corte norte-americana se confunde com o julgamento de casos emblemáticos de Direito Antitruste. Foram e são precedentes exemplares daquela Suprema Corte que modelaram os fundamentos jurídicos do

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24699. Relator: Ministro Eros Grau. Primeira Turma, julgado em 30/11/2004 e publicado no DJe em 01/07/2005.

³⁰⁴ Acrescente-se aos precedentes caso envolvendo o preenchimento de vagas de deficiente em concurso público, em que o TRF1 determinou a possibilidade de revisão do ato administrativo, reexaminando os fatos e provas para chegar a uma conclusão diversa da autoridade administrativa: CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO COM CERATOCON. VAGA DE DEFICIENTE FÍSICO. REVISÃO JUDICIAL DE ATO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. LEGALIDADE E INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. IMPROCEDENTE. LAUDO MÉDICO COM DATA POSTERIOR À INSCRIÇÃO. ÔNUS DA PROVA. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. NÃO COMPROVADA. APELAÇÃO PROVIDA. [...] 2. Possibilidade de revisão judicial de atos administrativos, em atenção aos princípios constitucionais da legalidade e da inafastabilidade da jurisdição. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 00149600520-05.4.01.3400. Relatora: Juíza Federal Maria Cecília de Marco Rocha, Quinta Turma, julgado em 16/03/2016, publicado em 30/03/2016)

³⁰⁵ “A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito. [...] A fundamentação [...], diante da sua essencialidade, foi tornada obrigatória pela Constituição (arts. 93, IX, da CF, e 11 do CPC)”. ARENHART, Sérgio C.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, v. 1, 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 141-142.

capitalismo”³⁰⁶. A importação de modelos estrangeiros deve considerar as particularidades de cada jurisdição³⁰⁷, evitando o risco de esvaziamento da teoria das capacidades institucionais.

As pesquisas de jurisprudência destacadas anteriormente neste capítulo demonstraram que, em comparação com os demais temas pesquisados, há um maior índice de revisão de decisões do CADE em casos envolvendo a análise de cartéis. Isso ocorre especialmente porque, além de haver maior familiaridade no Poder Judiciário com esse tema, os casos envolvem uma menor dependência de provas econômicas³⁰⁸ – que muitas vezes têm maior complexidade –, sendo em diversos casos suficiente a comprovação da conduta por outros elementos de prova – como prova documental, oral e exibição de documento, por exemplo – para a caracterização da infração à ordem econômica (ilícitos *per se*)³⁰⁹. Assim, os julgadores se sentem mais confortáveis ao analisar esse tema específico de direito concorrencial, levando a um maior índice de revisão.

Diante do exposto, percebe-se a importância de que o Poder Judiciário promova a capacitação de seus membros e fortaleça sua capacidade institucional em matéria de direito concorrencial, porque a falta de *expertise* não pode ser fundamento para a escusa em analisar os casos antitruste. Como afirma Celso Campilongo, “[J]urisdições concorrenciais mais

³⁰⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Supremo Tribunal Federal e o CADE*. Periódico JOTA, Opinião & Análise, publicado em 14 jul. 2020. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-supremo-tribunal-federal-e-o-cade-14072020>>. Acesso em 10 abr. 2022

³⁰⁷ Em relatório realizado pela OCDE, constatou-se que “mesmo nas jurisdições que adotam o regime de revisão de legalidade (*legality review*), muitos casos concorrenciais tidos como complexos – por exemplo, definição de mercado relevante, existência de barreiras à entrada, existência de poder de mercado e avaliação dos efeitos concorrenciais das condutas – são normalmente submetidos ao controle judicial, entendendo-se, em geral, que essas matérias possuem dupla natureza (jurídica e fática) e podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário”. OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - Secretaria do Comitê de Concorrência, Diretoria de Assuntos Financeiros e Empresariais. *The standard of review by courts in competition cases - Background Note by the Secretariat*, 04/06/2019, *apud* CASELTA, Daniel; ADAME, Victor; MORAES, Bárbara. O controle judicial do mérito das decisões do Cade In: CAMARGO GOMES, Adriano (coord.). *Reparação de Danos Concorrenciais: Direito Material e Processo*. São Paulo: Editora Quartier Latin. No prelo, p. 19-20.

³⁰⁸ Conforme define Adriano Camargo Gomes, utilizando a doutrina de Ioannis Lianos, a prova econômica engloba os denominados “fatos” econômicos e a doutrina econômica. Os fatos econômicos são “dados estatísticos ou conceitos econômicos cujo significado é amplamente aceito na doutrina”, como as categorias de “custo fixo”, “custo variável” e “preço”. Já a doutrina econômica se refere aos conhecimentos econômicos, às “situações em que conceitos econômicos, não expressamente previstos em lei, são utilizados com conteúdo normativo nas decisões”. CAMARGO GOMES, Adriano. *Aplicação privada do direito de concorrência no Brasil: a adequação das regras processuais aos danos compensatórios* (Tese, Doutorado em Direito). 596 p. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 425-428).

³⁰⁹ Viu-se anteriormente que os casos envolvendo cartéis e tabelas de honorários médicos – e sua caracterização ou não como cartéis – são os mais revistos pelo Poder Judiciário brasileiro (percentual de revisão de 67% e 100%, respectivamente). Por outro lado, nos temas de abuso de posição dominante, venda casada, cláusula de unimilitância e omissão, recusa ou enganosidade, o CADE tende a ser mais bem-sucedido. DONAS, Frederico Carrilho. Competência do Poder Judiciário para revisar o mérito da decisão administrativa e análise qualitativa e quantitativa das ações contra decisões do Cade no Judiciário. In: DRAGO, Bruno de Luca; PEIXOTO, Bruno L. *A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros*. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 234, 235 e 240.

maduras do que a nossa facilitam e estimulam o *enforcement* privado da matéria antitruste”, de modo que “afirmar que a temática seria demasiadamente técnica, complexa e distante da *expertise* dos magistrados, apenas dificulta esse passo fundamental para o avanço da livre concorrência no País”³¹⁰.

Ciente da necessidade de capacitação do Poder Judiciário para decidir em matéria concorrencial, o Conselho da Justiça Federal (CFJ) editou a Resolução nº 445/2017, através da qual recomendou “que os tribunais regionais federais, na área de sua jurisdição, especializem varas federais com competência concorrente para processar e julgar feitos que versem sobre Direito da Concorrência e do Comércio Internacional” (art. 1º). Em cumprimento a essa recomendação, o TRF2 editou a Resolução nº 19/2018, que estabeleceu competência em matéria de concorrência e comércio internacional para a 1ª, a 2ª e a 6ª Varas da sede da Seção Judiciária do Espírito Santo (art. 35, I) e para a 16ª e 29ª Varas Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (art. 26, § 8º).

Portanto, defender a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos realizados pelo CADE não significa desprestigiar o trabalho de investigação, instrução e julgamento realizado pelo órgão de defesa da concorrência; pelo contrário, o acréscimo de uma instância judicial revisora apenas aumenta o grau de legitimação das decisões proferidas pelo CADE, pois reforça o ônus de fundamentação técnica da autarquia e incrementa o estímulo para uma maior eficiência administrativa do órgão. Sendo o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, responsável pela tutela dos direitos fundamentais, não poderia se eximir da análise de questões diretamente relacionadas à livre iniciativa e à livre concorrência. Mais uma vez, utilizando as palavras de Celso Campilongo:

Inexplicável que, em nome de suposto “dever de deferência”, o Supremo abdique de dar a palavra final – de “mérito” – sobre pilar essencial da ordem jurídica do mercado. A livre concorrência forma o ambiente propício para o sistema econômico capitalista. Manter esse sistema está no centro das principais prestações que o ordenamento jurídico pode oferecer à economia. Renunciar a esse dever significa abrir mão de uma das funções precípuas do Supremo, sem nenhuma base constitucional para fazê-lo.³¹¹

Mais do que isso, ao renunciar a seu dever de manifestação final sobre as questões de direito da concorrência, o Judiciário não apenas deixa de tutelar devidamente os direitos

³¹⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Supremo Tribunal Federal e o CADE*. Periódico JOTA, Opinião & Análise, publicado em 14 jul. 2020. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-supremo-tribunal-federal-e-o-cade-14072020>>. Acesso em 10 abr. 2022.

³¹¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Supremo Tribunal Federal e o CADE*. Periódico JOTA, Opinião & Análise, publicado em 14 jul. 2020. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-supremo-tribunal-federal-e-o-cade-14072020>>. Acesso em 10 abr. 2022.

fundamentais relacionados ao livre mercado, mas fere diretamente o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, sob o pressuposto falso de que o princípio da separação de poderes impediria a realização de um controle amplo das decisões proferidas pelo CADE.

4.3 INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO *VERSUS* SEPARAÇÃO DE PODERES

Como se depreende das decisões judiciais colacionadas anteriormente, os argumentos que se contrapõem em relação à possibilidade de revisão do mérito das decisões do CADE envolvem oposição entre dois princípios³¹²: de um lado, utiliza-se a inafastabilidade da jurisdição para fundamentar a possibilidade de ampla revisão das decisões do CADE, incluindo o mérito do ato administrativo; de outro, utiliza-se a separação de poderes para defender a limitação da revisão, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos realizados por órgãos do Poder Executivo – entre eles, o CADE.

Restou estabelecido neste trabalho que as decisões do CADE têm natureza administrativa e, em regra, não podem ser objeto de recurso no âmbito do Poder Executivo³¹³ – o que torna o CADE instância decisória única em todos os processos em que atua. Apesar disso, as decisões do órgão de defesa da concorrência têm o condão de causar impactos significativos para o mercado e os agentes envolvidos, em especial quando implicam na imposição de penalidades – obrigações ou multas – e na concretização de atos de concentração econômica³¹⁴. Logo, deixar de garantir às partes a possibilidade de rediscutir a matéria decidida pelo CADE no âmbito do Poder Judiciário equivale a impedir o exercício do direito fundamental de acesso à justiça³¹⁵, com o pressuposto equivocado de que a apreciação judicial

³¹² Segundo a teoria do jurista alemão Robert Alexy, princípios são espécie do gênero norma e podem ser definidos como mandamentos de otimização, razões *prima facie* que podem ser satisfeitas em variados graus. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 89-90). Além disso, pode-se afirmar que os princípios são dotados de força normativa, teoria defendida por Rui Barbosa, para quem “todas [as cláusulas da Constituição] têm força imperativa de regras ditadas pela soberania nacional”, e também por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, os quais definem os princípios, em especial os definidores de direitos fundamentais, como “dispositivos constitucionais [...] que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46-47).

³¹³ Lei nº 12.529/2011, art. 9º, § 2º: “As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições”. Em relação aos processos administrativos referentes aos atos de concentração econômica: art. 61, §3º: “Julgado o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo”.

³¹⁴ BURG, Amanda K.; GONÇALVES, Everton; STELZER, Joana. A revisão judicial das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 1, p. 217-243, jan./abr. 2019, p. 223-224.

³¹⁵ Há autores que argumentam que a impossibilidade de revisão plena das decisões do CADE pelo Poder Judiciário representa um óbice também à aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição, “ainda que entre instância

não poderia recair sobre o “mérito” decidido pelo órgão de defesa da concorrência – ou seja, a aplicação *in casu* da legislação antitruste –, para que não houvesse interferência indevida na competência exclusiva do Poder Executivo.

4.3.1 Princípio da inafastabilidade da jurisdição

O art. 5º, XXXV, Constituição Federal, estabelece o princípio da inafastabilidade da jurisdição³¹⁶ ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Com esse princípio, que é reafirmado no art. 3º, CPC³¹⁷, busca-se assegurar que “toda situação conflituosa que implique *ameaça* ou *lesão* a direitos, sejam eles individuais ou coletivos, possa ser submetida ao controle jurisdicional, independentemente de possuir ou não expressão econômica”³¹⁸. Em regra, a atividade jurisdicional é exercida pelo Poder Judiciário, mas não se pode afirmar que este detém o monopólio do poder jurisdicional, especialmente porque o ordenamento jurídico permite a resolução de conflitos tanto pelos outros Poderes, fora do Judiciário, quanto pelos particulares (por meio da arbitragem, por exemplo)³¹⁹. Não obstante,

administrativa e judicial”, princípio implícito na parte final do art. 5º, LV, Constituição Federal, garantindo que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Nesse sentido, ver GRINBERG, Mauro; ATHIAS, Daniel Tobias. *Cade e judicialização: análise de mérito*. Periódico JOTA, Opinião & Análise, publicado em 19 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cade-e-judicializacao-analise-do-merito-19082019>>. Acesso em 26 dez. 2020. No mesmo sentido, afirma Daniel Caselta que conferir competência exclusiva ao CADE em questões de matéria concorrencial “contraria a garantia processual do duplo grau de jurisdição, entendida, nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves, como ‘a possibilidade da revisão da solução da causa, ou seja, a permissão de que a parte possa ter uma segunda opinião concernente à decisão da causa’” (grifos no original). CASELTA, Daniel; ADAME, Victor; MORAES, Bárbara. O controle judicial do mérito das decisões do Cade In: CAMARGO GOMES, Adriano (coord.). *Reparação de Danos Concorrenciais: Direito Material e Processo*. São Paulo: Editora Quartier Latin. No prelo, p. 15. Contudo, esse não é um posicionamento majoritário da doutrina processualista, razão pela qual optou-se por manter apenas a análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição nesse trabalho.

³¹⁶ Há quem diferencie o direito ao acesso à justiça e o direito à inafastabilidade do controle jurisdicional, sob o argumento de que “a tutela de direitos ora reclama a presença de meios para solução de conflitos (o que, por sua vez, pode acontecer com ou sem a intervenção do Estado), ora simplesmente se manifesta sob a forma de criação de situações jurídicas subjetivas mediante a presença de prestação estatal (como, por exemplo, nos casos de providências em sede de julgamento de ações constitutivas necessárias). [...] Desse quadro resta evidente que o direito humano e fundamental ao acesso à justiça abarca todo um conjunto de providências que devem estar à disposição dos indivíduos que vai muito além da existência de uma estrutura do Estado destinada ao exercício da atividade jurisdicional. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional é uma de suas projeções, e compreende, em uma primeira aproximação, o direito da parte ao acesso efetivo ao emprego da jurisdição como fórmula destinada à tutela de direitos”. REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no Novo CPC. *Revista de Processo*, v. 258. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ago. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3JBpdKO>>. Acesso em 12 abr. 2022, p. 2-3.

³¹⁷ Art. 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

³¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v. 1, 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 80.

³¹⁹ “Considerando que existe um direito (não uma obrigação) do particular de pleitear a tutela judicial, fica fácil compreender que o Estado, ao incentivar a utilização dos meios adequados de solução de conflitos, não está de forma alguma afrontando o dispositivo que comento. A negociação, a mediação, a conciliação, os dispute boards

o atributo da imutabilidade é exclusivo das decisões judiciais, “de modo que as demais decisões, ainda que provenientes de órgãos administrativos, não são aptas a formar coisa julgada material”³²⁰.

Pela leitura do dispositivo constitucional, a presença da expressão “a lei não excluirá” no art. 5º, XXXV, Constituição, poderia levar à conclusão, por uma interpretação restritiva, de que o referido impedimento se aplicaria apenas à edição de leis pelo Poder Legislativo; é dizer, apenas a leis, em sentido estrito, não poderiam excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Contudo, o dispositivo deve ser interpretado de maneira ampla³²¹, incluindo todos os atos praticados com vistas a restringir a apreciação pelo poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito³²². Nas palavras de Egas Dirceu Moniz de Aragão, “se a lei não pode, nenhum ato normativo ou autoridade de menor hierarquia poderá ‘excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual’”³²³. Além disso, a simples ameaça a um direito é suficiente para autorizar que o titular desse direito ameaçado recorra ao Poder Judiciário, não sendo necessária a efetiva lesão para a interferência judicial.

O art. 25, Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporada no Brasil pelo Decreto nº 678/1992, é o principal documento internacional

e a arbitragem, entre tantos outros mecanismos extrajudiciais de solução de litígios, não conflitam com a garantia de acesso ao Poder Judiciário, já que todos têm fundamento no livre exercício da vontade dos contratantes. Em síntese, o cidadão é livre para escolher a forma pela qual quer resolver seu litígio. O que não pode ocorrer é o Estado retirar-lhe uma das opções, qual seja, a de acesso ao Poder Judiciário”. MORAES, Alexandre de. [et. al.] *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Editora Forense, Grupo GEN, 2018, *e-book*, Título II. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982423/>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

³²⁰ ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo (orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*, p. 166-200. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 168.

³²¹ “Ao [...] afirmar que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CF), nossa Constituição admite a existência de *direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva*. [...] Note-se que o art. 5º, XXXV, CF, posto que descenda nitidamente dos arts. 141, § 4º, CF/1946, e 153, § 4º, CF/1967, tem âmbito de proteção com *espectro muito mais largo* que os seus antecessores. [...] A tutela jurisdicional é a mais ampla possível no direito brasileiro”. SARLET, Ingo W.; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz G. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, *e-book*, p. 372. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593402/>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

³²² Em palestra realizada no âmbito do 26º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, promovido pelo IBRAC, o professor Eduardo Jordão fez uma leitura restritiva da expressão “a lei não excluirá”, argumentando que apenas o Poder Legislativo estaria impedido de excluir lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário. (Fala de Eduardo Jordão no 26º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, Painel 2, realizado pelo IBRAC. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=06kiRnZIDCY&t=1247s>>. Acesso em 12 abr. 2022). Contudo, esse não é o entendimento majoritário da teoria constitucional e processual. (RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria geral do processo*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 209).

³²³ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. O estado de direito e o direito de ação (a extensão do seu exercício). *Revista Brasileira de Direito Processual*, Rio de Janeiro: Editora Forense, a. IV, n. 16, p. 73, 4. trim., 1978.

com conteúdo similar ao art. 5º, XXXV, Constituição Federal, e reforça a interpretação ampla desse direito fundamental:

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados-Partes comprometem-se:
 - a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
 - b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
 - c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.³²⁴

Da conjugação dos dois dispositivos decorre a conclusão de que, sendo o Poder Judiciário o detentor do monopólio de apreciar controvérsias com força de coisa julgada, “[q]ualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, poderá o prejudicado ir às vias judiciais”³²⁵. Disso se extrai que a tutela jurisdicional “é o mais ampla possível no direito brasileiro”, envolvendo a defesa de direitos individuais e coletivos, e ainda “a *sindicabilidade dos atos da Administração Pública*”³²⁶.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição se associa ao direito de acesso à justiça³²⁷, um dos principais direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, cuja implicação se estende para além da simples abertura do Poder Judiciário às demandas individuais e coletivas. Para a plena observância desse princípio, exige-se (i) o respeito ao devido processo legal e à observância das garantias processuais e fundamentais durante o processo judicial; e (ii) a

³²⁴ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 13 abr. 2022.

³²⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Forense, Grupo GEN, 2022, e-book, capítulo 17. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>>. Acesso em: 13 abr. 2022>.

³²⁶ “Do ponto de vista da *amplitude*, nossa Constituição subtrai à tutela jurisdicional tão-somente a *revisão do mérito de punições disciplinares militares* (art. 142, § 2º, da CF/1988). Mesmo as chamadas *questões políticas* podem ser objeto de controle jurisdicional, desde que a partir delas se vislumbre exercício abusivo de prerrogativas políticas e violação de direitos fundamentais” (grifos no original). ARENHART, Sérgio C.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, v. 1, 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 213-214.

³²⁷ Destacam-se dois sentidos válidos e complementares para o termo “acesso à justiça”: (i) correspondente ao direito de acesso ao Poder Judiciário, mediante a equivalência de *justiça* e *Poder Judiciário*; e (ii) correspondente ao acesso a valores e direitos fundamentais aos seres humanos, concepção que parte de uma visão axiológica da justiça. RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria geral do processo*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 205-206.

garantia de eficácia das decisões após o provimento judicial³²⁸. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam que o direito à tutela jurisdicional deve ser analisado sob “três perspectivas: (i) do acesso à justiça; (ii) da adequação da tutela; e (iii) da efetividade da tutela”, de modo que (i) o acesso à justiça se dá da forma mais ampla possível, de maneira imediata e com a garantia de gratuidade aos necessitados; (ii) o processo deve ser capaz de promover a realização do direito material; e (iii) o resultado da demanda deve espelhar ao máximo o direito material que se busca tutelar.³²⁹⁻³³⁰

Com fundamento no princípio da inafastabilidade, Celso Antônio Bandeira de Mello elege o controle judicial dos atos administrativos como princípio constitucional do direito administrativo, argumentando que a unidade de jurisdição do Direito brasileiro leva à impossibilidade de se excluir qualquer contenda – incluindo aquelas entre Administração e administrados – da apreciação do Poder Judiciário³³¹. Desse entendimento, inclusive, decorre a possibilidade de apreciação judicial da legalidade, em sentido amplo, dos atos praticados em sede de competência discricionária administrativa, garantindo um exercício regular do poder discricionário, do qual não decorra qualquer arbítrio ou ilegalidade por parte da Administração Pública³³².

³²⁸ Preocupado com os aspectos sociais e econômicos que afetam a efetividade do princípio da inafastabilidade da jurisdição, Virgílio Afonso da Silva destaca que “o significado de acesso à justiça somente pode ser compreendido e efetivado se a norma do art. 5º, XXXV, for complementada por outras. Embora acesso à justiça costume ser entendido como acesso à jurisdição, trata-se necessariamente de uma ideia mais ampla. Para compreender essa amplitude, é possível distinguir três momentos: aquele que antecede à chegada de uma demanda ao Judiciário, o processo decisório judicial e os efeitos das decisões. Não apenas o primeiro, mas todos têm relação com a ideia de acesso à justiça. Além disso, este não pode ser compreendido de maneira atomizada, com o olhar estanque em cada procedimento judicial, trata-se de um processo que se retroalimenta continuamente”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 249.

³²⁹ SARLET, Ingo W.; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz G. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, e-book, p. 372-375. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593402/>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

³³⁰ o acesso à justiça é visto como um “metaprincípio constitucional”, que engloba diversos outros princípios encartados na Constituição, com o objetivo de garantir o ingresso em juízo, a prestação jurisdicional efetiva, bem como celeridade e segurança jurídica processuais. (RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria geral do processo*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 206-207).

³³¹ “É ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Neste mister, tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 116.

³³² “Os atos discricionários não constituem exceção ao princípio em pauta. Em primeiro lugar, porque o próprio Judiciário vai dizer se houve ou não regular exercício do poder discricionário. Em segundo lugar, em admitindo-se que o exercício foi regular, dele não surge nenhuma lesão de direito. Se porventura tal se der, abre-se naturalmente a porta de acesso ao Judiciário. Por nenhum autor é sustentado ser a discricionariedade uma chancela para o abrigo do arbítrio e da ilegalidade contra o controle jurisdicional.” BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2. v. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 173.

Em sua aplicação ao direito da concorrência, Paula Forgioni ensina que a interpretação ampla do princípio da inafastabilidade da jurisdição permite extrair duas consequências principais: (i) o Poder Judiciário pode apreciar diretamente as infrações à ordem econômica, seja na esfera cível ou penal; e (ii) está incluída na competência do Poder Judiciário a revisão das decisões tomadas pela autoridade antitruste, “sem qualquer limitação”, principalmente porque “a revisão judicial é a *segurança* do cidadão contra eventuais abusos ou enganos cometidos pelo Poder Executivo”³³³. Ademais, como se estabeleceu anteriormente, por força do art. 47, Lei nº 12.529/2011, a manifestação judicial pode ser provocada a qualquer momento, independentemente da existência ou não de processo administrativo em trâmite no CADE³³⁴. O próprio Ministro Luiz Fux, em julgamento do Superior Tribunal de Justiça em 2010, reforçou a aplicação do princípio da inafastabilidade em casos envolvendo o setor econômico e o direito da concorrência:

Deveras, a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE), não inibe a intervenção do Judiciário ‘in casu’, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo e, ‘a fortiori’, desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional [...].³³⁵

Não se desconsideram os argumentos da doutrina de que a intervenção judicial seria indevida porque (i) a lógica econômica dos processos concorrenciais é mais adequada ao CADE do que ao Poder Judiciário; (ii) “a possibilidade de revisão ampla e irrestrita das decisões administrativas do CADE pode gerar a sensação de impunidade e descrédito” do órgão de defesa da concorrência; e (iii) a morosidade do Judiciário é incompatível com a necessidade de resposta rápida aos agentes de mercado³³⁶. Quanto a esses argumentos, já foi demonstrado que

³³³ “O antitruste não é uma ciência exata, vários são os interesses que podem ser protegidos conforme o sentido da decisão e, sobretudo, a interpretação do mesmo texto legal altera-se profundamente com o passar do tempo” (grifos no original). FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, 9. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 162-164.

³³⁴ “Considerando a independência de instâncias, nada impede que o interessado utilize simultaneamente as vias administrativa e judicial para a defesa de seu direito. Não lhe é lícito, porém, recorrer à via administrativa quando já há decisão judicial transitada em julgado. O recurso à via administrativa é assegurado no art. 5º, XXXIV, “a” (direito de petição), e LV (contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a eles inerentes), da Constituição, ao passo que o socorro ao Judiciário está consagrado no art. 5º, XXXV, CF. Poderá ocorrer que a decisão numa esfera influa na de outra, mas não se pode opor, de início, vedação ao recurso concomitante às vias administrativa e judicial”. FILHO, José dos Santos C. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas Grupo GEN, 2021, e-book, capítulo 15. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027259/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

³³⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 677.585. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/12/2005, publicado no DJ em 13/02/2006.

³³⁶ ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo (orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*, p. 166-200. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 188.

o Poder Judiciário possui ferramentas processuais capazes de suprir suas deficiências técnicas no que se refere à análise de aspectos econômicos do mercado, razão pela qual a *expertise* do CADE não é elemento suficiente para levar à impossibilidade de reexame das suas decisões. Ainda, cabe ressaltar que, em uma perspectiva mais ampla, o direito positivo é o principal instrumento do Estado no exercício da sua função de legitimação, responsável por sustentar a manutenção do modo de produção capitalista³³⁷, e essa é a lógica aplicável ao direito da concorrência, de modo que o reforço representado pela apreciação judicial das demandas concorrenciais, tanto pela garantia de aplicação dos direitos fundamentais, quanto pelo controle da aplicação da Lei de Defesa da Concorrência, ocorre no interesse dessa legitimação³³⁸.

Ademais, também já restou demonstrado que a atuação do CADE é vinculada³³⁹, de modo que o controle judicial das suas decisões equivale justamente ao cumprimento do princípio da legalidade³⁴⁰. A apreciação do mérito da decisão administrativa equivale à verificação da interpretação e aplicação adequada da legislação concorrencial pela autoridade

³³⁷ Como leciona Eros Roberto Grau, “as teorizações do Estado de Direito nascem da luta da burguesia contra o poder absoluto do monarca, isto é, da luta pelo Estado juridicamente controlado/limitado [...]. No exercício da função de legitimação o Estado pretende atribuir ao sistema capitalista e à sua ordem política o reconhecimento de que sejam corretos e justos. [...] No exercício da função de *legitimação* o Estado, promovendo a mediação de conflitos de classe, dá sustentação à hegemonia do capital. Atuando como agente unificador de uma sociedade economicamente dividida e, ademais, fragmentada em grupos de interesses adversos, promove – e o Direito Positivo é o instrumento primordial dessa promoção – o que tenho referido como a transformação da luta social em jogo”. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2018, p. 36-37.

³³⁸ “Marçal Justen Filho ressalta a necessidade de que a temática do controle seja interpretada sob um viés de legitimação da atividade estatal, sujeitando o ‘administrador à fiscalização popular e à comprovação da realização democrática dos direitos fundamentais’” JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 1101 *apud* DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. *Agências regulatórias e controle judicial: parâmetros para uma atuação deferente do Poder Judiciário* (Tese, Doutorado em Direito), 199 p. Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2020, p. 53.

³³⁹ “Quando se tratasse de atividade de competência vinculada, a revisão judicial seria apenas para assegurar a consecução do único caminho legal previsto pela lei. Isto porque quando a Administração expedisse ato vinculado à uma predeterminação legal, já se encontraria esgotado o conteúdo político (mérito) da vontade estatal, expressada adequadamente pelo legislador no devido fórum deliberativo. Neste caso, a única opção disposta ao administrador seria a de executar o comando formado pelo poder legislativo. Na eventualidade de não o fazer, caberia a intervenção judicial para corrigir a disfunção”. MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública* (Dissertação, Mestrado em Direito), 232 p. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2020, p. 88.

³⁴⁰ Sobre o princípio da legalidade, em seu sentido amplo: “Deve-se ainda mencionar que, no direito penal, está em consideração proteção do cidadão diante das proibições e dos castigos arbitrários, razão pela qual seu conteúdo material se concretiza na taxatividade dos delitos. Em outros setores do ordenamento os direitos fundamentais objeto de tutela são diversos, mas também eles, quando garantidos constitucionalmente, se tornam vínculos de validade para a legalidade ordinária ou estrita. Em todos os casos, pode-se dizer que a mera legalidade coincide com a legitimação formal, enquanto a estrita legalidade, ao subordinar todos os atos, inclusive a lei, aos conteúdos dos direitos fundamentais, coincide com a legitimidade material. Significa dizer que a legalidade é essencial para o próprio Estado Democrático de Direito e, por isso, um postulado que não deve ser afastado sob qualquer hipótese”. MORAES, Alexandre de. [et. al.] *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Editora Forense, Grupo GEN, 2018, e-book, Título II. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982423/>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

antitruste, seja em relação aos aspectos procedimentais dos processos administrativos, seja pela observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, seja pela correta tipificação de uma conduta como infração à ordem econômica. Ressalvadas as hipóteses de poder discricionário, em que realmente há um juízo de conveniência e oportunidade imune à reapreciação judicial, não há que se falar em impossibilidade de revisão judicial das decisões do CADE.

Cabe ressaltar, ainda, em relação ao segundo argumento, que não se trata de defender que o Poder Judiciário substitua o CADE em sua função institucional, cuja importância e competência técnica devem, de fato, ser levadas em consideração pelos tribunais – e o são, como demonstram as consideráveis taxas de manutenção das decisões do CADE, mesmo quando analisado o mérito pelo Poder Judiciário³⁴¹. O que se defende é que nenhuma autoridade, seja administrativa ou judicial, está imune de equívocos ou falhas, de modo que a contribuição do princípio da inafastabilidade da jurisdição ao caso é a de permitir que, quando os particulares se sintam prejudicados indevidamente pela decisão administrativa, seja-lhes assegurado o direito de reapreciação da matéria pelo órgão controlador. Utilizando-se das palavras de Lenio Streck, quando falava da sindicabilidade constitucional de atos do Poder Legislativo,

em momento algum a posição externada deve confundir-se com qualquer defesa de uma hipertrofia do Judiciário ou sua elevação a patamar superior aos demais Poderes da República. Contudo, o controle dessa pretensa “ditadura do Judiciário” não pode ser feito em desrespeito à Constituição e à inafastabilidade da prestação jurisdicional, de modo que, hermeneuticamente, é possível e necessário estabelecer essa fronteira entre judicialização da política e ativismo, em que a primeira se apresenta de forma contingencial e inexorável ao paradigma vigente e o segundo como inadequado e danoso.³⁴²

Por fim, em relação ao terceiro argumento, não seria razoável utilizar a morosidade do Poder Judiciário como fundamento para afastar o controle sobre as decisões proferidas pelo CADE. Isso porque, para além do fato de que a própria autoridade antitruste demonstra “uma

³⁴¹ Como se pôde depreender da pesquisa realizada pelo IBRAC, 50% das decisões do CADE sofreram alteração pelo Poder Judiciário, e 49% foram mantidas. Especialmente considerando que a maioria das decisões não se exime de analisar a aplicação da legislação antitruste ao caso concreto, a taxa de manutenção das decisões do órgão de defesa da concorrência é significativa. DONAS, Frederico Carrilho. Competência do Poder Judiciário para revisitar o mérito da decisão administrativa e análise qualitativa e quantitativa das ações contra decisões do Cade no Judiciário. In: DRAGO, Bruno de Luca; PEIXOTO, Bruno L. *A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros*, p. 227-242. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 234.

³⁴² STRECK, Lenio L. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, Editora Forense, 2019, e-book, capítulo 4. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

relativa demora na apuração das infrações à ordem econômica”³⁴³, não se mostra suficiente utilizar somente esse fundamento para afastar a competência revisora do Judiciário, especialmente considerando a possibilidade de ofensa ao princípio constitucional de inafastabilidade da jurisdição.

4.3.2 Princípio da separação de poderes

A separação de poderes pode ser definida como o “fenômeno da separação das funções estatais, que consiste na forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do Poder político entre distintos órgãos do Estado”³⁴⁴. Consagrado como princípio fundamental da Constituição de 1988, o princípio da separação de poderes no Brasil está encartado no seu art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”; ademais, também configura uma das cláusulas pétreas do Estado brasileiro, por força do art. 60, § 4º, III, Constituição Federal³⁴⁵.

Segundo a teoria da separação de poderes, cada um dos três Poderes exerce as chamadas funções típicas, características de suas funções essenciais. Nesse sentido, constitui função típica (i) do Poder Executivo, a prática de atos de administração e chefia de Estado e de governo; (ii) do Legislativo, a função de legislar, com a concepção e edição de normas; e (iii) do Judiciário, a função jurisdicional, de julgar. Contudo, como se sabe, a separação de poderes não é rígida, mas fluida, permitindo que cada um dos três Poderes exerça, além de suas funções típicas, funções atípicas características dos demais Poderes³⁴⁶. Com efeito, (i) o Executivo

³⁴³ FERNANDES, Paula Kovalski. *A eficácia repressiva do CADE e o Poder Judiciário*: O controle jurisdicional dos processos administrativos – uma abordagem prática. (TCC, Graduação em Direito). 141 p. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2015, p. 71.

³⁴⁴ “O Poder invariavelmente é dotado de duas características: a) é um *fenômeno social* (porque concebido somente no âmbito social), e b) é *sempre bilateral* (porque é sempre uma correlação entre duas ou mais vontades: a vontade dos dominantes e a vontade dos dominados). [...] O Poder político, como fenômeno sociocultural, é uno e indivisível, uma vez que aquela “capacidade de impor”, decorrente de seu conceito, não pode ser fracionada. Embora realidade única, ela manifesta-se por meio de funções, que são, fundamentalmente, de três ordens, a saber: a executiva, a legislativa e a judiciária”. JÚNIOR, Dirley da Cunha. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: TAVARES, André R.; LEITE, George S.; SARLET, Ingo W. (org.) *Estado constitucional e organização do poder*, p. 265-290. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 266-267.

³⁴⁵ Art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes”.

³⁴⁶ Como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, a distribuição de funções entre os diferentes órgãos, na concepção ideológica de Montesquieu, “não se processa de maneira a preservar com rigidez absoluta a exclusividade de cada órgão no desempenho da função que lhe confere o nome. Esta solução normativa de estabelecer contemperamentos resultaria, ao menos no início, do explícito propósito de compor os chamados ‘freios e contrapesos’, mecanismo por força do qual atribuindo-se a uns, embora restritamente, funções que em tese corresponderiam a outros, pretende-se promover um equilíbrio melhor articulado entre os chamados ‘poderes’,

também exerce poder normativo (nas hipóteses de edição das leis delegadas, das medidas provisórias e decretos) e, em certos casos, também decide controvérsias³⁴⁷; (ii) o Legislativo tem competências de administração (como no caso das autorizações, aprovações e da sua organização interna) e de julgamento (como processar e julgar crimes de responsabilidade³⁴⁸); e (iii) o Judiciário exerce função normativa (quando aprova, por exemplo, os regimentos internos de cada tribunal) e pratica atos administrativos (relacionados à sua organização interna).³⁴⁹

A teoria clássica da separação tripartite de poderes já é objeto de relativizações³⁵⁰, em especial pelo surgimento no Estado contemporâneo de modelos institucionais que não se enquadram necessariamente em nenhuma das três funções estatais concebidas por

isto é, entre os órgãos do Poder, pois, na verdade, o Poder é uno”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 410 e p. 32.

³⁴⁷ Há polêmicas quanto à afirmação de que o Poder Executivo exerce função jurisdicional, sob o argumento de que as decisões administrativas “só são definitivas para ela própria Administração, imutabilidade esta que alguns denominam de ‘coisa julgada administrativa’”. Contudo, como a característica da função jurisdicional é “resolver controvérsias com força de definitividade”, a possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário, ainda que quanto aos aspectos de legalidade, impediria a afirmação de que o Poder Executivo exerce função jurisdicional (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 410 e p. 33-34). Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que o Executivo “não julga, na medida em que o contencioso administrativo, no quadro brasileiro, como o fazendário, não decide definitivamente os litígios” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, a. 16, n. 40, p. 67-81. São Paulo: abr./jun. 2015, p. 74). Contudo, ainda que não seja em exercício de função jurisdicional, é certo que a Administração tem competência para decidir controvérsias, como o faz, por exemplo, em processos disciplinares, e nos processos que tramitam pelo CADE, em que se decide, sem possibilidade de revisão no âmbito do Poder Executivo, sobre a ocorrência de infração à ordem econômica e sobre atos de concentração dos agentes de mercado.

³⁴⁸ Neste ponto, destacam-se as mesmas ressalvas quanto ao exercício de função jurisdicional pelo Poder Executivo: também para Celso Antônio Bandeira de Mello, diante do art. 5º, XXXV, Constituição Federal, no julgamento de crimes de responsabilidade, “a atuação do Legislativo, ao contrário do que é próprio do Judiciário, não produz coisa julgada, podendo por ele ser revista. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 410 e p. 33-34.

³⁴⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, a. 16, n. 40, p. 67-81. São Paulo: abr./jun. 2015, p. 73-74.

³⁵⁰ Bruce Ackerman, sem desconsiderar a importância teórica do modelo desenvolvido por Montesquieu, afirma que “[N]enhum outro campo de pesquisa acadêmica é tão intensamente dominado por um único pensador, quicá um pensador do século XVIII. Apesar de sua grandeza, Montesquieu não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório. E, mesmo assim, nós o seguimos sem maiores reflexões, assumindo ser possível captar adequadamente toda a complexidade contemporânea por meio de uma separação tripartite de poderes em legislativo, judiciário e executivo — sendo o direito administrativo comparado inserido, de alguma forma, dentro do último ramo da trindade. [...] Quase três séculos depois, já passa da hora de repensar a santíssima trindade de Montesquieu. Apesar de seu status canônico, ela nos mantém cegos para o surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciárias ou executivas. Embora a tradicional fórmula tripartite falhe ao capturar os modos característicos de operação de tais formas, essas unidades novas e funcionalmente independentes estão desempenhando um papel cada vez mais relevante em governos modernos”. ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Tradução de Diego W. Arguelhes e Thomaz Henrique J. de Andrade Pereira. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 265, p. 13-23. Rio de Janeiro: jan./abr. 2014, p. 14-15.

Montesquieu³⁵¹. As próprias agências reguladoras, por englobarem – com relevância de atribuições típicas – funções normativas, executivas e judicantes, representam um modelo institucional à primeira vista incompatível com a clássica concepção de separação de poderes definida pela Constituição³⁵². Contudo, a despeito das controvérsias e relativizações acerca da teoria, fato é que, como se pode se extrair dos julgados analisados anteriormente neste capítulo, um dos argumentos mais utilizados para a defesa de uma contenção do Poder Judiciário e da impossibilidade de revisão do mérito das decisões do CADE é uma suposta violação ao princípio da separação dos poderes. A construção desse argumento parte da ideia de que permitir uma revisão ampla das decisões administrativas pelo Poder Judiciário seria equivalente a autorizar uma intromissão indevida na competência do Poder Executivo, o que geraria um desequilíbrio na divisão entre os três poderes.

Contudo, a premissa do argumento é falha, porque não há uma relação necessária entre a ampliação do controle judicial sobre a atividade administrativa e a ofensa ao princípio da separação de poderes. De fato, a própria teoria clássica de Montesquieu não só autoriza, como julga necessário que “pela disposição das coisas, o poder contenha o poder”³⁵³. Se a própria configuração estrutural da jurisdição brasileira permite o desempenho de funções típicas e atípicas pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário³⁵⁴, não há razão para supor que a possibilidade de controle de um poder em relação ao outro seria incompatível com essa estrutura. Assim, o sistema de freios e contrapesos e a decorrente “adoção de importantes

³⁵¹ Odete Medauar considera o Ministério Público e os Tribunais de Contas como dois outros exemplos de instituições dificilmente enquadráveis nos conceitos dos três clássicos poderes propostos por Montesquieu. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 43.

³⁵² “No bojo da onda de privatização dos serviços públicos ocorrida nos anos 1990, várias agências reguladoras foram criadas com amplos poderes que envolvem tanto a criação de regras, quanto a sua execução, e também a solução de conflitos em seu âmbito de atuação. Por reunirem funções que se assemelham às funções legislativa, executiva e judicial, sua criação foi objeto de muita controvérsia e a compatibilidade dessas agências com a separação de poderes definida pela Constituição foi durante muito tempo questionada”. Diante disso, “com grande frequência os limites de seus poderes são questionados perante o Judiciário”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 469.

³⁵³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996, p. 166.

³⁵⁴ “Não é nada raro nem surpreendente que os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário desempenhem funções legislativas, por exemplo. Também ocorre de a função judicial ser desempenhada tanto por estruturas do Poder Executivo como por estruturas pertencentes ao Poder Judiciário. Ainda mais comum e inevitável é que os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário detenham competências executivas e administrativas próprias. Tudo isso é totalmente corrente e natural na aplicação *prática e concreta* do princípio da separação dos Poderes” (grifos no original). JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Editora Malheiros, SPDP, 2016, p. 622.

sistemas de controle jurídico do poder [...] passam a constituir o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes no Direito Contemporâneo”³⁵⁵.

O Estado contemporâneo, consagrado pela Constituição de 1988, transformou o Judiciário em um órgão de controle fundamental, que é levado a se posicionar de modo mais proativo diante das omissões, falhas e abusos praticados pelos poderes Executivo e Legislativo, sob pena de se mostrar conivente com a violação de direitos fundamentais.³⁵⁶ Como afirma Sérgio Cruz Arenhart, “é preciso um sistema jurídico maduro o suficiente para compreender a necessidade de revisão da ideia da ‘separação dos Poderes’, percebendo que não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público”³⁵⁷.

Nesse sentido, pode-se afirmar que “os objetivos da atuação controladora consistem em garantir a adesão [...] ‘à vontade democrática (por meio de um conceito de legalidade)’ e de ‘conferir justiça e racionalidade ao processo decisório conduzido em âmbito administrativo’”³⁵⁸. O controle, de um poder pelo outro, apenas reforça a legitimação democrática da atividade estatal.

Logicamente, “o juiz deve refletir [...] se suas decisões têm o risco de impactar de forma prejudicial a racionalidade das políticas públicas dos demais Poderes, e, caso se depare com a discricionariedade administrativa, deve praticar a autocontenção (*self-restraint*)”³⁵⁹. Contudo, especialmente no caso do CADE, cujas principais decisões são caracterizadas pela vinculação, não há que se falar em ingerência do Poder Judiciário na esfera do Executivo pela possibilidade de revisão judicial do mérito dessas decisões.

Diante disso, é plenamente possível compreender que os princípios da inafastabilidade da jurisdição e da separação de poderes coexistam harmonicamente, “justamente a partir da

³⁵⁵ MALDONADO, Maurílio. *Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos*: desenvolvimento do Estado brasileiro. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado, 2003, p. 15. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf>. Acesso em 02 mai. 2022.

³⁵⁶ JÚNIOR, Dirley da Cunha. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: TAVARES, André R.; LEITE, George S.; SARLET, Ingo W. (org.) *Estado constitucional e organização do poder*, p. 265-290. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 287-288.

³⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, a. 38, v. 225. São Paulo: RT, 2013, p. 397.

³⁵⁸ DALLLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. *Agências regulatórias e controle judicial*: parâmetros para uma atuação deferente do Poder Judiciário (Tese, Doutorado em Direito), 199 p. Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2020, p. 53.

³⁵⁹ NOHARA, Irene Patricia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, Grupo GEN, 2020, e-book, capítulo 9. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025262/>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

delimitação da esfera política dos atos administrativos, isto é, da área de livre decisão não sujeita a controle judicial, bem como através da fixação de parâmetros claros para revisão pelo Poder Judiciário dos atos praticados pelo Poder Executivo”³⁶⁰. Nessa concepção, o aspecto da esfera exclusivamente política do ato administrativo praticado pelo CADE, no exercício de sua competência discricionária, permanece imune ao controle judicial, em respeito à separação de poderes. Contudo, os demais atos administrativos e decisões proferidas no âmbito de processos administrativos do CADE – no exercício de sua competência vinculada e correspondente à aplicação da legislação antitruste ao caso concreto – é plenamente examinável judicialmente, com fundamento no próprio princípio da legalidade.

5 CONCLUSÃO

Para atingir o objetivo deste trabalho de procurar compreender a amplitude do controle das decisões do CADE pelo Poder Judiciário, buscou-se percorrer um caminho que se inicia a partir de contribuições da teoria política, e percorre a doutrina do direito administrativo e do direito concorrencial, bem como de algumas decisões da jurisprudência brasileira sobre o tema.

Nesse percurso, verificou-se, como ponto de partida, que o CADE se situa no âmbito da relação entre Estado e mercado, relação que, por sua vez, é marcada por contradições estruturais inerentes ao Estado capitalista. Utilizando a teoria de Claus Offe, estabeleceu-se que o Estado capitalista precisa conciliar permanentemente interesses contraditórios, diante da necessidade de conformar a manutenção da reprodução do modo de produção capitalista, o interesse burocrático autoinstitucional do Estado e sua legitimação.

A institucionalização do CADE enquanto entidade voltada à defesa da livre concorrência no mercado se volta a duas funções do Estado capitalista: (i) a manutenção do modo de produção capitalista, através de sua atuação alocativa repressiva sobre o mercado, com vistas a proteger o interesse capitalista global (sistêmico); e (ii) a legitimação do Estado, mediante a ocultação de sua função perante o segmento capitalista e o segmento não capitalista. Da contradição estrutural entre as diferentes racionalidades exigidas em cada uma dessas atividades, desponta a questão da legitimação do CADE, no que se refere ao déficit proveniente de suas contradições estruturais internas, central para o presente trabalho.

³⁶⁰ CARDOZO, Maria Izabel Andrade Lima. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional no Direito na Concorrência Pós-Constituição de 1988*. (Dissertação, Mestrado em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional), 93 p. PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2005, p. 13.

Diante desse cenário, o déficit da legitimação de tipo técnico-político da entidade de defesa da concorrência não encontra muita solução no âmbito do Poder Executivo, razão pela qual a aderência do Poder Judiciário se apresenta como oportunidade de agregar uma instância revisora cuja legitimação se funda na legalidade. É dizer, já no primeiro capítulo foi possível verificar que a revisibilidade das decisões do CADE pelo Poder Judiciário – entidade aparentemente revestida de diversos tributos e garantias, como imparcialidade e independência – reforça a legitimação da entidade de defesa da concorrência.

No segundo capítulo, procurou-se compreender os diversos aspectos da atuação do CADE, também para confirmar a ideia apresentada ao final do primeiro capítulo sobre o tipo de legitimação que orienta as atividades da autarquia. A análise dos aspectos históricos do surgimento do CADE no Brasil, bem como a descrição de sua estrutura interna e das funções que exerce – especificamente no que se refere ao controle dos atos de concentração e à investigação e julgamento dos processos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica – evidenciou três aspectos principais: (i) a legitimação de tipo técnico-político da autarquia; (ii) a conflitualidade entre a racionalidade alocativa (burocrática) da atuação do CADE e a racionalidade produtiva (funcional) do mercado; e (iii) a impossibilidade de se afirmar que a autarquia está imune de equívocos na interpretação da legislação concorrencial para a tomada de suas decisões, razão pela qual, diante da impossibilidade de recurso administrativo no âmbito do Poder Executivo (arts. 9º, § 2º e 61, § 3º, Lei nº 12.529/2011), o Judiciário aparece, mais uma vez, como alternativa para o controle da melhor aplicação dos dispositivos legais a cada caso concreto.

O estudo da classificação dos atos administrativos vinculados e discricionários permitiu verificar – com apoio da teoria do direito administrativo – que a discricionariedade não pode ser encarada como sinônimo de liberdade na atuação administrativa, de modo que o trabalho interpretativo do agente ao praticar um ato deve estar pautado em uma concepção ampla de legalidade, e esse trabalho interpretativo é controlável pelo Poder Judiciário. Além disso, concluiu-se que, apesar da natureza técnica de sua atuação, e com exceção de poucos atos praticados pela autarquia em sede de competência discricionária – nomeadamente a celebração de TCCs, de ACCs e a exigência de submissão de atos de concentração que não preenchem os requisitos do *caput* do art. 88, Lei nº 12.529/2011 – os atos administrativos proferidos pelo CADE são vinculados. Portanto, também pela perspectiva da doutrina administrativa, o controle judicial das decisões do CADE não só é benéfico, como necessário, dada a natureza vinculada de sua atuação.

No terceiro capítulo, foram analisados os principais fundamentos utilizados pelos tribunais brasileiros para justificar a maior ou menor amplitude do controle judicial das decisões do CADE. As diversas decisões expostas na primeira parte do capítulo, com suporte nas pesquisas de jurisprudência realizadas pelo SBDP e pelo IBRAC, evidenciaram que as taxas de revisão e manutenção das decisões do CADE são praticamente iguais (em média, 49% das decisões são mantidas, e 50% sofrem alteração pelo Poder Judiciário), mas há uma tendência do Poder Judiciário de reexaminar os fatos e provas dos autos, adentrando no aspecto do “mérito” das decisões do CADE, é dizer, a aplicação da legislação antitruste.

Ademais, apesar de haver uma significativa dispersão jurisprudencial quanto aos argumentos utilizados pelos tribunais, puderam ser sintetizados dois posicionamentos principais: (i) em relação às decisões no sentido da possibilidade de revisão judicial ampla das decisões do CADE, argumenta-se que os atos administrativos da autarquia são vinculados e, para a devida observância do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, o Judiciário deve estar autorizado a analisar o mérito das decisões do órgão de defesa da concorrência; e (ii) em relação às decisões que defendem a impossibilidade de revisão do mérito das decisões do CADE, algumas sustentam que elas seriam discricionárias, mas a grande maioria argumenta que a incursão no mérito implicaria em violação ao princípio da separação de poderes, uma vez que a autarquia detém competência exclusiva para decidir questões envolvendo o direito da concorrência, de modo que ao Poder Judiciário caberia tão somente analisar os aspectos de legalidade e os requisitos de formação do ato administrativo.

Destacou-se, ainda, a principal decisão sobre o tema, proferida em 2019 pelo STF, nos autos de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955-DF, que firmou um importante precedente no sentido da impossibilidade de análise do mérito das decisões do CADE pelo Poder Judiciário. Ao proferir sua decisão, o acórdão do STF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, teve como supedâneo dois fundamentos: (i) a existência de um suposto dever de deferência do Poder Judiciário às decisões do CADE; e (ii) a falta de capacidade institucional dos tribunais brasileiros para decidir acerca das questões de natureza técnica que envolvem as decisões proferidas pelo CADE, *expertise* que somente o órgão de defesa da concorrência possuiria, em razão de sua competência conferida pela Lei nº 12.529/2011.

Contudo, ao se analisar mais detidamente a teoria da deferência administrativa invocada pelo STF, verificou-se que há uma série de ressalvas à sua aplicação, entre as quais destacam-se: (i) a complexidade das decisões administrativas, que podem ter aspectos técnicos e jurídicos predominantes simultaneamente; (ii) a possibilidade de redução da deferência em

favor de uma maior intervenção judicial nos casos em que há risco à violação de valores jurídicos; (iii) a visão de túnel típica de autoridades especializadas, que as levaria a desconsiderar questões importantes que fogem à sua *expertise*; e (iv) o viés subjetivo da especialização, que possibilita a permeabilidade a interesses externos e o favorecimento de determinados interesses, em detrimento de outros. A orientação indicada pela decisão do Supremo parece desconsiderar tanto as ressalvas à teoria que utiliza, quanto os impactos de seu posicionamento. Assim, considerando a incipiência da utilização da teoria da deferência no Brasil, é parecer ser fundamental que a matéria seja analisada com maior cuidado, com vistas a definir o grau de sua aplicabilidade no país, considerando suas ressalvas, e a possibilidade de mitigação do posicionamento deferente a depender das circunstâncias fáticas de cada caso.

Posteriormente, enfrentou-se o argumento de que a instituição que estaria mais apta a proceder à interpretação da legislação concorrencial seria o CADE, devido à sua maior capacidade institucional em relação ao Poder Judiciário. Sobre esse ponto, destacou-se a importância de se levar em conta o art. 47, Lei nº 12.529/2011, que autoriza a propositura de ações para que os ameaçados ou lesados por práticas que constituam infração à ordem econômica postulem diversas espécies de tutelas perante o Poder Judiciário – contemplando, inclusive, situações em que a atuação do Poder Judiciário é complexa. Ademais, a legislação processual civil permite que os tribunais sejam auxiliados por peritos para suprir a necessidade de análises técnicas mais complexas. Assim, considerando a competência do Poder Judiciário de decidir originariamente sobre questões relativas ao direito da concorrência, seria mais coerente reconhecer também a sua competência – ou capacidade institucional – para a revisão ampla das decisões do CADE.

Nessa perspectiva, a atuação do Poder Judiciário como instância revisora se dá, em verdade, em complementaridade à atuação do CADE, com vistas a garantir que a legislação antitruste tenha sua eficácia material garantida. Nesse ponto, ressaltou-se, mais uma vez, que a revisão judicial permite um reforço ao grau de legitimação das decisões proferidas pelo CADE, especialmente por aumentar o ônus de fundamentação técnica da autarquia e estimular uma maior eficiência administrativa do órgão de defesa da concorrência.

Por fim, a análise dos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e separação de poderes buscou apontar para a possibilidade de que ambos coexistam harmonicamente, sem a necessidade de que o emprego de um deles leve à anulação do outro. Para tanto, ponderou-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição deve ser interpretado de maneira ampla, de modo a permitir a revisão judicial pelo ente controlador sempre que os

particulares se sintam prejudicados indevidamente pela decisão administrativa. Ademais, a ideia de uma radical proibição da interferência judicial nos atos proferidos por outros Poderes não se coaduna com a concepção de que atividade de controle é essencial para a legitimação do Estado. Nesse sentido, defendeu-se que os poucos atos administrativos do CADE praticados em sede de competência discricionária permanecem imunes a um controle judicial amplo, em respeito à separação de poderes, ao passo que todas as demais decisões do CADE são plenamente passíveis de controle pelo Judiciário, em todos os seus aspectos.

Portanto, o caminho percorrido por esta dissertação permite afirmar que, nos limites dos aspectos analisados – seja na perspectiva da teoria política (primeiro capítulo), legal e doutrinária (segundo capítulo) ou jurisprudencial (terceiro capítulo) –, a conclusão parece ser a de que o controle das decisões do CADE pelo Poder Judiciário deve ser amplo.

Assim, se é certo o entendimento exposto neste trabalho, de que a revisibilidade judicial das decisões do CADE reforça a legitimidade da própria entidade de defesa da concorrência, então parece adequado reconhecer que essa revisibilidade está sustentada pelo próprio princípio da democracia e, portanto, de sua consolidação e fortalecimento. Sim, porque, em última instância, submeter a legitimação de natureza predominantemente técnica a uma legitimação constituída pela legalidade, ainda que ambas estejam acobertadas por uma legitimação de tipo político, constitui, em última instância, uma alternativa voltada ao fortalecimento da democracia, uma vez que a legalidade, no Estado de Direito, tem como supedâneo o processo democrático.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Tradução de Diego W. Arguelhes e Thomaz Henrique J. de Andrade Pereira. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 265, p. 13-23. Rio de Janeiro: jan./abr. 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. O estado de direito e o direito de ação (a extensão do seu exercício). *Revista Brasileira de Direito Processual*, Rio de Janeiro: Editora Forense, a. IV, n. 16, p. 73, 4. trim., 1978.

ARENHART, Sérgio C.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, v. 1, 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, a. 38, v. 225. São Paulo: RT, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, v. 2, n. 21. Rio de Janeiro, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, v. 5, n. 8. Fortaleza, jan./dez. 2009, p. 11. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 24 abr. 2022.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2. v. São Paulo: Saraiva, 1989.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

BINICHESKI, Paulo Roberto. A Doutrina Chevron: o ocaso anunciado? *Revista CEJ*, a. XXI, n. 73, p. 29-39. Brasília: set./dez. 2017.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cartilha do CADE*. Brasília: maio de 2016, p. 7. Disponível em <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2022.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Perguntas sobre infrações à ordem econômica*. Publicado em 22/12/2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>>. Acesso em 30 abr. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1181643/RS, Relator: Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 01/03/2011, publicado no DJe em 20/05/2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 677.585. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/12/2005, publicado no DJ em 13/02/2006.

BRASIL, Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação Cível nº 0025807-08.2001.4.01.3400. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, 6ª Turma, julgado em 21/11/2011, publicado no e-DJF1 em 07/03/2012.

BRASIL, Tribunal Regional Federal (3ª Região). Apelação nº 0014995-56.2005.4.03.6100. Relatora: Desembargadora Federal Marli Ferreira, 4ª Turma, julgado em 18/02/2015, publicado no e-DJF3 em 23/02/2015.

BRASIL, Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação Cível nº 5004068-77.2015.4.04.7001, Relatora: Maria de Fátima Freitas Labarrère, 2ª Turma, julgado em 03/09/2019, juntado aos autos em 05/09/2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 0800.024581/1994-77.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Departamento de Estudos Econômicos. *Documento de Trabalho No. 001/10: Delimitação de Mercado Relevante*. Brasília, novembro de 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Departamento de Estudos Econômicos. *Documento de Trabalho No. 006/2021: Atualização do debate sobre a definição de mercado relevante*. Brasília, dezembro de 2021. Disponível em <<https://bit.ly/3EIZnnF>>. Acesso em 24 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cade condena Tecon Suape por cobrança de THC2*. Publicado em 03/02/2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-condena-tecon-suape-por-cobranca-de-thc2>>. Acesso em 27 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômico. *Institucional: Competências*. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/competencias>>. Acesso em 01 mai. 2022.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 13 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 476.067/SP. Relator: Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22/05/2014, publicado no DJe em 28/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.436.903-DF. Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 01/12/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.436.903-DF. Relator: Ministro Herman Benjamin, decisão monocrática, julgado em 27/03/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 1.083.955–DF. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 18/12/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955–DF. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24699. Relator: Ministro Eros Grau. Primeira Turma, julgado em 30/11/2004 e publicado no DJe em 01/07/2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação Cível nº 0002817-13.2007.4.01.3400, Relator: Desembargador Federal Souza Prudente, 5ª Turma, julgado em 27/04/2016, publicado no e-DJF1 em 12/05/2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação Cível nº 0043687-03.2007.4.01.3400, Relator: Desembargador Kássio Nunes Marques, 6ª Turma, julgado em 30/03/2015, publicado no e-DJF1 em 17/04/2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação Cível nº 0025319-53.2001.4.01.3400, Relator: Juiz Federal Convocado Alexandre Jorge Fontes Laranjeira, 5ª Turma, julgado em 19/05/2010, publicado no e-DJF1 30/07/2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Processo nº 0012731-72.2005.4.01.3400, 6ª Turma, Relator Convocado Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa, julgado em 09/07/2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação Cível nº 5001303-26.2012.4.04.7200, Relator: Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, 4ª Turma, julgado em 14/11/2018, juntado aos autos em 20/11/2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região). Apelação nº 0015379-81.2002.4.05.8100, 4ª Turma, julgado em 15/05/2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 00149600520-05.4.01.3400. Relatora: Juíza Federal Maria Cecília de Marco Rocha, Quinta Turma, julgado em 16/03/2016, publicado em 30/03/2016.

BURG, Amanda K.; GONÇALVES, Everton; STELZER, Joana. A revisão judicial das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 1, p. 217-243, jan./abr. 2019.

CABRAL, Mário Andrade. Não é só do Cade o combate a condutas anticompetitivas. São Paulo: *Periódico Valor Econômico*, publicado em 27 set. 2017. Disponível em <<https://valor.globo.com/opiniaao/coluna/nao-e-so-do-cade-o-combate-a-condutas-anticompetitivas.ghtml>>. Acesso em 28 dez. 2020.

CADE. Institucional: Histórico do CADE, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>>. Acesso em 06 set. 2021.

CAMARGO GOMES, Adriano. *Aplicação privada do direito de concorrência no Brasil: a adequação das regras processuais aos danos compensatórios*. Tese (Doutorado em Direito), 596 p. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CAMARGO GOMES, Adriano; VIOLADA, Kelly Fortes. *Private enforcement* do direito concorrencial: a tutela dos direitos nos casos de conduta unilateral. In: OLIMPIA, Anna; MOTTA, Ricardo. *Concorrência: um olhar contemporâneo sobre condutas unilaterais*. 1. ed. São Paulo: Editora Singular, 2021.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Supremo Tribunal Federal e o CADE*. Periódico JOTA, Opinião & Análise, publicado em 14 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-supremo-tribunal-federal-e-o-cade-14072020>>. Acesso em 10 abr. 2022.

CARDOZO, Maria Izabel Andrade Lima Cardozo; Alvarez, Alejandro Bugallo. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional no Direito da Concorrência Pós-Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, 2005. 92 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

CARDOZO, Maria Izabel Andrade Lima. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional no Direito na Concorrência Pós-Constituição de 1988*. (Dissertação, Mestrado em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional), 93 p. PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2005.

CARNOY, Martin. *Estado e Teoria Política*. 4. Ed. São Paulo: Papyrus, 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Discrecionalidade Técnica e Controle Judicial. In: *Revista de Direito da Administração Pública*, a. 1, v. 2, n. 1, jan/jun 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual direito administrativo*. 35. ed. Barueri: Atlas, 2021.

CARVALHO, André C.; CARVALHO, Maryan J. C.; CARVALHO, David F. Fundamentações Teóricas sobre o Estado Capitalista. *A Economia em Revista*, v. 22, n. 1, p. 67-83, julho de 2014.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Aspectos históricos da defesa da concorrência. In: CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529*, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert (Orgs.). *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013.

CASELTA, Daniel; ADAME, Victor; MORAES, Bárbara. O controle judicial do mérito das decisões do Cade In: CAMARGO GOMES, Adriano (coord.). *Reparação de Danos Concorrenciais: Direito Material e Processo*. São Paulo: Editora Quartier Latin. No prelo.

CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529*, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. O mérito do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 79, p. 23-37. Rio de Janeiro, 1965, p. 36-37. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/26727>>. Acesso em 16 abr. 2022.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. *A natureza das decisões do CADE e seu controle pelo Poder Judiciário*. [s. l.], [s.d.]. Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/s8s50sv>>. Acesso em 02 abr. 2022.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. Judicial Review of CADE's Decisions, In: VILLELA, Mariana et al. *Overview of competition law in Brazil*, p. 371-393. São Paulo: IBRAC, Editora Singular, 2015.

DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. *Agências regulatórias e controle judicial: parâmetros para uma atuação deferente do Poder Judiciário* (Tese, Doutorado em Direito), 199 p. Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2020.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução de Mariana Echalar. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, n. 9. Salvador: fev/mar/abr de 2007, p. 3. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 30 mar. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: CARLIN, Volnei Ivo (Org.). *Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi*. Florianópolis: Conceito Editorial, Millennium Editora, 2009.

DIETER, Maurício S. O Programa de política criminal brasileiro: funções declaradas e reais – contribuições de Claus Offe para fundamentação da crítica criminológica à teoria jurídica das penas. *Revista Eletrônica do CEJUR*, a. 2, v. 1, n. 2, p. 21-47. Curitiba, ago./dez. 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DONAS, Frederico Carrilho. Competência do Poder Judiciário para revisitar o mérito da decisão administrativa e análise qualitativa e quantitativa das ações contra decisões do Cade no Judiciário. In: DRAGO, Bruno de Luca; PEIXOTO, Bruno L. *A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros*, p. 227-242. São Paulo: Editora Singular, 2018.

FERNANDES, Paula Kovalski. *A eficácia repressiva do CADE e o Poder Judiciário: O controle jurisdicional dos processos administrativos – uma abordagem prática*. (TCC, Graduação em Direito). 141 p. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. 1. ed. Tradução de Alexander A. de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, e-book.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Discrecionalidade nas Decisões do Cade sobre Atos de Concentração. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, vol. 4, nº 6, III Seminário Internacional de Direito da Concorrência. São Paulo: [s. d.]. Disponível em: <<https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicacoes/discrecionalidade-no-cade>>. Acesso em 02 abr. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, a. 16, n. 40, p. 67-81. São Paulo: abr./jun. 2015.

FILHO, Calixto Salomão. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

FILHO, José dos Santos C. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas Grupo GEN, 2021, e-book, capítulo 15. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027259/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

FLÁVIO GOMES, Luiz. *A dimensão da magistratura: no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, 9. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Entropia Jurídica: A Decisão do STF – O óbvio e perigoso ‘error in judicando’ (estudo de caso)*. São Paulo: Franceschini e Miranda Advogados, 2021. Disponível em < <https://www.fm-advogados.com.br/entropia-juridica-a-decisao-do-stf-o-obvio-e-perigoso-error-in-judicando-estudo-de-caso/>>. Acesso em 03 abr. 2022.

FRASER, Nancy. Crise de legitimação? Sobre as contradições políticas do capitalismo financeirizado. *Cadernos de Filosofia Alemã*, v. 23, n. 2, pp.153-188. São Paulo, 2018.

FREITAG, Bárbara. *A teoria crítica: ontem e hoje*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1986.

GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. *Direito Antitruste*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*, p. 115-135. Curitiba: Editora do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, 1996.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras*. 524 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2018.

GRINBERG, Mauro; ATHIAS, Daniel Tobias. *Cade e judicialização: análise de mérito*. Periódico JOTA, Opinião & Análise, publicado em 19 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cade-e-judicializacao-analise-do-merito-19082019>>. Acesso em 01 mai. 2022.

GRINBERG, Mauro; SOMENSI, Ludmila. O Cade e o Poder Judiciário: Atos Vinculados. In: BAGNOLI, Vicente et al. (coord.). *5 Anos Lei de Defesa da Concorrência: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro*. São Paulo, IBRAC, 2017.

IBRAC. 26º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, Painel 2. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=06kiRnZIDCY&t=1247s>>. Acesso em 12 abr. 2022.

JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle*. São Paulo: Editora Malheiros, SPDP, 2016.

JORDÃO, Eduardo. *Levando a Deferência a Sério*. Periódico JOTA, Publicistas, publicado em 12 mai. 2020. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/levando-a-deferencia-a-serio-12052020>>. Acesso em 14 abr. 2022.

JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGERNSA. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 537-571, jul./dez 2018.

JUNIOR, Renato Toledo C.; JORDÃO, Eduardo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 537-573. Rio de Janeiro: 2018.

JÚNIOR. Dirley da Cunha. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: TAVARES, André R.; LEITE, George S.; SARLET, Ingo W. (org.) *Estado constitucional e organização do poder*, p. 265-290. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 1101 *apud* DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. *Agências regulatórias e controle judicial: parâmetros para uma atuação deferente do Poder Judiciário* (Tese, Doutorado em Direito), 199 p. Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2020.

LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. O processo administrativo no CADE e os problemas da regulação concorrencial brasileira (Dissertação, Mestrado em Direito), 169 p. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEDEIROS, Isaac Kofi. Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública (Dissertação, Mestrado em Direito), 232 p. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz G. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, e-book, p. 372. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593402/>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. [et. al.] *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Editora Forense, Grupo GEN, 2018, e-book, Título II. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982423/>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; TRIGUEIRO, Michelângelo. Legitimação em Habermas, Luhmann e Offe. *Sociedade e Estado*, v. 2, p. 239-260. Brasília, jul./dez. 1990.

NOHARA, Irene Patricia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, Grupo GEN, 2020, e-book, capítulo 9. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025262/>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico; BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares* - 2010. Paris: OCDE, 2010.

OFFE, Claus. atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. In: *Sociedade e Estado em transformação*. Brasília: Enap: 1999.

OFFE, Claus. O dilema da tecnocracia. Tradução de Gustavo F. Bayer. *Tecnocracia e ideologia*, p. 70-84. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975.

OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OFFE, Claus. The Capitalist State and the Problem of Policy Formation. In: LINDBERG, Leon (Ed.). *Stress and Contradiction in Contemporary Capitalism*. D.C. Heath, 1975, p. 128. Disponível em: < <https://www.ssc.wisc.edu/~wright/SOC621/offcap.pdf> >. Acesso em 19 abr. 2022.

OLIVEIRA, Mayara S. de; VASCONCELOS, João Paulo A. Aspectos polêmicos do acordo de leniência. *Colloquium Humanarum*, v. 12, n. Especial, p. 657-665. São Paulo, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022. Ebook.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Fábio Queiroz. Judicialização das lides concorrenciais no brasil: limites e possibilidades *Revista do IBRAC, Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol.14, 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, Grupo GEN, 2022, e-book, capítulo 17. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

PIRES, Antônio Cecílio Moreira. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *Ebook*.

PISKE, Oriana. A função social da magistratura na contemporaneidade. *Revista do TRF1*, v. 26 n. 5/6. Brasília, maio/junho 2014.

POULANTZAS, Nicos. *Classes in Contemporary Capitalism*. London: New Left Books, 1975.

POULANTZAS, Nicos. *Political Power and Social Classes*. London: Verso Edition, 1978.

PRZEWORKSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Tradução de Argelina C. Figueiredo e Pedro P. Z. Bastos. Rio de Janeiro: Editora Relume-Dumará, 1995.

REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no Novo CPC. *Revista de Processo*, v. 258. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ago. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3JBpdKO>>. Acesso em 12 abr. 2022.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial a priori: um mesmo rosto, atrás de um novo véu? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – REDAC*, v. 22, jan./fev. 2016.

RODRIGUES, Cyro Mascarenhas. *Estado e seletividade de políticas públicas: uma abordagem teórica e evidências empíricas ao nível da política de extensão rural no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 1994.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria geral do processo*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SAES, Décio. A questão da autonomia relativa do Estado em Poulantzas. *Crítica marxista*, v. 1, n. 7, p. 46-66. São Paulo: Editora Xamã, 1998.

SANTOS, Humberto. Deferência judicial às decisões do CADE e o equilíbrio entre os poderes constituídos. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 9, n. 2, p. 75-94. Brasília, 2021.

SARLET, Ingo W.; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz G. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, e-book, p. 372-375. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593402/>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 249.

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 e Supremo Tribunal Federal (STF)*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

STRECK, Lenio L. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, Editora Forense, 2019, e-book, capítulo 4. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari Discrecionalidade e revogação do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, v. 2, n. 6.

SUNSTEIN, Cass. Law and administration after Chevron. *Columbia Law Review*, New York, vol. 90, 1990.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*. 91 2002-2003, v. 101:885, p. 885-951, Michigan: fev. 2003. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles>. Acesso em 15 abr. 2022.

SUNSTEIN, Cass. On the costs and benefits of aggressive judicial review of agency action. *Duke Law Journal*, v. 1989, n. 3, p. 522-537. Duke University School of Law: jun. 1989. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1372577>>. Acesso em 15 abr. 2022.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, v. 1, 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo (orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*, p. 166-200. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.