

Maria Izabel Andrade Lima Cardozo

**Discricionariedade e Controle
Jurisdicional no Direito da
Concorrência Pós-Constituição de 1988**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

DEPARTAMENTO DE DIREITO
Programa de Pós-Graduação em Teoria Geral do
Estado e Direito Constitucional

Rio de Janeiro
Setembro de 2005

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO



Maria Izabel Andrade Lima Cardozo

**Discricionariedade e Controle Jurisdicional
no Direito na Concorrência Pós-Constituição de 1988**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Alejandro Bugallo Alvarez

Rio de Janeiro
Setembro de 2005



Maria Izabel Andrade Lima Cardozo

**Discricionariedade e Controle Jurisdicional
no Direito na Concorrência Pós-Constituição de 1988**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Alejandro Bugallo Alvarez

Orientador
Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª. Ana Lúcia de Lyra Tavares

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Francisco Mauro Dias

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. João Pontes Nogueira

Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais - PUC-Rio

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Maria Izabel Andrade Lima Cardozo

Graduou-se em Direito na UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro) em 1993. Concluiu curso de pós-graduação em Direito da Economia e da Empresa na Fundação Getúlio Vargas em 1997. É advogada, trabalha em Pinheiro-Neto Advogados, desde 1991.

Ficha catalográfica

Cardozo, Maria Izabel Andrade Lima Cardozo

Discricionariedade e Controle Jurisdicional no Direito da Concorrência Pós-Constituição de 1988/ Maria Izabel Andrade Lima Cardozo; orientador: Alejandro Bugallo Alvarez. – Rio de Janeiro: PUC; Departamento de Direito, 2005.

v., 92 f.: il.; 29,7 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Discricionariedade. 3. Controle Jurisdicional. 4. Direito da Concorrência. I. Alvarez, Alejandro Bugallo. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD:004

Agradecimento

Aos meus pais, pelo amor e carinho renovados a cada dia,
às minhas irmãs queridas e parceiras,
ao Ricardo, cuja trajetória é mais do que um exemplo,
ao Michael, em cujos valores me inspiro,
aos amigos, em especial Julio Dubeux, Luís Cláudio e Mariana Villela,
Leonardo Perez e José Alexandre, pelas palavras de estímulo nos momentos
difíceis, sem falar das ótimas sugestões,
a Alejandro Bugallo, querido professor e orientador, pela valiosa
contribuição,
ao Tuky, por mergulhar comigo nesses e noutros desafios, sempre com
amor e obstinação,
e aos nossos filhos, Luca e Luiz Bernardo, que dão sentido a tudo isto, a
quem dedico este trabalho.

Resumo

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.

A presente dissertação se propõe a analisar a extensão do controle judicial aplicável às decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (“CADE”), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça que detém a competência legal de prevenir e reprimir infrações à ordem econômica. Analisaremos a extensão, e não a viabilidade em si, do controle judicial aplicável às decisões do CADE, pois é princípio assente em nosso Direito, com respaldo no próprio texto constitucional, que nenhuma lesão de direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988). Por uma questão lógica e programática, iniciaremos o estudo abordando aspectos relevantes da discricionariedade administrativa, que é um dos temas mais apaixonantes do Direito Público e que mereceu a incansável dedicação de juristas ilustres, como Seabra Fagundes, Caio Tácito, Afonso Rodrigues Queiró, Eduardo García de Enterría, Celso Antônio Bandeira de Mello, apenas para citar alguns. Dentro do amplo tema da discricionariedade, despertou-nos especial interesse a relação entre a competência discricionária e os conceitos jurídicos indeterminados. Essa discussão, embora ainda incipiente em nosso ordenamento jurídico, vem atraindo cada vez mais a atenção dos estudiosos em direito administrativo, não havendo ainda uma uniformidade de opiniões a respeito do assunto. A seguir, analisaremos as técnicas de controle judicial dos atos administrativos de forma geral, que, desde as Teorias do Desvio de Poder e do Controle dos Motivos do Ato Administrativo, foram sendo aprimoradas ao longo dos anos. Aqui também abordaremos a superação, a partir do pós-positivismo, do antigo dogma da insindicabilidade do mérito do ato administrativo, especialmente em caso de violação a princípios gerais de direito assegurados pelos ordenamentos constitucional e infraconstitucional vigentes. Abordados os aspectos relevantes acerca da discricionariedade administrativa, passaremos a analisar os princípios

jurídicos que regem a ordem econômica, a finalidade inspiradora da legislação infraconstitucional de proteção ao direito da concorrência e, em especial, as competências legais do CADE. Em capítulo específico, examinaremos ainda a natureza jurídica das decisões proferidas pelo CADE nos processos de conduta e nos atos de concentração econômica, o que é imprescindível para se determinar a extensão do controle judicial aplicável. Pretendemos dar especial ênfase à controvérsia na doutrina quanto à existência ou não de discricionariedade em favor do CADE para deferir ou indeferir atos de concentração submetidos à sua análise, identificando em que situações hipotéticas a discricionariedade poderia se verificar. Nesse contexto chama a atenção a faculdade outorgada ao CADE pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (art. 54, parágrafos 1º e 2º), de aprovar determinadas operações que, embora sejam potencialmente lesivas à concorrência, são capazes de gerar eficiências, segundo a acepção do termo no âmbito do direito econômico, como, por exemplo, avanços tecnológicos, aumento ou diversificação na produção, aprimoramento na qualidade dos bens ou serviços, entre outras. Pretendemos indicar como a doutrina tem interpretado esses dispositivos legais, isto é, se eles representam ou não a outorga de uma certa margem de discricionariedade ao CADE nessas situações. A nossa proposta, assim, é tentar delimitar o núcleo de incidência da discricionariedade, acaso existente, e a extensão do controle judicial aplicável às decisões do CADE, levando em consideração a existência de conceitos jurídicos indeterminados na Lei nº 8.884/94, bem como o papel que os princípios hoje exercem como balizadores da atuação de qualquer ente administrativo. Também buscaremos traçar um perfil dos litígios existentes contra o CADE, realizando uma análise crítica da jurisprudência brasileira, para após tecer nossas considerações finais sobre o tema.

Palavras-chave

Discricionariedade; ato administrativo; controle jurisdicional; direito da concorrência; CADE.

ABSTRACT

Cardozo, Maria Izabel Andrade Lima Cardozo; Alvarez, Alejandro Bugallo (Advisor). **Discretion and Judicial Review in Antitrust Law after the Constitution of 1988**. Rio de Janeiro, 2005. 92 p. MSc. Dissertation - Law Department, *Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro*.

The objective of the present essay is to analyze the judicial review applicable to the decisions rendered by the Administrative Council of Economic Defense (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – “CADE”), an agency reporting to the Ministry of Justice legally competent to prevent and repress violations to the economic order. This essay analyzes the extent but not the viability, *per se*, of the judicial review applicable to CADE’s decisions, because it is a principle of Brazilian Law, supported by the Federal Constitution, that the “law shall not exclude from appreciation by the Judiciary Branch an injury or threat to a right” (art. 5, XXXV, of the 1988 Federal Constitution). For the sake of logic and planning, this essay will initially approach relevant aspects of administrative discretion – one of the most fascinating themes of Public Law and worthy of endless dedication by distinguished jurists such as Seabra Fagundes, Caio Tácito, Afonso Rodrigues Queiró, Eduardo García de Enterría, and Celso Antônio Bandeira de Mello, among others. In the scope of administrative discretion, the relationship between discretionary competence and undetermined legal concepts was an issue that has specially called our attention. This discussion, although still incipient in our legal system, has increasingly been attracting the attention of scholars dedicated to administrative law. Nonetheless, a peaceful understanding has not been reached in this respect yet. The techniques for judicial review of administrative acts – which have been perfected since the establishment of the theories of Deviation of Power and Control of the Reasons of the Administrative Act - will be analyzed subsequently. We will also address the elimination, in the post-positivism era, of the ancient dogma banning the judicial review of the merits of the administrative act, especially in case of violation of legal principles guaranteed by the Constitution and ordinary legislation. After the analysis of the relevant aspects of administrative discretion, we will review the legal principles that govern the economic order, the objectives of antitrust

legislation and, mainly, CADE's legal competence. In a specific chapter, we will focus on the legal nature of the decisions rendered by CADE in cases involving anticompetitive practices and in the analysis of concentration acts, which is necessary in order to determine the extent of the judicial review applicable. Special attention was drawn on the controversy regarding the existence or not of discretionary powers on the benefit of CADE in granting or denying approval to concentration acts submitted to its analysis. We will also identify situations in which such discretionary powers could theoretically take place. In this scenario, the faculty granted to CADE by Law 8,884 of June 11th, 1994 (art. 54, paragraphs 1 and 2) to approve certain transactions which, although potentially harmful to competition, might give rise to efficiencies - in the scope of the meaning attributed to the term by economic law - such as, for instance, technological progress, production increase or diversification, improvement of the quality of goods or services, among others. This essay also indicates how legal scholars have construed such legal provisions, i.e., whether or not such legal provisions actually confer a certain discretion to CADE under those circumstances. Thus, the aim of this essay is to outline the area of administrative discretion, if any, and the extent of the judicial review applicable to CADE's decisions, taking into consideration the existence of undetermined legal concepts in Law No. 8,884/94, as well as the role played by the principles in guiding the acts performed by any administrative entity. This essay also seeks to delineate the profile of the existing disputes against CADE in Brazilian Courts and to make a critical analysis of our case law. At the end we will make our final considerations on this subject matter.

Key Words

Discretion; administrative act; judicial review; antitrust law; CADE.

SUMÁRIO

1. Introdução	12
2. Discricionariedade Administrativa e Controle Jurisdicional	16
2.1 Conceito de Discricionariedade	16
2.2 Justificação da Discricionariedade	19
2.3 Discricionariedade na norma em abstrato e no ato administrativo	22
2.4 O Mérito do Ato Administrativo, a evolução das técnicas de controle jurisdicional, os limites à discricionariedade –	25
3. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência	33
3.1 O caráter instrumental da tutela da concorrência – As normas constitucionais que regulam a ordem econômica	33
3.2 As competências legais do CADE	36
4. A Natureza jurídica das decisões do CADE	40
4.1 Existe discricionariedade nas decisões do CADE?	40
4.2 Discricionariedade e Conceitos Jurídicos Indeterminados	41
4.3 Os Conceitos Jurídicos Indeterminados na Lei nº 8.884/94	48
4.3.1 Os elementos volitivos e subjetivos do administrador não integram a decisão do CADE	49
4.3.2 O caráter normativo dos conceitos indeterminados previstos na Lei nº 8.884/94	52
4.3.3 A aplicação dos conceitos indeterminados conduz a uma única solução válida perante o Direito – O dever de boa administração como fator de eliminação da discricionariedade no caso concreto	54
4.4 O argumento da discricionariedade técnica	56
4.5 A interpretação do artigo 54, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 8.884/94	60

5. O Poder Judiciário e o CADE	65
5.1 O “Leading Case” da jurisprudência brasileira	65
5.2 O perfil das demandas judiciais envolvendo o CADE	69
5.3 Caso UNIMED – Foz do Iguaçu	72
5.4 Caso CSN – Cartel do Aço	75
5.5 Balanço crítico da atividade revisional do Poder Judiciário	79
6. Conclusão	83
7. Referências Bibliográficas	86

Lista de figuras

Figura 1 – Evolução da atividade do CADE 68

Figura 2 – O CADE no judiciário 68

Figura 3 - Perfil do contencioso concorrencial do CADE 70

1

Introdução

A discricionariedade administrativa é tema dos mais instigantes e disputados no âmbito do Direito Público, tendo suscitado ao longo dos anos debates acalorados e opiniões nem sempre convergentes nas mais diversas jurisdições. Não obstante a vasta bibliografia já existente, o tema continua sendo investigado sob os mais diferentes aspectos, merecendo novos estudos a cada vez que o Estado modifica o seu modo de intervir na ordem econômica e social em um dado momento histórico.

Quando se fala em discricionariedade, outro tema igualmente interessante e controverso surge a reboque, qual seja, o controle judicial dos atos administrativos e os limites da atuação do Poder Judiciário nesse particular. Certamente podemos afirmar que são assuntos complementares, não fazendo sentido tocar num sem o outro abordar.

A nossa proposta de estudo, dentro desse vastíssimo tema, consiste em verificar qual a extensão do controle judicial aplicável às decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (“CADE”), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça com a competência legal de prevenir e reprimir infrações à ordem econômica.

Não se discute aqui a viabilidade em si do controle judicial, mas sim os seus contornos e limites, em razão do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que representa um direito fundamental do cidadão, consagrado expressamente no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 (“CF”), segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹.

Por outro lado, em função do princípio constitucional da separação dos poderes, segundo o qual “são Poderes da União, independentes e harmônicos

¹ O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional ganhou status constitucional após a Segunda Guerra Mundial, quando foi incorporado às Constituições de países que vivem sob o regime do Estado Democrático de Direito. Exemplo disso são a Constituição de Portugal, que estabelece como garantias fundamentais o “acesso ao direito” (art. 20, 1) e a “tutela jurisdicional efectiva” (art. 268-4) e a Constituição da Espanha, que assegura o “derecho a tutela judicial” (art. 24, 1). Também contemplam-no as Constituições da Itália (art. 24) e da Alemanha (art. 19.4).

entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º, CF), é importante verificar se o controle exercido pelo Poder Judiciário está sujeito a limites diante de uma possível área de livre atuação administrativa.

A nosso ver, os princípios constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação dos poderes são compatíveis entre si, não representando valores excludentes. A harmonização desses princípios se faz justamente a partir da 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.

O objetivo do nosso trabalho é justamente indicar como essa harmonização entre os princípios constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação dos poderes pode ser alcançada no âmbito do controle judicial das decisões proferidas pelo CADE. Daí sustentarmos a necessidade de serem estabelecidos critérios bem definidos, tanto para delimitar eventual margem de discricionariedade que a lei venha a outorgar ao CADE, como também para nortear a intervenção do Poder Judiciário neste particular.

O tema da dissertação também tem a ver com a configuração que o Estado brasileiro hoje ostenta graças às mudanças institucionais trazidas pelos bons ventos da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu novos parâmetros para a intervenção do Poder Público na ordem econômica, financeira e social do país. Essas transformações ocorreram, em grande parte, na década de 90, que foi marcada pela abertura da economia, estabilização da moeda, flexibilização dos monopólios estatais, eliminação de restrições ao capital estrangeiro e um amplo programa de desestatização.

Paralelamente às mudanças oriundas da própria Constituição Federal e de suas respectivas emendas, também se verificou no período relevante uma fértil produção legiferante na esfera infraconstitucional. E isto se deu, evidentemente, com o propósito de aparelhar o ordenamento jurídico com remédios eficazes para a tutela dos direitos de segunda e terceira geração que foram consagrados pela nova ordem constitucional.

Na década de 1990 surgiram as normas de proteção ao consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.90), aos titulares de plano de saúde (Lei nº 9.656, de 3.6.1998) e aos clientes de instituições financeiras (Resoluções BACEN nº 2.878/2001 e

2892/2001). No mesmo período verificou-se a adoção de uma política específica de proteção ao meio ambiente (Lei nº 9.605, de 12.02.1998), restringindo o campo de liberdade dos agentes econômicos, bem como de um sistema de defesa da livre concorrência (Lei nº 8.884, de 11.6.1994)².

Foi nesse contexto que despontaram as agências reguladoras como instrumento da atuação estatal, que não se reduziu, mas apenas mudou de forma, com a conseqüente transformação do Estado, antes intervencionista, em Estado regulador³. Conseqüentemente, a atuação estatal se deslocou do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com maior participação do Estado na regulação e fiscalização das atividades econômicas e, sobretudo, da prestação de serviços públicos.

Diante desse novo perfil do Estado brasileiro, pareceu-nos importante revisitar o tema da discricionariedade e do controle judicial dos atos administrativos, direcionando, porém, o nosso estudo à questão da defesa da concorrência, que é uma das formas de intervenção estatal na iniciativa privada.

O tema também nos pareceu pertinente e atual diante do papel cada vez mais importante que o CADE vem assumindo na sociedade brasileira. Como vivemos sob um regime democrático de direito, não são raros os pronunciamentos de inconformismo da própria sociedade ou de setores específicos sobre certas decisões proferidas pelo CADE, sobretudo em casos de repercussão nacional, como, por exemplo, o caso do cartel do aço, a fusão da Brahma com a Antarctica (caso AMBEV), e mais recentemente a compra da Garoto pela Nestlé (Caso Nestlé/Garoto)⁴, que no presente momento se encontra sob discussão judicial, entre outros já decididos pela referida autarquia, que ainda geram polêmica nos circuitos acadêmicos.

Por meio deste trabalho, pretendemos dar uma singela contribuição ao acirrado debate sobre a possibilidade de questionamento judicial das decisões

² Também foram promulgadas, nesse período, a Lei nº 8.158, de 8.1.91, já revogada, bem como a Lei nº 9.021, de 30.3.1995, que deu implementação ao CADE, mas a lei de maior importância sobre a matéria é a Lei nº 8.884/94, também conhecida como a Lei da Concorrência.

³ São oportunos, a esse respeito, os comentários de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, pp. 25-26.

⁴ A operação de compra da Garoto pela Nestlé foi efetivada em fevereiro de 2002 e somente dois anos depois apreciada e vetada pelo CADE, sob o argumento de que haveria uma concentração de mais de 58% do mercado de chocolates. A Nestlé tentou de todas as formas impugnar a decisão do CADE, ainda na esfera administrativa. Em seu último recurso, em abril de 2005, a empresa pedia que o Conselho reapreciasse o ato de concentração, sob a alegação de que teria havido irregularidades no processo administrativo.

proferidas pelo CADE. Essas decisões, é importante frisar, possuem um elevado caráter técnico, pois, ao apreciar a legalidade das condutas empresariais dos agentes econômicos e suas repercussões efetivas ou potenciais na concorrência, o CADE realiza uma análise econômica das condições de concorrência em um dado mercado relevante de bens ou serviços, além do exame de cunho propriamente jurídico, o que requer uma dose razoável de conhecimento de direito econômico dos Conselheiros e demais funcionários que integram o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Como metodologia de trabalho, utilizamos substratos da literatura jurídica brasileira e estrangeira, especialmente da área do direito administrativo, decisões administrativas do CADE, precedentes jurisprudenciais em ações ajuizadas contra a referida autarquia, bem como a interpretação de dispositivos da Constituição Federal e da Lei nº 8.884/94.

2

Discricionariedade Administrativa e Controle Jurisdicional

2.1

Conceito de discricionariedade

A Administração é dotada de poderes administrativos para bem cumprir a tarefa de realizar o interesse público, constituindo verdadeiras ferramentas de trabalho à disposição do ente público. A depender do grau de liberdade que a Administração possui para a prática de seus atos, esses poderes são classificados ora como vinculados, ora como discricionários. Poder *vinculado* ou *regrado* é o que a lei confere à Administração para a prática de atos, especificando-lhe a forma de agir, o conteúdo, os motivos, a finalidade, enfim, todos os requisitos essenciais ao ato. Nessa categoria de atos, a liberdade de agir da Administração é bastante reduzida, pois a lei já determina, de forma minudente, o seu modo de atuação, do qual não pode se afastar, sob pena de invalidade do ato.

Não é sempre, contudo, que a lei descera em minúcias para explicitar o “modus operandi” da Administração. Por vezes concederá ao ente público maior liberdade para a execução de suas tarefas, hipótese em que gozará de um poder *discricionário* ou de *discricionariedade* para decidir qual a melhor forma de atingir o interesse público tutelado em lei.

Como ponto de partida para o estudo da discricionariedade, que é o tema central deste capítulo, buscamos a definição clássica do termo nas lições de renomados estudiosos do direito administrativo.

Para Hely Lopes Meirelles, “poder discricionário é o que o Direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com **liberdade na escolha** de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”¹. Segundo o magistério de Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernandez, “a discricionariedade é essencialmente uma **liberdade de eleição** entre alternativas igualmente justas, ou, se prefere, entre indiferentes jurídicos porque a

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 116.

decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos, etc...) não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração”.²

Seabra Fagundes, por sua vez, define competência discricionária da seguinte forma: “Para a prática de alguns atos, a competência da Administração é estritamente determinada na lei, quanto aos motivos e modo de agir (...). Noutros casos, a lei deixa a autoridade administrativa **livre** na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender. Nestes casos, a competência é livre ou discricionária”³.

Além das definições ora transcritas, o conceito comporta outras tantas acepções na doutrina. O ponto comum entre todas elas é o de que a discricionariade implica **liberdade de ação**, dentro dos limites traçados na lei, para escolha da solução que melhor atenda ao interesse público definido pelo legislador. No exercício da competência discricionária, o agente da administração fica livre para avaliar os motivos que ensejam a sua atuação, podendo optar pela medida mais acertada e adequada às circunstâncias fáticas do caso, segundo o seu próprio juízo de conveniência e oportunidade, vinculando-se, no entanto, a alguns critérios rígidos, como a competência, a forma e a finalidade do ato, que em geral são elementos previamente estabelecidos na lei.

Qualificamos de *relativa* essa liberdade de agir do administrador, porque não se trata de escolher uma solução qualquer não proibida pelo ordenamento jurídico. Espera-se, ao revés, que o administrador eleja a solução lícita que se mostrar mais adequada às circunstâncias fáticas, isto é, a que satisfaça otimamente o interesse público em questão⁴. E também porque existem certos elementos do

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Direito Administrativo*, p. 394.

³ FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p.82.

⁴ Para Antônio Celso Bandeira de Mello, a administração estará sempre vinculada ao dever de adotar a melhor solução no caso concreto, tanto nos casos de discricção, quanto nos casos de vinculação. Assim desenvolve o seu raciocínio: “Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fiveleta para o atendimento do interesse público. Tanto faz que se trata de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre propõe isto. Se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela norma, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei”.(MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Discricionariade e*

ato administrativo, como a competência, que são absolutamente vinculativos, recaindo a discricção apenas sobre os critérios de conveniência e oportunidade, que compõem aquilo que a doutrina define como “mérito” do ato administrativo.

A definição tradicional de discricionariedade sofreu algumas variações ao longo do tempo, embora indiscutível a associação entre este fenômeno e o grau maior ou menor de indefinição do *iter* a ser percorrido pelo administrador ao fazer cumprir a finalidade da lei.

Dentre essas variações a de maior relevo está refletida na opinião dos que defendem que a discricionariedade administrativa não se resume à liberdade de decisão no caso concreto, compreendendo ainda a **possibilidade de o agente público integrar o sentido dos conceitos jurídicos indeterminados ou imprecisos** que existem no plano abstrato das leis, conceitos esses que resultam da impossibilidade de o legislador catalogar em tipo fechado todas as ocorrências do mundo da vida suscetíveis de disciplina legal⁵.

Sobre o tema é interessante citar a posição defendida por Germana de Oliveira Moraes, em recente tese de doutorado, na qual propõe que a noção clássica de discricionariedade, concebida à época em que o Direito se identificava exclusivamente com a legalidade (“direito por regras”), seja repensada e redefinida à luz da compreensão filosófica contemporânea do Direito (“direito por princípios”). A proposição tem por fim vincular a atividade administrativa não só à legalidade estritamente considerada, mas também aos princípios constitutivos do ordenamento jurídico.

Nesse passo, a autora defende a ampliação do conceito clássico de discricionariedade para abranger não só a liberdade de opção do administrador (margem de livre decisão) e de integração dos conceitos jurídicos indeterminados (complemento da previsão aberta da norma), como também a possibilidade de valoração do interesse público primário, o que se faz mediante a ponderação de todos os interesses secundários a serem afetados pela prática do ato (ponderação

Controle Judicial, p. 33).

⁵ Esses conceitos jurídicos a que nos referimos são expressos por termos, estes sim imprecisos ou indeterminados, que dificultam a atividade de interpretação do intérprete da norma, conduzindo muitas vezes a incertezas ou ambigüidades. São exemplos clássicos os conceitos de “ordem pública”, “boa-fé”, “vício oculto”, “concorrência desleal”, “interesse público”, “bom pai de família”, “utilidade pública”, entre tantos outros.

valorativa de interesses concorrentes) ⁶.

A proposta de reformulação do termo segundo os critérios acima mencionados certamente contribui para uma delimitação mais precisa dos contornos da discricionariedade administrativa, que, no atual estágio do pensamento jurídico, deve subordinar-se não só à lei estritamente considerada, mas aos princípios jurídicos que formam e instruem o sistema⁷.

2.2

Justificação da Discricionariedade

Os fundamentos que a doutrina nacional e estrangeira invocam para justificar a outorga de discricionariedade à administração pública são diversificados, mas há um consenso de que ela funciona como um *instrumento* para a consecução da finalidade inspiradora da lei⁸.

A referência dos italianos a um “*dovere di buona amministrazione*” significa que toda a atividade administrativa, vinculada ou não, está subordinada

6 “A discricionariedade é a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios não positivados de conveniência e de oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito” (MORAES, Germana Oliveira de. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, p. 48).

7 Eduardo García de Entoría e Tomás-Ramón Fernández entendem que os princípios são excelentes parâmetros para o controle da legalidade dos atos discricionários: “Os princípios gerais do Direito proporcionam, por isso, outros tantos critérios que haverão de ser levados em conta na hora de julgar as atuações discricionais. Convém lembrar a tal propósito que os princípios gerais do Direito são uma condensação dos grandes valores jurídicos materiais que constituem o *substratum* do ordenamento e da experiência reiterada da vida jurídica. Não existem, pois, em uma abstrata e indeterminada invocação da justiça ou da consciência moral ou da discricção do juiz, senão, antes porém, na expressão de uma justiça material especificada tecnicamente em função dos problemas jurídicos concretos e objetivada a lógica mesma das instituições. O controle da discricionariedade através dos princípios gerais não consiste, portanto, em que o juiz substitua o critério da Administração por seu próprio e subjetivo critério. Se assim fosse, tudo se reduziria a substituir uma discricionariedade (a administrativa) por outra (a judicial) sem avançar um passo só no problema. Do que se trata realmente é de penetrar na decisão julgada até encontrar uma explicação objetiva em que se expresse um princípio geral.” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 410).

⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*, Revista de Direito Público n° 32, págs. 20-21. Sobre o assunto, confira-se também COSTA, Regina Helena, *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*, Revista de Direito Público n° 95, págs. 125-138.

ao cumprimento integral e satisfatório do interesse jurídico tutelado em lei. Isto quer dizer que, mesmo em relação a atos sujeitos a alguma margem de discricção, cabe ao agente público buscar a melhor solução “in concreto”, não podendo contentar-se em escolher aleatoriamente qualquer das alternativas contempladas no plano abstrato da lei, sob pena de desatender à finalidade implícita ou explícita na regra jurídica.

A discricionariedade justifica-se, primordialmente, como um *poder instrumental* que existe para viabilizar o cumprimento do dever, ao qual se sujeita a Administração, de alcançar a finalidade inspiradora da lei. É o que elucida Celso Antonio Bandeira de Mello⁹:

“Em face da finalidade, alguém – a Administração Pública – está posta numa situação de “doverosità”, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outro meio para se atingir esta finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder *instrumental*, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como *mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever* (...).

Tomando-se consciência deste fato, deste caráter funcional da atividade administrativa (por isto se diz “função administrativa”), desta necessária submissão da administração à lei, percebe-se que o chamado “poder discricionário” tem que ser simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*. Só assim poderá ser corretamente *entendido e dimensionado*, compreendendo-se, então, que o que há é um *dever discricionário*, antes que um “poder” discricionário”¹⁰.

Acredita-se, ainda, estar o administrador em posição privilegiada para identificar a melhor maneira de satisfazer o interesse público no caso concreto, diante da especificidade de suas funções. A discricionariedade, nessa linha de raciocínio, funcionaria como uma técnica capaz de atingir com maior êxito a finalidade subjacente à lei.

A doutrina também vê a discricionariedade como uma ferramenta de extrema importância para se atingir a solução mais justa e conforme o direito, podendo ser muitas vezes preferível à própria competência vinculada, que deixa o administrador manietado diante de situações que, embora formalmente “lícitas”, encerram injustiças ou ignomínias¹¹.

9 Pelas mesmas razões, o citado jurista esclarece que a expressão “dever-poder” é preferível a “poder-dever” porque exprime o caráter instrumental de meio necessário para o cumprimento do encargo de bem atender o interesse público visado pelo legislador (In *Relatividade da competência discricionária*, Revista de Direito Administrativo nº 212, p. 55).

¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Judicial*, pág. 15.

¹¹ Eis um exemplo prático que a doutrina nos fornece para situações injustas que poderão advir do emprego de conceitos rígidos previstos na lei: “Figurem-se duas hipotéticas normas. Uma, que dissesse: terão direito a internamento gratuito nos hospitais públicos os doentes que ganharem apenas um salário mínimo (...) Neste caso não haveria discricionariedade alguma. Apresentar-se-ia

Além do aspecto instrumental, podem ser identificadas na doutrina nacional e estrangeiras outras razões justificadoras da competência discricionária, como, por exemplo, a impossibilidade *material* de o legislador prever casuisticamente todas as situações fáticas a serem enfrentadas pelo administrador, a quem se confere, por essa razão, uma forma de atuar mais maleável, sempre com vistas a atender às necessidades coletivas, que se revelam complexas, crescentes e variadas no tempo e no espaço.

Também há quem sustente ser *juridicamente* impossível, no regime da separação dos poderes, consagrado em nosso direito constitucional (art. 2º, CF), a supressão da discricionariedade. Pois, se o legislador se incumbisse de antever e regular todos os acontecimentos possíveis no mundo dos fatos, isso o levaria a criar normas individualizadas, ao invés de comandos em abstrato, despindo-se das características inerentes ao poder do qual foi investido, além de ultrapassar as fronteiras da atuação reservada ao Poder Executivo¹².

Por fim, alguns doutrinadores advertem ser *logicamente* impossível ao legislador transmitir comandos precisos e inuvidosos aos administrados, pela própria limitação da linguagem. Assim, ao elaborar as normas, o legislador se utiliza de conceitos jurídicos fluidos e imprecisos, que, apesar de terem um núcleo mínimo indisputável, na maioria das vezes comportam diferentes interpretações. E como as leis não podem desprezar o uso desses termos indeterminados e

o indivíduo que estivesse doente, comprovar-se-ia o fato por exame de natureza técnica, e o paciente demonstraria receber apenas um salário mínimo. Haveria vinculação no comando da norma, e haveria vinculação também, com relação ao pressuposto: ganhar tanto. Seria uma maneira de regular o assunto. Mas a lei poderia dispor sobre o mesmo tema da seguinte forma: terão internamento gratuito nos hospitais públicos as pessoas doentes que forem “pobres”. Neste caso, o pressuposto para se obter internamento gratuito seria a pobreza, não estando fixada por uma quantificação objetiva (um salário mínimo) a caracterização do pressuposto normativo (...). Poderia ocorrer que se apresentassem, na mesma ocasião, dois indivíduos: Um, cuja retribuição fosse de um salário mínimo e meio e outro que se enquadrasse perfeitamente no teto legalmente estabelecido. Ao primeiro indivíduo, como determinava a lei, seria indeferido o internamento e ao segundo, como é natural, conceder-se-ia tal benefício. Agora imagine-se que este primeiro, que ganhava um salário mínimo e meio, fosse casado, tivesse 12 filhos dependentes e sustentasse a sogra. E suponha-se que este segundo, que solicitou o internamento e que ganhava apenas um salário mínimo, fosse solteiro, tivesse pais ricos e morasse com eles. Se a lei estabelecesse em termos vinculados, fixado por salários mínimos o pressuposto fático, caberia perguntar: nas situações supostas, a finalidade inspiradora da lei teria sido atendida? Evidentemente que não. Então se a lei houvesse estabelecido que terão internamento gratuito as pessoas “pobres” (conceito vago), por que ela o faria nestes termos? Pura e simplesmente porque pretenderia garantir o perfeito atendimento de sua finalidade. Ela poderia dispor de outra maneira, porém, se o fizesse, em muitos casos, quiçá, na maioria deles, a finalidade da lei, seria plenamente atendida, mas, em vários outros seria desatendida” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Judicial*, pp.34-35).

¹² QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Revista de Direito Administrativo nº VI, pág. 57.

imprecisos, não seria lógico ou racional eliminar-se a discricionariedade do mundo jurídico.

Dos fundamentos identificados na doutrina, e resumidos acima, podemos afirmar que a discricionariedade é um “poder” instrumental conferido à Administração com o objetivo de fazer cumprir a finalidade da lei, justificando-se em virtude da (a) posição privilegiada do administrador para identificar a melhor forma de atender o interesse público visado na lei; (b) impossibilidade material de o legislador prever todas as condutas passíveis de regulamentação; (c) impossibilidade jurídica de o legislador criar normas para casos concretos, sem invadir as atribuições do Executivo; e (d) da impossibilidade lógica de o legislador produzir normas jurídicas sem recorrer a conceitos vagos, imprecisos ou indeterminados.

2.3

A discricionariedade na norma em abstrato e no ato administrativo

É comum falar-se em “ato discricionário” para designar um ato da administração praticado no exercício de sua competência discricionária. A expressão, contudo, é imprópria, pois sugere que a administração desfrutaria, em determinadas situações, de liberdade total para a realização de determinados atos, o que não corresponde à realidade. A discricionariedade, portanto, não é uma qualidade do ato em si, mas da forma de atuar do ente administrativo, a qual se revela em um ou alguns elementos do ato, mas não em todo ele¹³.

Essa reflexão se faz necessária para justificar o presente capítulo, em que se pretende indicar os caminhos para a localização da discricionariedade, etapa essa que deve necessariamente preceder qualquer exame de legitimidade dos atos administrativos.

A discricionariedade se materializa e produz efeitos com a prática do ato administrativo “in concreto”. Antes disso, porém, ela já existe como uma possibilidade na *norma jurídica*, pois não há discricionariedade sem prévia estipulação legal, uma vez que toda a atividade administrativa está subordinada ao princípio da legalidade.

13 Para Régis Fernandes de Oliveira, não existe ato administrativo totalmente discricionário (*Ato Administrativo*. p. 81).

Quanto à identificação da discricionariedade no plano abstrato da lei, a doutrina conclui pela possibilidade de que ela venha a se manifestar na *hipótese*, no *mandamento* ou na *finalidade* da norma jurídica¹⁴.

No entanto, a discricionariedade não poderá ser contemplada na lei, muito menos exercitada na prática, quando se referir a determinados elementos do ato administrativo. Convém analisar cada um desses elementos (sujeito, objeto, motivo, forma e finalidade), para identificar onde a lei poderá prever uma atuação discricionária do agente público¹⁵.

Com relação aos elementos que integram o ato administrativo, pode-se afirmar que o **sujeito** a quem a lei atribui competência para a prática do ato é sempre vinculado. Nesse particular não há que se cogitar em discricionariedade: ou o agente é competente ou não é.

O **objeto**, também denominado por conteúdo, é a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe a realizar, isto é, são os efeitos imediatos que ele produz, podendo consistir na aquisição, conservação, transferência, modificação, extinção ou declaração de direitos. A lei, ao estabelecer os efeitos que decorrem de determinada conduta, pode ou não deixar certa margem de discricionariedade a cargo da administração.

Por exemplo, a lei pode conferir ao administrador a *faculdade* de praticar ou não o ato diante de uma situação fática predeterminada, usando, por exemplo, a expressão “pode”, ao invés de “deve”. Haverá também discricionariedade quanto ao conteúdo ou **objeto** do ato administrativo, quando a lei conferir à autoridade competente mais de uma opção de agir, estabelecendo, ilustrativamente, dois tipos de penalidade para uma mesma infração. A lei também pode permitir que a administração decida, segundo critérios de interesse público, se deve ou não implementar determinada conduta ou negócio jurídico. É o que se dá ao término de um processo de licitação, quando a administração tem a opção de celebrar ou não o contrato, segundo justificadas razões de interesse público. A

¹⁴Celso Antonio Bandeira de Mello entende que a presença de conceitos indeterminados poderá atrair para a Administração uma faculdade discricionária, que se traduz na liberdade de preenchimento valorativo desses conceitos. Assim ocorrerá, por exemplo, quando a norma jurídica recorrer a conceitos indeterminados para enunciar o “pressuposto de fato” a ser regulado ou o interesse público tutelado em lei (In *Discricionariedade – Fundamentos - Natureza e Limites*, Revista de Direito Público nº 33, pág. 93).

¹⁵Sobre o tema, confira-se a obra de Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, págs. 51-56.

discricionariedade, nesses casos, situa-se no *mandamento* da norma.

Entende-se por **motivo** do ato administrativo os pressupostos de direito e de fato que servem de fundamento para a sua prática. Enquanto o pressuposto de direito é a hipótese legal prevista na norma, o pressuposto de fato corresponde aos eventos ou circunstâncias concretas que levam a administração a praticar o ato¹⁶. Quanto a este elemento do ato administrativo, haverá discricionariedade ou vinculação, conforme o caso, a depender da forma como está regulada na lei a situação de fato que ensejará a atuação da administração pública.

É vinculado o **motivo** quando a lei definir a situação fática e a conduta da administração em termos objetivos, sem margem a qualquer avaliação subjetiva (ex.: aposentadoria por idade, ascensão por antiguidade, liquidação de um tributo). Contrariamente, pode haver discricionariedade em relação a este elemento do ato administrativo quando a lei não definir o motivo, deixando-o a critério da administração (ex.: avaliação de necessidade de realização de obra pública, eleição do local para a construção de um hospital público, promoção de funcionário público).

Ainda com relação aos **motivos** ensejadores do ato administrativo, para alguns doutrinadores, haverá competência discricionária em prol da autoridade quando a norma jurídica empregar conceitos indeterminados ou imprecisos para descrever a situação fática ali disciplinada. Isto ocorreria, por exemplo, se a lei determinasse a punição do servidor pela prática de “falta grave” ou “procedimento irregular”, sem definir o significado dessas expressões. Assim, diante da indeterminação desses conceitos, o administrador estaria livre para integrar, segundo critérios valorativos próprios, os respectivos conteúdos.

Quanto ao meio de exteriorização do ato administrativo, grande parte da doutrina afirma se tratar de elemento vinculativo do ato, como ocorre, por exemplo, nas licitações, concursos públicos e processos disciplinares. Também entendemos plausível que a lei preveja mais de uma **forma** de materialização do ato, todas válidas perante o Direito, hipótese em que poderá haver uma certa margem de escolha para o administrador quanto ao revestimento externo do ato.

Com relação ao último e principal elemento do ato administrativo, vale lembrar que a **finalidade** consiste no resultado objetivado pelo administrador no

¹⁶ Para que o ato da administração seja considerado válido, deve haver uma necessária correlação entre o pressuposto de fato e o pressuposto de direito descrito na norma.

exercício de suas funções, resultado esse que necessariamente deve atender ao interesse público previsto na lei. Existe alguma divergência na doutrina quanto à existência ou não de discricionariedade na determinação da **finalidade** do ato. Para Hely Lopes Meirelles, “não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo – discricionário ou regrado – porque o direito positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica”¹⁷.

Celso Antonio Bandeira de Mello, por sua vez, desenvolve outra linha de raciocínio, ao defender a possibilidade de ocorrer discricção quanto à **finalidade** da norma jurídica, normalmente expressa por meio de conceitos de valor, uma vez que estes em geral comportam intelecções não uniformes ¹⁸. Segundo o jurista, não se nega que todo e qualquer ato da administração pública esteja vinculado ao atendimento do interesse público previsto na lei, dele não podendo se distanciar, sob pena de resultar em desvio de finalidade, passível de correição judicial. Por outro lado, em várias situações a lei recorrerá a conceitos de valor, com elevado grau de indeterminação, para expressar o interesse público que visa tutelar, o que, segundo opinião de alguns juristas, poderá remeter o agente público ao uso da discricção no caso concreto.

2.4

O mérito do ato administrativo, a evolução das técnicas de controle jurisdicional dos atos da administração, os limites à discricionariedade

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 149-150. Esse entendimento é compartilhado por Caio Tácito, para quem a finalidade não comporta juízo discricionário, tratando-se de elemento vinculado. *Desvio de poder em matéria administrativa*, Tese, 1951, p. 24 e segs (apud Maria Sylvia Zanella di Pietro. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 55).

¹⁸ O autor exemplifica o seu raciocínio da seguinte forma. Imagine-se que uma lei específica, a bem da moralidade pública, preveja a expulsão de pessoas que estejam trajando roupas de banho indecorosas na praia. O pressuposto de fato, ensejador da expulsão, consistiria no porte de roupa de banho indecorosa (hipótese da norma), enquanto a finalidade da norma era, sem dúvida, proteger a moralidade pública. A depender da noção que se tenha de moralidade pública, a qual varia ao longo do tempo e no espaço, o conceito de veste decorosa ou indecorosa certamente irá variar. Assim, conclui o autor que “o pressuposto de fato ganha fluidez não porque a tenha em si mesmo, mas em decorrência da finalidade da norma estar manejando conceitos de valor que, eles sim, são altanto vagos, altanto imprecisos” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p. 20). O mesmo entendimento é compartilhado por Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, pp. 55-56.

O “mérito” do ato administrativo é um conceito importante em nosso sistema jurídico, uma vez que a doutrina o qualifica como marco divisório entre as matérias sujeitas e aquelas imunes a controle jurisdicional. A imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo consolidou-se na doutrina brasileira como um dogma e como tal foi igualmente interpretada pelo Poder Judiciário. Os nossos Tribunais tradicionalmente se mostraram reticentes em rever atos expedidos pelo Poder Executivo, tendo em vista a opinião predominante de consagrados juristas¹⁹ e do próprio direito positivo então vigente. A Lei nº 221, de 20.11.1894 era clara a esse respeito (art. 13, §9º, alínea “a”):

“Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, **abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade**” (grifos nossos).

O mérito, assim entendido como a área de opção privativa da administração pública e imune a controle judicial, foi definido por Seabra Fagundes como “**o sentido político do ato administrativo**”, compreendendo “os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, à utilidade, à equidade, à razoabilidade, à moralidade etc., de cada procedimento administrativo” que “muitos autores resumem no binômio oportunidade e conveniência”. O referido autor deixa claro que o mérito corresponde ao “**território extra-legal**” percorrido pela administração e pressupõe uma “**apreciação quase pessoal** do agente sobre certos fatos, circunstâncias e coisas, apreciação que o pode levar a agir num sentido ou noutro e até a abster-se de qualquer ação”²⁰.

Contudo, a partir da metade do século XX, o dogma da intangibilidade do mérito do ato administrativo sofreu algumas atenuantes, principalmente em decorrência da criação jurisprudencial do Conselho de Estado francês. Influenciados pelas decisões do *Conseil D'État* e pelo estudo de proficientes

¹⁹ FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 157: “Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos”.

²⁰ FAGUNDES, M. Seabra. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*, Revista de Direito Administrativo, p. 189-203.

juristas²¹, os Tribunais brasileiros passaram a admitir com maior frequência a possibilidade de controle dos aspectos **legais** – e não meritórios - da atividade administrativa.

Com efeito, o direito francês, com substrato na jurisprudência do Conselho de Estado, desenvolveu técnicas eficazes de controle da legalidade da administração, as quais viabilizaram a detecção de distorções e abusos cometidos sob o exercício do poder discricionário.

A Teoria do Desvio de Poder (“*Détournement du Pouvoir*”) durante muitos anos exerceu um papel fundamental como mecanismo de contenção dos arbítrios praticados pela administração, sob o pálio da discricionariedade. De acordo com essa doutrina, a atuação da autoridade administrativa só será legítima se coincidir com a finalidade prevista ou definida, expressa ou implicitamente, na regra de competência. Logo, o vício de legalidade dar-se-ia se o ato fosse praticado por razões pessoais (favorecimento próprio ou perseguição) ou quaisquer outras alheias à finalidade inspiradora da lei, não atingindo o fim preconizado na regra de competência.²²

Entre nós, essa doutrina foi incorporada na jurisprudência em 1948, a partir do voto de Seabra Fagundes, então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte²³. Posteriormente, a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29.6.1965) houve por bem indicar o “desvio de finalidade” como hipótese de nulidade do ato administrativo (art. 2º, alínea “e”).

Com o passar dos anos, o controle de legalidade, instituído pela noção de “*détournement du pouvoir*”, evoluiu, dando origem a uma nova doutrina, igualmente concebida a partir das decisões do Conselho de Estado francês. Essa segunda corrente teórica preconizava a necessidade de exame da motivação implícita ou explícita do ato administrativo, isto é, dos fatos e fundamentos jurídicos invocados pela autoridade pública para o exercício de sua competência,

²¹ Entre nós, Seabra Fagundes foi um dos primeiros a se dedicar ao tema do controle judicial dos atos administrativos.

²² A própria doutrina francesa, que concebeu a Teoria do Desvio de Poder, mais recentemente tem questionado os efeitos práticos de sua aplicação, diante do desenvolvimento de outras técnicas mais eficazes de controle. Rivero se refere a um “*déclin du détournement du pouvoir*”, *Droit Administratif*, 2ª ed. Paris, 1962. VEDEL, por sua vez, indica “la diminution du rôle joué par le détournement du pouvoir”, *Droit Administratif* II, Paris, 1959 (apud GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo - Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*, p. 30).

²³ Revista de Direito Administrativo nº 14, pp. 52-82.

como meio de se aferir se o ato foi praticado dentro dos limites da legalidade. O que se examina, portanto, são as circunstâncias fáticas e jurídicas que embasam a atuação administrativa, verificando-se, inicialmente, a materialidade do pressuposto de fato (i.e, se efetivamente ocorreu o acontecimento em que se apóia a Administração), e depois se este coincide com o pressuposto normativo, ou seja, se o fato objetivo se enquadra na hipótese abstrata da lei.

Se inexistente ou não comprovado o motivo – pressuposto fático invocado pela Administração – ou se a ele foram atribuídas conseqüências incompatíveis com o direito aplicável, o ato será nulo por vício de legalidade²⁴. A possibilidade de revisão dos pressupostos fáticos do ato administrativo e do confronto da matéria probatória coligida naquela esfera com as provas obtidas em processo judicial foi admitida, pela primeira vez, em 1945, pelo Supremo Tribunal Federal²⁵, tendo tal entendimento se cristalizado na jurisprudência brasileira. A inexistência de motivos foi igualmente citada na Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29.6.1965) como circunstância capaz de acarretar a nulidade do ato administrativo (art. 2º, alínea “d”).

Em síntese, os motivos e a finalidade indicados na lei fornecem limitações ao exercício da discricção administrativa²⁶. Ambas as técnicas de controle de legalidade tiveram aceitação no meio jurídico brasileiro, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, e vêm sendo aplicadas pelos nossos Tribunais desde a década

²⁴ Gaston Jèze distinguiu, objetivamente, as três fases na verificação dos motivos:

“I – le juge administratif, saisi d’un recours pour excès de pouvoir contre une décision motivée, a compétence pour rechercher si les motifs invoqués existent ‘en fait’.

“II - le juge administratif, saisi d’un recours pour excès de pouvoir contre une décision motivée, a compétence pour rechercher si la décision est légalement motivée, c’est-à-dire si les motifs invoqués peuvent, ‘en droit’, servir de base juridique à la décision attaquée.

“III – le juge administratif ne peut pas contrôler la opportunité de la décision prise sur des motifs reconnus comme exacts en fait et comme ayant une valeur légale” (Gaston Jèze, “notes de jurisprudence”, *Revue du Droit Publique et de la Science Politique*, vol. 34, p. 34 e 447, apud TÁCITO, Caio. In *Controle dos Motivos dos Atos Administrativos, Temas de Direito Público - Estudos e Pareceres*, vol. 1, p. 333).

²⁵ *Revista de Direito Administrativo* nº III, p. 69.

²⁶ Além das doutrinas clássicas de controle de legalidade da administração, entendemos oportuno mencionar a posição de Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem as circunstâncias do caso concreto também são parâmetros de delimitação da discricionariedade. O citado autor acredita que o âmbito de liberdade do administrador perante a norma não é o mesmo âmbito de liberdade que a norma quer lhe conferir perante o fato, podendo as circunstâncias do caso concreto afunilar o campo da discricionariedade até o ponto de suprimi-la. Assim, não obstante a discricção outorgada no plano abstrato da norma, em certas situações, só restaria ao administrador uma única solução capaz de atender a finalidade contemplada na lei, pois as outras não se coadunariam com o interesse público tutelado (*Curso de Direito Administrativo*, pp. 845-847).

de 1940²⁷.

As técnicas de controle da atividade administrativa acima mencionadas partem da premissa de que os atos expedidos pelas autoridades públicas devem conformar-se com a lei, esta compreendida em seu sentido estrito, e foram desenvolvidas numa época em que se pensava o Direito como um sistema de regras positivadas no ordenamento jurídico²⁸. Isso explica por que, durante muito tempo, o controle jurisdicional ficou restrito aos aspectos vinculados (competência, forma, finalidade) do ato administrativo, bem como à verificação da materialidade dos fatos e da adequação destes aos enunciados da lei. Mas como o Direito vive em plena mutação para fazer frente às demandas sociais, que se revelam complexas, múltiplas e dinâmicas, o controle dos atos administrativos ampliou-se, em certo aspecto, porque a noção de “legalidade” adquiriu novos contornos e dimensões.

Após a Segunda Guerra Mundial, as transformações que se sucederam no plano social, econômico e geo-político internacional, como sói acontecer, também se fizeram sentir no Direito, que passou, e ainda passa, por um período de transição. O apego à lei, característico do positivismo jurídico, cedeu lugar à normatização dos princípios, isto é, à concretização dos valores aceitos pela sociedade e refletidos na Constituição.

O reconhecimento da insuficiência da lei como parâmetro exclusivo para regular as condutas em sociedade contribuiu para uma nova compreensão filosófica do Direito, antes legalista e formal, dando azo à construção do Direito por princípios, os quais, segundo a magistral lição de Paulo Bonavides, compõem a abóbada do novo edifício constitucional erguido na fase do pós-positivismo.

A revolução do direito constitucional repercutiu na esfera jurídico-política do Estado, ampliando o princípio da legalidade para que nele se incluam também os princípios constitucionais e os princípios gerais de direito, positivados ou não. Assim não basta que o ato administrativo se compatibilize com a lei. Para que seja

²⁷ Em artigo intitulado “Controle dos Motivos dos Atos Administrativos”, Caio Tácito faz um valioso retrospecto dos julgados proferidos pelos tribunais brasileiros, que, a partir da década de 1940, passaram a admitir o exame da matéria de fato como forma de controle da atividade da administração, mediante a aplicação da teoria dos motivos determinantes (*Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, vol. 1, pp. 331-347).

²⁸ A respeito da evolução das técnicas de controle do poder discricionário, vale a pena conferir o capítulo intitulado “Técnicas de redução e controle judicial da discricionariedade”, do *Curso de Direito Administrativo*, de Eduardo García de Enterría & Tomás Ramón Fernández, pp. 399-412.

válido deverá igualmente sujeitar-se aos princípios que norteiam toda a ordem jurídica, quer os decorrentes implícita ou explicitamente do texto da Constituição, da legislação ordinária ou da teoria geral do direito. Assim observa Maria Sylvania Zanella di Pietro:

“Os princípios gerais de direito são de observância obrigatória pela administração. Se corresponderem a valores consagrados no preâmbulo da Constituição ou mesmo decorrerem implícita ou explicitamente de suas normas, o ato administrativo (e também a lei) que os contrarie padecerá do vício de inconstitucionalidade. Se não decorrerem da Constituição mas da legislação ordinária ou mesmo da teoria geral do direito, ainda assim têm que ser cumpridos pela administração, sob pena de invalidade do ato, corrigível pelo Poder Judiciário.

.....

.....

Por isso mesmo, ao invés de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade limitada pela lei, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pelo *Direito*. O princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em *Estado de Direito* propriamente dito”²⁹.

Adotando linha semelhante de pensamento, Germana de Oliveira Moraes acrescenta que o processo de normatização dos princípios, que se deu com a expressa inclusão destes nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito, acarretou como consequência lógica e necessária a redução do “mérito” do ato administrativo. É que durante muito tempo, sob a égide do Estado legalista e formal, eram considerados *extra-jurídicos* os critérios de boa administração aos quais a administração recorria ao exercitar sua competência discricionária, “ponderando sobre hora, dia, lugar, equidade, razoabilidade, justiça, economia, acerto, moralidade, injustiça, utilidade intrínseca, fidelidade aos princípios da boa administração”³⁰. Portanto, todos esses critérios, antes desprovidos de caráter jurídico, que influenciavam a tomada de decisão pelo agente público, ficavam imunes ao controle jurisdicional, porque compunham o que se convém denominar “mérito” do ato administrativo, que se traduz no binômio oportunidade-conveniência.

Ocorre que muitos desses critérios de boa administração adquiriram valor jurídico; uns foram constitucionalizados, como os princípios da moralidade administrativa e da eficiência (art. 37, *caput*), enquanto outros servem de

²⁹DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Do direito privado na administração pública*, p. 123-125.

³⁰CRETELLA JUNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 245.

parâmetro aos juízes e Tribunais brasileiros, sobretudo no exercício do controle de constitucionalidade, como é o caso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ou seja, o mérito ficou reduzido aos parâmetros não jurídicos de boa-administração que norteiam a autoridade pública no processo de valoração dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo. Esses parâmetros, como visto, são mais reduzidos que outrora, pois vários deles hoje constituem princípios constitucionais ou gerais de direito, de observância obrigatória pela administração em sua atividade vinculada ou discricionária.

Assim, considerando a nova compreensão principiológica do Direito, parece-nos imprescindível que a Administração deva ter uma correta dimensão do princípio da legalidade para que, no exercício do seu *munus* público e no processo de tomada de decisões, envolvendo interesses públicos e privados, dê correta aplicação aos princípios jurídicos constitutivos de todo o sistema. Também o mérito do ato administrativo deve ser bem delimitado, ficando restrito aos critérios não jurídicos balizadores da decisão administrativa, os quais permanecem infensos ao controle jurisdicional, sob pena de o juiz substituir-se ao administrador, em arrepio ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Do que se expôs, entendemos que o ato administrativo, quer seja vinculado ou discricionário, é suscetível de revisão judicial em vários aspectos, subordinando-se ao princípio da legalidade na sua acepção mais ampla e consentânea com a atual compreensão principiológica do Direito. Em relação aos atos praticados no exercício da discricção, estes se sujeitam basicamente a dois tipos de testes: (i) testes de legalidade estrita, mediante a verificação da conformidade do ato com o direito positivo, o que se faz inclusive com aplicação das teorias do desvio de poder e do exame dos motivos determinantes; e (ii) teste de legalidade ampla, mediante a verificação da compatibilidade do ato com os princípios que informam o ordenamento jurídico. A única parte intangível da discricionariedade, e não sujeita aos testes acima mencionados, é aquela referente ao mérito do ato administrativo, na acepção correta e restrita do termo, antes referida.

Podemos concluir este capítulo com algumas considerações que indicaremos a seguir:

- 1) Tradicionalmente a noção de mérito administrativo foi utilizada para rechaçar uma indevida intromissão do Poder Judiciário nos atos da Administração;
- 2) Porém, a partir da metade do século XIX, os tribunais brasileiros começaram a controlar os aspectos legais e vinculantes dos atos administrativos, dando aplicabilidade às teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes;
- 3) A partir dessas construções teóricas, positivadas em nosso ordenamento pela Lei de Ação Popular, admitiu-se o exame da conformação do ato com a finalidade da lei, bem como a investigação da materialidade dos fatos ensejadores da atuação administrativa e da adequação dos fatos às conseqüências jurídicas determinadas pelo ato;
- 4) A nova ordem constitucional, ao prestigiar a compreensão do Direito por princípios e não exclusivamente por regras, impõe que a atividade administrativa, toda ela, seja rigorosamente pautada pelos princípios constitutivos do ordenamento jurídico;
- 5) Os princípios jurídicos, ao passarem a impor certos padrões de conduta à administração, como observância à moralidade, à razoabilidade, à proporcionalidade e à eficiência, entre outros, reduziram a abrangência do mérito do ato administrativo;
- 6) O mérito administrativo, que persiste imune a controle judicial, é aquele que abrange critérios de ponderação e regras de boa administração, ambos destituídos de valor jurídico; se ao contrário tais critérios e regras tiverem algum conteúdo jurídico, deixam de integrar o mérito, podendo ser objeto de controle judicial;
- 7) Os atos praticados com discricção estão sujeitos, basicamente, aos testes de conformidade com o direito positivo e de compatibilização com os princípios.

3

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

3.1

O caráter instrumental da tutela da concorrência - As normas constitucionais que regulam a ordem econômica

Nos séculos XVIII e XIX, o liberalismo econômico difundiu a noção de liberdade de comércio e de indústria, o princípio da não-intervenção do Estado no funcionamento dos mercados, bem como a regra de que os preços deveriam ser fixados tão-somente pela lei da oferta e da procura. Isto é, valores defendidos pela classe burguesa, então ascendente, em busca da conquista de novos mercados e da implementação de uma ordem econômica ideal segundo os seus anseios.

Com o passar do tempo, a livre atuação dos agentes econômicos, linha central do pensamento burguês, gerou monopólios e concentrou o capital nas mãos de poucos, dando azo a distorções que colocaram em risco o sistema capitalista em si e os seus principais alicerces (propriedade privada, liberdade de iniciativa, concorrência). Constatou-se ainda que a competição predatória entre os agentes econômicos poderia levá-los à autodestruição, tendo surgido por volta dessa época a preocupação de se criar regras para regulamentar a concorrência, para que não se colocasse em risco a sobrevivência do próprio sistema.

Fábio Konder Comparato destaca ser “a partir do liberalismo econômico que a necessidade de uma disciplina específica da concorrência no mercado apresenta-se como problema à espera de solução jurídica. Posto o princípio da liberdade de acesso ao mercado, mister se fazia impedir que essa liberdade degenerasse em licença, como prejuízo da própria concorrência. Se o jogo era doravante livre, necessário se fazia, para que esta liberdade perdurasse, que as regras do jogo fossem respeitadas. Nascia daí um conjunto de normas específicas, no bojo do Direito Comercial, cujo fundamento era a princípio a defesa dos interesses dos próprios comerciantes”¹.

As primeiras leis antitruste surgem, assim, como um escudo de proteção ao

¹ In Concorrência desleal, RT 375/30, *apud* Paula Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, p. 62.

livre mercado contra seus efeitos autodestrutíveis, como foi o caso da lei norte-americana (*Sherman Act* de 1890), chegando-se à conclusão de que, para garantir a liberdade de atuação dos agentes econômicos, fazia-se necessário estimular a concorrência e permitir a intervenção episódica do Estado para eliminar as distorções do próprio sistema.

Com a evolução das relações de troca, alterou-se a forma de participação do Estado na ordem econômica², sobretudo para prevenir e conter com maior eficácia as crises do sistema capitalista, o que teve reflexos no direito antitruste³, que passou a ser visto não só como meio de preservação do sistema, mas também como uma técnica de organização e direção do próprio mercado.

Na atualidade, a visão que se tem do direito antitruste é mais abrangente, não se restringindo a ser um simples mecanismo de correção das imperfeições do sistema. Além de contribuir para tal fim, o direito antitruste, por meio da repressão do abuso ao poder econômico e da tutela da livre concorrência, é um dos instrumentos que o Estado possui a sua disposição para conduzir a ordem econômica, servindo à realização de determinadas políticas públicas.

Especificamente no que diz respeito ao direito antitruste brasileiro, segundo entendimento majoritário da doutrina, vigora entre nós o sistema da concorrência-meio ou da concorrência-instrumento, em contraposição ao modelo da concorrência-fim ou da concorrência-condição adotado em outras jurisdições. No primeiro caso, a concorrência é vista como um instrumento a ser utilizado para a consecução de um objetivo maior, cuja definição depende do país, das políticas públicas ali vigentes num dado momento histórico, e dos valores consagrados pela

2 A Professora Paula Forgioni, ao fazer um retrospecto sobre a evolução histórica do direito antitruste, observa que a partir do século XIX, **o Estado é chamado a dirigir o mercado**, passando a intervir na ordem econômica de forma organizada e sistemática, pois a sua intervenção episódica já tinha se revelado insuficiente para conter as crises do sistema capitalista. A partir daí percebem-se várias maneiras de participação do Estado na ordem econômica: a realização de atividades típicas de agentes privados, a concessão de créditos e incentivos a setores agrícolas ou industriais, a regulamentação do processo produtivo, por meio de atos normativos, entre outras. E conclui: “Para nós, entretanto, importa notar que muitas vezes a atuação do Estado sobre a economia (“intervenção”) é efetuada mediante a utilização de uma norma destinada a tutelar a livre concorrência entre os agentes ou reprimir o abuso do poder econômico, ou seja, uma *norma antitruste*. Dentre as *técnicas de organização dos mercados*, colocam-se, então, as normas destinadas a regular a concorrência entre os agentes econômicos e o abuso do poder econômico” (Os Fundamentos do Antitruste, capítulo 4, p. 81).

³ O termo direito antitruste é comumente utilizado como sinônimo de direito da concorrência. Não vemos razão para distingui-los, embora às vezes a doutrina assim o faça (José Ignácio Gonzaga Franceschini, *Disciplina Jurídica do Poder Econômico*, RT 640/257).

ordem econômico-constitucional⁴. Já no segundo regime, a concorrência é um fim em si mesma, o objetivo máximo a ser alcançado através da legislação antitruste.

A opção pelo regime da concorrência-meio significa dizer que a concorrência pode ser sacrificada com o objetivo de se alcançar outros interesses igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, a defesa do consumidor. Daí ser admissível a aprovação de uma fusão de empresas do mesmo ramo que, embora eleve o grau de concentração do poder econômico naquele segmento mercadológico, venha a gerar benefícios ao consumidor, seja em termos de redução de preços, maior qualidade e diversidade de produtos, entre outras eficiências visadas pela Lei nº 8.884/94, em seu art. 54, §1º.

Nuno T.P.Carvalho descreve, com acuidade, essa característica do direito antitruste brasileiro: “(...) a concorrência é, na ordem econômica brasileira, um valor apenas orientador, informador, suscetível de ceder o passo quando, na consecução de iniciativas para dar uma vida mais digna ao cidadão brasileiro, se imponha a obediência a outros valores, por vezes com ela incompatíveis”⁵.

A Constituição Federal de 1988 confirma esse entendimento doutrinário, ao estabelecer que a ordem econômica tem por fim “**assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social**”, observados os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, *livre concorrência*, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para empresas de pequeno porte aqui constituídas (art. 170, *caput*, e incisos I a IX, CF). A concorrência, portanto, não deve ser buscada como um fim em si mesma, mas como um meio de atingir o objetivo maior traçado pelo legislador

4 Esse caráter instrumental das leis antitruste, as quais estão intimamente conectadas ao sistema econômico de um determinado país, torna necessária a análise da realidade inspiradora de cada uma dessas leis. O direito antitruste, portanto, varia conforme a política econômica adotada por um país em um dado momento histórico.

5 *As concentrações de empresas no direito antitruste*, p. 86. J.A Tavares Guerreiro também defende a posição de que a concorrência, no ordenamento jurídico pátrio, é valor-meio, que atua a serviço de outros fins juridicamente relevantes: “O abuso, aqui, não é contra empresas concorrentes, mas contra a coletividade. **E o bem juridicamente tutelado não há de ser livre concorrência mercadológica, mas o bem comum**, de que faz parte a economia dos consumidores, vale dizer, povo. **A livre concorrência é valor-meio, a servir o valor-fim**, que vem a ser o bem comum e o interesse coletivo. (...) A meu ver, a repressão a tais modalidades de abuso de poder econômico se insere categorialmente no direito concorrencial e **este não se limita à valorização da liberdade de concorrência enquanto valor absoluto e bastante em si mesmo, mas, ao contrário, somente encontra justificativa ética se e enquanto a liberdade de concorrência atende às exigências do bem comum**, para não dizer da economia popular” (*Formas de Abuso de Poder Econômico*, Revista de Direito Mercantil, vol. 66, p.49).

constituente: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A Constituição brasileira de 1988, embora tenha feito uma clara opção pela livre iniciativa e pela não-intervenção do Estado na economia⁶, estabelece a “**livre concorrência**” como princípio a ser observado na consecução dos fins visados pela ordem econômica.

Necessário se faz conciliar, portanto, a liberdade de iniciativa, que é um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso IV, CF) e da ordem econômica (art. 170, *caput*, CF) com a livre concorrência (art. 170, inciso IV, CF), que constitui, por sua vez, princípio da ordem econômica. A livre concorrência, pode-se assim dizer, desempenha papel de relevo para que a livre iniciativa possa gozar da presunção de legalidade em sua mais ampla acepção, promovendo a realização do bem comum. Assim, a tutela da livre concorrência funciona como um limitador ao fundamento da livre iniciativa, admitindo-se a imposição de restrições à liberdade empresarial, para que esta se compatibilize com um ambiente concorrencial e, sobretudo, com os objetivos primordiais estabelecidos pelo art. 170, *caput*, da Constituição Federal (busca de existência digna conforme os ditames da justiça social).

O caráter instrumental da tutela da concorrência também é evidenciado pelo art. 173, §4º, da Constituição, que determina a repressão ao “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Podemos resumir este tópico, lembrando que a concorrência, no direito brasileiro não é um objetivo em si mesmo, mas um instrumento à disposição do Estado para fazer cumprir objetivos de maior relevo, admitindo-se que seja afastada, quando necessário, para a perseguição de outros bens jurídicos igualmente protegidos em lei.

3.2

As Competências Legais do CADE

Como visto, a lei brasileira que tutela a livre concorrência é a Lei nº

⁶ Vide artigo 1º, inciso IV, artigo 170, *caput* e parágrafo único, e artigo 173, *caput*, da Constituição Federal.

8.884/94 (“Lei da Concorrência”), sendo as competências legais do CADE definidas no artigo 1º daquele diploma. Esse dispositivo, que se transcreve a seguir, é de extrema relevância porque também indica os princípios que orientam a tutela da concorrência e os bens jurídicos visados pelo legislador:

“Art. 1º Esta lei 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”.

Parágrafo Único – A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”.

A competência do CADE, como se vê do artigo em exame, é dicotômica: prevenir e reprimir infrações à ordem econômica. A função preventiva, também conhecida por “**controle de estruturas**”, envolve a análise de atos de integração econômica, também conhecidos por “atos de concentração”, de modo a avaliar o impacto desses atos sobre o mercado, determinando-se em que medida este foi “concentrado” ou prejudicado pela diminuição da concorrência ali existente⁷. Já a função repressiva, ou “**controle de condutas**”, se dá com a apuração, em processo administrativo, de condutas e práticas comerciais lesivas à concorrência, o qual pode culminar com a condenação do agente nas penas dos artigos 23 e 24 da Lei nº 8.884/94.

Ambas as funções, portanto, se dirigem a um objetivo comum: impedir ou punir infrações contra a ordem econômica, que representam nada mais nada menos do que formas de abuso do poder econômico. *Poder econômico*, segundo a doutrina, é a “capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que ocorreria em regime concorrencial puro, que se expressa não só, mas fundamentalmente, através da capacidade de controlar os preços do mercado”⁸.

Há basicamente duas formas de aquisição de poder econômico: a que se dá por processo natural de crescimento interno da empresa e a que resulta de atos jurídicos de integração empresarial.

⁷ Sobre as concentrações entre agentes econômicos e o controle desses atos pelos órgãos antitrustes, leia-se a obra de Paula Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, p. 354-382.

⁸ BRUNA, Sérgio Varella, *O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p.171. O Autor afirma ainda que “O detentor de quantidade relevante de poder de mercado é capaz de, maximizando seus lucros, apropriar-se de parcela da renda social superior à que legitimamente lhe tocara, se fosse desprovido deste poder. O poder econômico, assim, pode subverter a correta distribuição da renda social” (ob. citada, p. 171).

No primeiro caso, a empresa adquire poder econômico por meios próprios, isto é, ao crescer e se distinguir em um mercado competitivo, hipótese em que o crescimento está associado à maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores. A conquista de poder econômico resultante desse crescimento interno da empresa é altamente salutar, representando uma justa retribuição aos esforços empreendidos pelo agente para superar os seus concorrentes.

A conquista de poder econômico constitui objetivo legítimo de todo e qualquer empreendedor num sistema de livre mercado, até porque a busca por esse objetivo, por si só, já estimula a concorrência. O que a Constituição Federal e a lei ordinária reprimem e previnem é o uso *abusivo* desse poder, em suas diversas modalidades. Nesse sentido, a Lei da Concorrência não reprime a conquista de poder econômico por crescimento interno, como se lê do seu artigo 20, § 1º: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II” (dominar mercado relevante de bens ou serviços).

Quando esse crescimento se dá por fatores externos, isto é, por força de um ato jurídico de integração empresarial (ou ato de concentração), pelo qual agentes econômicos que antes agiam de forma independente passam a se comportar como uma única entidade, nessas situações, a Lei da Concorrência, observados os critérios ali previstos, considera obrigatória a análise dos efeitos que poderão advir do ato de integração, de modo a evitar uma concentração de poder econômico que permita ou facilite o seu exercício abusivo.

Esse exame preventivo, que compete exclusivamente aos órgãos de defesa da concorrência, nos termos dos artigos 1º *caput*, e 7º, inciso XII, da Lei 8.884/94, tem por objetivo verificar se, com a integração empresarial, o agente estará em condições de exercer *abusivamente* o poder econômico artificialmente conquistado, em prejuízo ou eliminação da concorrência. Diz-se preventivo porque, a essa altura, presumivelmente o agente não abusou do poder econômico conquistado, pretendendo-se justamente evitar que o faça no futuro.

É nesse contexto que o órgão responsável pela tutela da concorrência, que na experiência brasileira é o CADE, tem o poder de aprovar, incondicionalmente ou com algumas restrições, ou reprovar atos dessa natureza (art. 54, §6º e §9º da

Lei da Concorrência).

Além da função preventiva propriamente dita, o CADE desempenha papel de relevo na repressão de condutas comerciais anticompetitivas. A Lei nº 8.884/94, em seu artigo 21, descreve uma série de práticas comerciais que, a depender dos efeitos que possam causar em um dado mercado relevante de bens ou serviços, poderão vir a caracterizar infrações à ordem econômica. É dever do Estado, através dos seus órgãos de defesa da concorrência, reprimir condutas anticoncorrenciais, nos termos dos artigos 1º, *caput*, e 7º, inciso II, da Lei 8.884/94, cabendo ao CADE julgar os processos administrativos que forem instaurados pela Secretaria de Direito Econômico para tal fim, bem como impor aos infratores as penalidades administrativas previstas na lei.

O CADE também exerce funções educativas, cabendo-lhe difundir a cultura da concorrência por meio de esclarecimentos ao público sobre as formas de infração à ordem econômica (art. 7, XVIII, da Lei nº 8.884/94)⁹.

Assim pode ser resumido o papel institucional do CADE, órgão incumbido de aplicar a Lei da Concorrência no Brasil, com o auxílio da Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, e da Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, que, em conjunto, compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)¹⁰.

⁹ Durante a gestão de Gesner de Oliveira, o CADE firmou convênio de cooperação com a PUC-RJ no sentido de difundir, no meio acadêmico, o direito da concorrência e as competências legais do órgão.

¹⁰ As competências da SDE e da SEAE estão previstas nos artigos 13, 38, 54, § 6 da Lei nº 8.884/94. Para não nos distanciarmos do objeto do presente estudo, deixaremos de tecer maiores considerações sobre o trabalho desenvolvido por esses dois órgãos auxiliares do CADE.

4

A Natureza Jurídica das Decisões do CADE

4.1

Existe discricionariedade nas decisões do CADE?

Fixadas as competências legais do CADE, convém perquirir acerca da natureza jurídica das decisões tomadas pelo Plenário daquele Conselho, composto por um Presidente e seis Conselheiros, no julgamento de atos de concentração, como também de processos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica.

Como já mencionado, o CADE é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, sendo integrante da Administração Pública Indireta, segundo disposição expressa no artigo 3º, da Lei nº 8.884/94. Na condição de órgão colegiado, as decisões tomadas pelo Plenário do CADE constituem acórdãos, assumindo a natureza de atos administrativos propriamente ditos¹.

Considerando o objeto da presente dissertação, interessa-nos saber se as decisões do CADE podem ser classificadas como discricionárias, pelo menor ou maior grau de liberdade que a lei confere àquele órgão para aprovar atos de concentrações e julgar processos administrativos, ou se caracterizam atos administrativos de natureza vinculada².

Tendo em vista que a discricionariedade é uma condição necessariamente disposta em lei, é preciso recorrer à Lei nº 8.884/94 para verificar se o legislador quis realmente conferir ao CADE a possibilidade de limitar a atuação dos agentes

¹ A esse respeito vale a pena citar a definição clássica de ato administrativo de Hely Lopes Meirelles: “Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria” (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 147). Já segundo Maria Sylvania Zanella di Pietro, ato administrativo é uma “declaração do Estado, ou de quem o represente, que produza efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle do Poder Judiciário” (*Direito Administrativo*, p. 188).

² Hely Lopes Meirelles foi um dos primeiros juristas a abordar o tema, tendo afirmado ser vinculada a competência do CADE para julgar práticas de abuso do poder econômico, em parecer apresentado no processo judicial comentado no capítulo 5.1 deste trabalho, e aqui referido como “leading case”, parecer este transcrito na obra de José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*, p. 552 e seg.

econômicos segundo juízos de conveniência e oportunidade não passíveis de reexame pelo Poder Judiciário³.

Os artigos que disciplinam a atuação do CADE, fixando suas competências legais, não indicam de que forma esse órgão colegiado deverá se desincumbir de suas funções primordiais, relacionadas à repressão e à prevenção do abuso do poder econômico, não se podendo inferir da leitura dos artigos 1º, *caput*, 7º, incisos II e XII, da Lei nº 8.884/94, a existência de uma margem de liberdade de decisão à disposição daquele órgão colegiado que escape ao alcance do Poder Judiciário.

A resposta a nossa indagação, quanto à existência ou não de discricionariedade nas decisões do CADE, está contida em outros dispositivos da Lei nº 8.884/94, mais precisamente nos artigos 20 e 54, que tratam das infrações à ordem econômica passíveis de punição pelo CADE e dos atos e contratos sujeitos à aprovação do Conselho, respectivamente.

Embora esses preceitos legais também não indiquem claramente como se desenvolve o processo de tomada de decisão do CADE, a utilização pelo legislador de algumas expressões que, segundo a doutrina, são características da discricionariedade poderá nos fornecer a resposta ao nosso questionamento inicial. Referimo-nos basicamente aos “**conceitos jurídicos indeterminados**”, contidos no artigo 20, e respectivos incisos, e no artigo 54, e respectivos parágrafos, da Lei, bem como às expressões “**o CADE poderá autorizar**” e “**também poderão ser considerados legítimos**” que integram a redação do artigo 54, parágrafos 1º e 2º, da Lei, respectivamente. Passaremos a analisar essas questões nos tópicos seguintes da presente dissertação.

4.2

Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados

No início deste trabalho vimos que a discricionariedade existe justamente para remediar uma limitação inerente às normas jurídicas em geral, as quais são incapazes de prever todas as ocorrências possíveis no mundo dos fatos e de

³ Para Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, “não há, pois, discricionariedade à margem da lei, senão justamente só em virtude da lei e na medida em que a lei tenha disposto” (Curso de Direito Administrativo, p. 390).

estabelecer as soluções legais precisas para todas elas, servindo, assim, como uma ferramenta à disposição do administrador para a melhor consecução do interesse público tutelado em lei.

Tendo em vista ser impossível ao legislador em muitos casos valer-se de conceitos precisos e unívocos, que ensejem uma única e indubitosa interpretação, a técnica de utilização de conceitos fluidos e abertos contribui para que a lei tenha maior abrangência e durabilidade, o que é interessante sob a perspectiva da segurança jurídica. Seguindo essa linha de raciocínio, alguns doutrinadores sustentam que a discricionariedade é uma “técnica de integração jurídica”, a partir da qual o administrador define os “elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico”, elementos esses que não foram previstos em lei⁴.

É por essa razão que parte da doutrina identifica os conceitos jurídicos indeterminados com a discricionariedade administrativa, como se esta técnica fosse a única que viabilizasse a aplicação daqueles conceitos ao caso concreto, opinião esta sobre a qual iremos nos manifestar ao longo deste capítulo.

Trazendo-se essas lições para o campo do direito da concorrência, inicialmente é conveniente indagar (i) em que consistem os conceitos jurídicos indeterminados e qual a relação, porventura existente, entre esses conceitos e a discricionariedade administrativa; (ii) se a Lei nº 8.884/94 recorre a conceitos abertos e de conteúdo indeterminado; e (iii) se a aplicação desses conceitos, no caso concreto, implicaria o exercício de poder discricionário pelo CADE.

Considerando as questões postas acima, inicialmente é preciso investigar em que consistem os conceitos jurídicos indeterminados, o que nos faz remeter ao mundo da lingüística⁵.

A norma jurídica constitui-se e estrutura-se através de palavras oriundas da linguagem comum. A compreensão dos conceitos jurídicos, como a compreensão de qualquer objeto do mundo real, envolve uma questão de linguagem. Os

⁴ Nesse sentido, confira-se a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Legitimidade e Discricionariedade*, pp. 31-33).

⁵ Leia-se sobre o assunto Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, capítulo VI (*Direito dos Juristas. Conceito Indeterminados. Conceitos Normativos. Poder Discricionário*), p. 205-274. Segundo GESNER DE OLIVEIRA e JOÃO GRANDINO RODAS, “Está-se em presença de conceito jurídico ou legal indeterminado, como o próprio nome sugere, quando a norma, diante da impossibilidade de discriminar as hipóteses possíveis, se serve de conceitos fluidos, vagos e imprecisos” (*Direito e Economia da Concorrência*, p. 326).

problemas de compreensão das palavras e expressões usadas no cotidiano transportam-se para o campo da interpretação e aplicação das normas jurídicas. Não raro é impossível determinar o significado de uma palavra ou expressão tão logo seja pronunciada ou escrita. Essas imprecisões, características da linguagem comum, deram origem ao que se convencionou chamar de “conceitos indeterminados”. As leis em geral costumam se utilizar largamente de conceitos dessa natureza, que acabam prolongando a vida útil das normas, permitindo que se adaptem com maior facilidade aos fenômenos sociais. Embora a indeterminação dos termos lingüísticos possa dificultar o trabalho de interpretação e de aplicação do direito, os intérpretes, nem por isso, despem-se da obrigação de desvendar os significados das normas jurídicas, sem o que a realização do Direito revelar-se-ia impossível.

Afirma-se, assim, que todo conceito jurídico apresenta uma *zona de certeza positiva* (em que é possível identificar situações concretas que com se amoldam perfeitamente ao enunciado da lei), uma *zona de certeza negativa* (em que é possível identificar situações concretas que de forma alguma se amoldam à hipótese legal), e ainda uma *zona intermediária* (em que é duvidoso se determinadas situações concretas se ajustam ou não à situação abstrata prevista na lei).

É justamente nessa faixa cinzenta que se coloca o cerne da questão e onde começam as divergências doutrinárias sobre a existência ou não de discricionariedade em relação aos conceitos jurídicos indeterminados⁶.

Os conceitos jurídicos indeterminados constituem verdadeira técnica de elaboração de normas jurídicas aplicável a todas as esferas do Direito. No Direito Civil, qualificam-se como tal os conceitos de boa-fé, função social do contrato, bom pai de família, negligência, somente para citar alguns. No Direito Processual Civil, os conceitos de verossimilhança, fundado receio de dano irreversível, perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, entre outros. O Poder Judiciário está bem familiarizado com esses conceitos, cuja aplicação na prática é feita através de um processo hermenêutico de interpretação do Direito.

Quando essa técnica é utilizada pelas normas de Direito Administrativo,

⁶ Para Eros Roberto Grau, o termo “conceito jurídico indeterminado” é impróprio, pois a indeterminação não é do conceito, mas, sim, dos termos que o expressam. Daí porque entende correto referir-se a “conceitos cujos termos são indeterminados” e não a “conceitos indeterminados” (*Poder Discricionário*, Revista de Direito Público nº 93, p. 42).

surge o problema da aplicação prévia desses conceitos pela Administração Pública, o que leva muitos juristas e estudiosos a estabelecerem uma pseudo-relação entre essa técnica e a discricionariedade, como se este caminho fosse o único possível para dar efetivação a esses conceitos no caso concreto.

No direito alienígena, é importante ressaltar a opinião de Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, influenciada pela doutrina alemã, no sentido de repelir qualquer identificação entre conceitos indeterminados e discricionariedade administrativa. Segundo a linha de pensamento dos citados juristas, a aplicação dos conceitos indeterminados se opera através de um processo de interpretação e de aplicação do Direito. Trata-se de processo regrado porque não admite mais do que uma solução válida perante o Direito: ou o conceito se aplica ou não se aplica. Isto é, diante de determinada situação fática, o aplicador do Direito terá que determinar se há boa-fé ou não há; se o sujeito se comportou como um bom pai de família ou não; se faltou à probidade ou não. Daí a conclusão de que os conceitos indeterminados só conservam essa qualidade enquanto considerados em abstrato, pois, ao serem aplicados às particularidades do caso concreto, ganham um sentido único e singular. O fato de tais conceitos serem aplicados em primeira mão por alguma autoridade pública não altera esse raciocínio, mas apenas significa dizer que a interpretação conferida ao conceito pela Administração está sujeita a controle de legalidade, cabendo ao Poder Judiciário dar a última palavra sobre o assunto ⁷.

A linha mestra do raciocínio de Eduardo García de Enterría está justamente na crença de existir “una unidad de solución justa en la aplicacion del concepto a uma circunstancia concreta”⁸. Ou seja, enquanto a aplicação dos conceitos

⁷ Confira-se a opinião dos juristas espanhóis: “A lei não determina com exatidão os limites desses conceitos porque se trata de conceitos que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosa, porém, em todo caso, é manifesto que se está referindo a uma hipótese de realidade que, não obstante a indeterminação do conceito, admite ser determinado no momento da aplicação. A lei utiliza conceitos de experiência (incapacidade para o exercício de suas funções, premeditação, força irresistível) ou de valor (boa-fé, padrão de conduta do bom pai de família, justo preço), porque as realidades referidas não admitem outro tipo de determinação mais precisa. Porém, ao estar se referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito (...). Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma ‘unidade de solução justa’ em cada caso” (Eduardo García de Enterría & Tomás Ramon Fernández, *Curso de Direito Administrativo*, p. 393).

⁸ *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo - Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*, pp. 32-42.

indeterminados a um caso concreto só pode dar ensejo a uma única solução justa perante o Direito, a discricionariedade permite, ao contrário, uma pluralidade de soluções justas (“indiferentes jurídicos”), o que seria suficiente para distinguir as duas técnicas.

Entre nós, Eros Roberto Grau igualmente critica a associação feita entre discricionariedade e conceitos indeterminados, afirmando se tratar de técnicas inconfundíveis. Justifica-se: ao exercer poderes discricionários, a administração emite juízos de oportunidade, ao passo que, ao interpretar tais conceitos, ela nada mais faz do que aplicar a lei ao caso concreto. Também para o Professor, e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, a aplicação de conceitos indeterminados é uma modalidade de aplicação do Direito, sendo passível de ampla revisão judicial⁹.

De outro lado, existe a corrente, defendida no direito português por Afonso Rodrigues Queiró, que classifica os conceitos indeterminados em *conceitos teóricos* (relacionados às ciências empírico-matemáticas) e *conceitos práticos* ou *conceitos de puro valor* (de conteúdo axiológico), para concluir que a discricionariedade surge somente em relação a estes últimos. Essa doutrina foi incorporada entre nós por Régis Fernandes de Oliveira, em sua obra intitulada

9 Eros Roberto Grau discorda do mestre espanhol no seguinte aspecto: a “unidade de solução justa” não é o que distingue a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados da discricionariedade. A distinção entre as duas técnicas reside no fato de que a discricionariedade caracteriza-se pela emissão de juízos de oportunidade, ao passo que a aplicação de conceitos indeterminados cuida da formulação de juízos de legalidade, ou seja, de aplicação da lei. Confira-se: “Pretendendo tudo sintetizar relembro, inicialmente, que não há conceitos jurídicos indeterminados, mas tão-somente conceitos jurídicos cujos termos são indeterminados. Porém, não obstante sejam indeterminados esses termos, expressam significações sempre determináveis. O conceito jurídico, pois, é sempre o signo de uma significação determinada; e de uma apenas significação. Por isso que é imperioso distinguirmos duas técnicas, a dos conceitos indeterminados e a da discricionariedade da Administração. No exercício da discricionariedade, a administração emite juízos de oportunidade; na aplicação de conceitos indeterminados, juízos de legalidade, aplicando o Direito. Daí por que entendo que são extremamente reduzidas as chamadas margens de discricionariedade, que apenas se manifestam, única e exclusivamente, quando a lei, expressamente, as atribui à Administração. Por isso também é que não pode nem deve o poder Judiciário escusar-se ao exame da prática, pela Administração, da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, sob o pretexto de que esta, então, estaria a atuar no campo da discricionariedade. Note-se que, se adotada em sua plenitude a tese de que deva ele escusar-se ao exame dessa aplicação, seríamos forçados a concluir, v.g., ser despropositada e incabível a fixação pelo Poder Judiciário, em ações de desapropriação, dos valores de indenização a serem pagos aos desapropriados. Pois, se “justa indenização” é conceito jurídico indeterminado – e é – a adoção da tese teria de nos conduzir, forçosamente, à afirmação de que incumbe exclusivamente à administração, discricionariamente, fixar tais valores” (*Poder Discricionário*, Revista de Direito Público, vol. 93, p. 43).

“Ato Administrativo” e, com algumas nuances, por Regina Helena Costa, em trabalho especialmente dedicado ao tema dos “Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa”¹⁰.

Para Regina Helena Costa, com relação aos conceitos teóricos, também denominados pela autora de *conceitos de experiência*, “o administrador, após socorrer-se de processo interpretativo, torna preciso o conceito, não lhe restando qualquer margem de liberdade de escolha de seu significado”, mas, quando se tratar de *conceito de valor*, caberá ao administrador, “terminada a interpretação, uma vez restando ainda um campo nebuloso do conceito que esta não foi suficiente para eliminar, definir o conceito por intermédio de sua **apreciação subjetiva**, que outra coisa não é que a própria discricionariedade”.

A par dessas opiniões, convém citar ainda a recente obra de Germana de Oliveira Moraes, intitulada “Controle Jurisdicional da Administração Pública”, onde a autora classifica os conceitos jurídicos indeterminados em várias categorias, pois, a depender da classificação aplicável, admitir-se-ia a adoção da discricionariedade como técnica de integração do significado do termo¹¹.

Na jurisprudência, embora essa discussão em torno da aplicação de

10 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato Administrativo*, pp. 86-89. COSTA, Regina Helena. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*, Revista de Direito Público nº 95, pp. 125-138.

¹¹ Para Germana de Oliveira Moraes, quando a indeterminação resultar unicamente da imprecisão da linguagem, o controle jurisdicional será pleno, sem margem de discricionariedade ao intérprete. O recurso a um dicionário possivelmente resolverá a questão. Também será irrestrito o controle judicial quando a indeterminação resultar da necessidade de contextualização da linguagem, hipótese em que será possível precisar o conteúdo do conceito em função de fatores como tempo e espaço, mediante a avaliação atual (e não prospectiva) das circunstâncias de fato presentes e concomitantes à aplicação da norma jurídica. Em ambos os casos, os conceitos jurídicos, embora indeterminados, são classificados como vinculados, pois a sua aplicação em termos práticos conduz a uma única solução juridicamente possível. Ao lado dos conceitos indeterminados de natureza vinculada, em que a indeterminação está frequentemente associada à imprecisão da linguagem ou à necessidade de contextualização da mesma, existiriam os chamados os conceitos indeterminados não vinculados, cuja aplicação pode conduzir a mais de uma solução admissível perante o Direito. Ainda segundo a autora, os conceitos indeterminados tidos por não vinculados dividem-se em duas categorias: (i) **conceitos discricionários**, cujo conteúdo exige complementação através da ponderação valorativa de interesses antagônicos à luz do interesse público prestigiado pela norma jurídica; e (ii) **conceitos de prognose** (ou verdadeiramente indeterminados), cuja complementação de sentido exige do intérprete uma avaliação prospectiva das circunstâncias de fato, mediante um juízo de aptidão formulado sob uma perspectiva de futuro, ou seja, um juízo de prognose. Em relação aos conceitos discricionários ou de prognose, a aplicação do direito, segundo a autora, “não pode ser considerada de mera subsunção lógica, em termos de existir uma única solução legal, já contida na norma e apenas extraída pelo aplicador; fora dum núcleo duro do conceito, só através de um esforço reconstutivo e criativo se pode reduzir a situação de facto ao pressuposto normativo-abstracto, existindo sempre, nessa medida, uma valoração autônoma (complementar) do agente e, portanto, algo que corresponde ou se aproxima de uma escolha (embora orientada) entre alternativas” (*Controle Jurisdicional da Administração Pública*, p. 65).

conceitos indeterminados ainda seja incipiente, para o Superior Tribunal de Justiça, saber se um conceito jurídico indeterminado (no caso, as expressões “fatos memoráveis” e “excepcional valor artístico”) foi correta ou incorretamente aplicado não constitui um exame de conveniência ou oportunidade, mas simples tarefa de aplicação da lei, não obstante a vagueza dos seus termos.

Daí porque aquela Corte confirmou a possibilidade de revisão judicial de ato administrativo que determinara o tombamento de um imóvel, por entender que a decisão quanto a se **“saber se um bem foi acertada ou erradamente qualificado como de valor histórico ou artístico, não constitui exame de conveniência ou de oportunidade, mas precisamente uma indagação de se foi devida ou indevidamente aplicada a lei”**. Confirma-se o seguinte trecho desse acórdão¹²:

“Abstraindo-se este ponto, não podemos negar que tombamento é um ato parcialmente discricionário, na medida em que envolve alguma margem de aferição do valor histórico, artístico, etc.: mas ele é na sua maior parte um ato vinculado, especificamente quanto a sua motivação, que, como vimos, tem de ser considerada com cuidado, **dado àquilo que a lei exige, ou seja, vinculação a fatos memoráveis da história e a excepcionalidade do valor artístico (...)**. Dir-se-ia que a lei não fornece os critérios para esta qualificação, não havendo, pois, referencial legal para se apurar o erro ou o acerto da qualificação. O argumento é apenas em parte verdadeiro. **A Lei estabelece aqueles critérios que devem ser respeitados pela administração, vagos é certo, mas os estabelece (...)**.”**“O intuito da Lei não foi, portanto, dar autoridade irrestrita ao órgão incumbido do tombamento, mas, ao contrário, cerceá-la ao significado limitativo das expressões empregadas, fatos memoráveis, excepcional valor e feição notável. (...) o poder discricionário move-se, portanto, por definição, em uma zona livre, privativa da administração, o que exclui, sob pena de contradição nos próprios termos, a possibilidade, neste núcleo, de revisão por parte do Poder Judiciário (...). Não resta dúvida, porém, que a demarcação desta zona livre é em si mesma uma questão jurídica suscetível de apreciação jurisdicional. Não é à administração, mas ao Judiciário, que compete a tarefa de verificar os limites do poder discricionário, em virtude da faculdade que possui, em nosso ordenamento constitucional de interpretar, final e conclusivamente, o direito positivo. (...) a questão de saber onde começa o domínio do poder discricionário, e onde termina, é por si mesma uma questão jurídica, e não uma questão de apreciação discricionária”**.

Como se vê, especialmente na doutrina, ainda não há consenso quanto à possibilidade de os conceitos jurídicos indeterminados serem instrumentos de aplicação da discricionariedade administrativa, existindo, ao contrário, duas posições antagônicas: (i) os que identificam tais conceitos com a discricionariedade de forma absoluta ou relativa; e (ii) os que afastam qualquer

¹² RE 30.519-0-RJ (92.003252-7); Lex – Coletânea de Legislação e Jurisprudência, Lex Editora S.A., vol. 72, pp.137-150.

relação entre as duas técnicas, considerando-as inconfundíveis.

4.3

Os conceitos indeterminados na Lei nº 8.884/94

Podemos afirmar que os conceitos jurídicos existentes na Lei da Concorrência, em grande parte, não possuem conteúdo pré-delimitado¹³. A Lei nº 8.884/94 não indica, de forma pormenorizada, em que situações haverá abuso de poder econômico ou em que casos haverá eliminação da concorrência como resultado da concentração do capital. Apenas estatui que tal abuso será reprimido, sem especificar concretamente as hipóteses em abstrato configuradoras de “abuso de poder econômico”, expressão para a qual não existe definição na lei. A norma jurídica se limita a dizer quais são os interesses jurídicos a serem tutelados. Ao aplicador da norma, cabe fazer todo o resto.

A simples leitura dos artigos 1º, *caput*, 20 e 54 da Lei nº 8.884/94 nos leva à conclusão de que o legislador recorreu a expressões vagas e fluidas, seja para designar os princípios que orientam o direito da concorrência (liberdade de iniciativa, livre concorrência, repressão ao abuso do poder econômico), seja para definir os atos que devem ser submetidos à aprovação do CADE e aqueles que abstratamente podem configurar infrações à ordem econômica.

Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas observam que a legislação concorrencial brasileira de fato recorreu à técnica dos *conceitos jurídicos indeterminados*, utilizando-se fartamente de expressões fluidas como “exercício abusivo de posição dominante (art. 20, inciso IV), motivo preponderante da economia nacional (art. 54, §2º), abuso do poder econômico (art. 1º), dominação de mercados (art. 54), aumento arbitrário de lucros (art. 20, inciso III), prejuízo à liberdade de concorrência (artigos 20, incisos I, 27, V e 54) e dominação de mercado relevante (art. 54 da Lei nº 8.884/94)”¹⁴.

Para a Professora Isabel Vaz, ex-Conselheira do CADE¹⁵, “os conceitos

¹³ Paula Forgioni também ressalta a inexistência de critérios rígidos e determinados na Lei de Defesa da Concorrência (*Os Fundamentos do Antitruste*, p. 195).

¹⁴ *Direito e Economia da Concorrência*, p. 327.

¹⁵ Revista de Direito Econômico, editada pelo CADE, vol. nº 32, jun/dez de 2001, pág. 165. Leia-se também os comentários de José Marcelo Martins Proença sobre os conceitos utilizados pela Lei de Defesa da Concorrência, *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*, Ed. Saraiva, 2001, pp. 58-60.

abertos, ou de conteúdo variável, são imprescindíveis para evitar a obsolescência das normas que os abrigam, porque só assim poderão acompanhar a realidade econômica, que é dinâmica por excelência e permitir buscar parâmetros desejáveis de concorrência, sem as veleidades dos modelos ideais”.

A pergunta que se coloca é se a existência na Lei da Concorrência de expressões de conteúdo indeterminado já faria presumir a outorga de um poder discricionário ao CADE, no exercício das competências a ele inerentes de prevenção e repressão a infrações contra a ordem econômica.

A resposta não é simples. A doutrina brasileira ainda não chegou a conclusões precisas e uníssonas sobre o tema, embora no campo do Direito da Concorrência muitos autores já manifestaram o entendimento, que nos parece correto, 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. Algumas considerações adicionais reforçam esse entendimento, como será melhor demonstrado nos parágrafos subseqüentes deste tópico.

4.3.1

Os elementos volitivos e subjetivos do administrador não integram a decisão do CADE

O principal aspecto que distancia as decisões do CADE dos atos praticados com competência discricionária consiste na ausência de valoração subjetiva, por parte dos integrantes daquela autarquia, na aplicação da Lei nº 8.884/94.

As escolhas eventualmente feitas pelos Conselheiros do CADE, no processo de tomada de decisão, são escolhas que se orientam por regras e, especialmente, por princípios que informam a ordem econômica e o direito da concorrência. O critério de escolha não é, e nem pode ser, a vontade dos Conselheiros. Ainda que na lei existam expressões fluidas e abstratas, tal circunstância não autoriza o aplicador do Direito a compor a norma com suas convicções pessoais¹⁶.

¹⁶ Para J.A. Tavares Guerreiro, a tarefa de preenchimento do conteúdo dos conceitos jurídicos abertos, em especial aqueles utilizados pelas normas de direito econômico, é uma tarefa vinculada à finalidade da lei: “A partir de tais proposições (...) tudo parece caminhar para uma renovada visão, tanto da tipicidade quanto da exegese legal, que implica o prestígio dos *princípios da ordem*

Como esclarece Eduardo García de Enterría, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados “é um **caso de aplicação da lei**, já que se trata de subsumir em uma categoria legal (configurada, não obstante sua imprecisão de limites, com a intenção de demarcar uma hipótese concreta) umas circunstâncias reais determinadas; justamente por isso é um **processo regulado**, que se esgota no processo intelectual de compreensão de uma realidade no sentido de que o conceito legal indeterminado tem pretendido, **processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador**, como é próprio de quem exerce uma potestade discricional”¹⁷.

Para usar as palavras de Eros Roberto Grau, a aplicação desses conceitos a situações concretas é feita segundo o critério “para nós”, pois somente quando o significado do conceito jurídico é reconhecido uniformemente por um grupo social, poderá prestar-se ao cumprimento de sua função, que é a de permitir a aplicação de normas jurídicas com um mínimo de segurança e certeza¹⁸.

Em sentido oposto, o exercício do poder discricionário implica a integração, no processo decisório, de elementos volitivos próprios do titular desse poder. Não é por outra razão que Seabra Fagundes esclarece que a discricionariedade pressupõe “uma apreciação **quase pessoal** do agente sobre certos fatos, circunstâncias e coisas, apreciação que o pode levar a agir num sentido ou noutro e até a abster-se de qualquer ação”¹⁹. Ou seja, diante de duas soluções igualmente compatíveis com o interesse público, o administrador poderá escolher aquela que melhor lhe aprouver, segundo um juízo próprio de conveniência e oportunidade. Em tal hipótese, o critério de decisão é exercido “para mim” e não para “nós”.

jurídica, preferentemente à literalidade fechada dos preceitos individualmente considerados, como se não fizessem parte de um *sistema*, informado por *valores*. (...) A integração de normas penais em branco, a experiência dos *standards* jurídicos, a interpretação realista e econômica dos comandos legais e a crescente utilização legislativa dos conceitos juridicamente indeterminados representam manifestações evidentes e eloqüentes de que o equilíbrio social só pode ser atingido, hodiernamente, mediante a superação do formalismo verbal que prevaleceu em nossa cultura, infenso à evolução da economia, da sociedade e do próprio direito. **Há que se distinguir, como é óbvio, entre a hermenêutica realista e econômica do art. 2º de nossa lei antitruste, e o arbítrio administrativo na apreciação das irregularidades em causa.** (...) A expressão legal *qualquer outra forma de concentração de empresas* indicia um espaço de construção tipo lógica que não tem nada de analógico. **Cuida-se, ao revés, de uma abertura do tipo que a experiência jurídica e a cultura do tempo devem preencher – e não livremente, se não em estrita conformidade com a finalidade do preceito normativo**”. (in “Formas de Abuso do Poder Econômico”, Revista de Direito Mercantil, vol. 66, pp. 46-47).

¹⁷ Eduardo García de Enterría & Tomás Ramón Fernández, Curso de Direito Administrativo, p. 394.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, p. 62.

¹⁹ Vide nota nº 24.

O que significa dizer que a discricionariedade está relacionada não com a indeterminação de um certo conceito jurídico, mas sim com o fato de o intérprete (no caso, a Administração) estar livre para fazer uma valoração **pessoal** dos fatos e circunstâncias com as quais se vê confrontado, bem como para tomar a decisão segundo critérios subjetivos de conveniência e oportunidade, sem estar vinculado a padrões universais aceitos pela coletividade.

Karl Engisch ressalta que o traço característico da discricionariedade reside justamente no fato de que “a convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo «espaço de jogo» será havida como sendo a melhor e a justa”²⁰. Para Engisch, “**a indeterminação e a normatividade não fazem de um conceito (...) discricionário**”, pois, embora os conceitos normativos indeterminados careçam de valoração, não se trata aqui de uma valoração pessoal do aplicador do direito, como ocorre no exercício de um poder discricionário, mas antes uma **valoração objetiva** a partir das concepções morais dominantes da sociedade. É fundado nessas razões que o citado jurista faz a necessária distinção entre discricionariedade e conceitos indeterminados e conceitos normativos ²¹.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. Também comunga do entendimento de que a imprecisão ou indeterminação dos conceitos, por si só, não gera a discricionariedade²²:

“A vagueza e ambigüidade de certos termos dão lugar a uma distinção entre conceitos indeterminados e conceitos discricionários. **Ou seja, nem sempre o vago**

²⁰ ENGISCH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, pp. 227-228.

²¹ “**Todavia, já acima notamos que a valoração que aqui se faz, desde que não se verifique a atribuição de um «poder discricionário», não precisa de ser uma valoração eminentemente pessoal do órgão aplicador do direito.** Os conceitos «normativos» podem antes significar que o órgão aplicador do direito deve procurar e determinar as valorações preexistentes num sector social «dirigente», «relevante». **Nesta medida, falaremos de valorações *objectivas*.** Saber se o dedo indicador é um «membro importante do corpo», se os combates de boxe e as lesões corporais que neles se aceitam são compatíveis com os «bons costumes», se um curador «violou gravemente as suas obrigações de curadoria», se uma representação gráfica (George Grosz: Cristo na máscara de gás) é «blasfema» (§ 166 do Código Penal, fórmula anterior) ou pelo menos «injuriosa» para a Igreja cristã (§ 166 do Código Penal, nova fórmula), se um casamento «fracassou», **tudo isto são questões que a lei não quer ver respondidas através de uma valoração eminentemente pessoal do juiz.** A lei aqui é antes de opinião de que há concepções morais dominantes pelas quais o juiz se deve deixar orientar”. (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, pp. 216 e 236-237).

²² *Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre Atos de Concentração*, Revista do IBRAC, v. 4, nº 6, São Paulo, 1997, pp. 88-89. Sérgio Varella Bruna também opina de forma similar (*O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, p. 151).

e ambíguo gera discricionariedade. Quando o conceito é indeterminado, apesar de vago e ambíguo, o ato com base nele é vinculado. A doutrina não é pacífica a esse respeito e a distinção entre conceito indeterminado e discricionário é disputada.

Diz-se indeterminado o conceito que, apesar de vago e ambíguo, admite determinação por meio de interpretação. Ou seja, o conceito é indeterminado mas não é indeterminável. Por isso, de uma interpretação que lhe dá uma determinação cabe recurso na pressuposição de que ele aponta para variáveis que, preenchidas, apontam uma certa regularidade. Assim, **a interpretação de um conceito indeterminado não se renova em cada ato de aplicação, mas em cada ato de aplicação fortalece um sentido que se estandardiza.** Já o conceito discricionário não gera estandardização, mas a cada aplicação o sentido é sempre removido. Assim, por exemplo, entendo que o conceito “dominação de mercado” é indeterminado, mas não discricionário. (...) Já conceitos que envolvem valores são discricionários como é, por exemplo, o conceito de “justa causa”, razão pela qual a justiça trabalhista foi obrigada a estandardizá-los normativamente, estabelecendo um elenco finito de sentidos”.

Em resumo, o que caracteriza uma decisão como discricionária é a valoração pessoal dos fatos e circunstâncias pelo agente da Administração. A existência de conceitos indeterminados na lei não confere ao aplicador do direito a liberdade de preencher o conteúdo desses conceitos com a sua convicção pessoal. As decisões do CADE se orientam por regras e, especialmente, por princípios que informam a ordem econômica e o direito da concorrência. O critério de decisão não é, e nem pode ser, a vontade dos Conselheiros. O CADE, ao aplicar conceitos vagos como o de “abuso do poder econômico”, tem o dever de reforçar e estandardizar o significado desse conceito a cada aplicação, ao invés de renová-la a cada caso, segundo um juízo subjetivo de conveniência e oportunidade.

4.3.2

O caráter normativo dos conceitos indeterminados previstos na Lei nº 8.884/94

A maioria dos conceitos abstratos citados na Lei nº 8.884/94 já estava contida anteriormente no texto da Constituição Federal de 1988, no capítulo intitulado “A Ordem Econômica e Financeira”, como, por exemplo, os conceitos de “**abuso do poder econômico**”, “**dominação dos mercados**”, “**eliminação da concorrência**” e “**aumento arbitrário dos lucros**”, que constituem consectários das práticas anticompetitivas que o legislador constitucional quis prevenir e reprimir pela via do direito da concorrência (art. 173, §4º, CF).

Incluem-se igualmente no rol dos conceitos indeterminados previstos na

Constituição Federal e reproduzidos na Lei nº 8.884/94 os conceitos de “**liberdade de iniciativa**”, “**função social da propriedade**”, “**defesa do consumidor**” e “**livre concorrência**” (art. 170, *caput*, e incisos II a V, CF).

Todos esses conceitos integram a chamada “Constituição Econômica Brasileira” e, na condição de princípios orientadores da ordem econômica, servem de balizas para a aplicação do direito da concorrência (art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.884/94). O CADE, ao exercer as competências legais de repressão e de prevenção do abuso do poder econômico, está vinculado a esses parâmetros, que, embora fluidos, existem justamente para guiar e limitar a atuação do órgão antitruste.

Interessante, nesse particular, a observação da Professora Paula Forgioni: “As legislações que adotam os sistemas das isenções ou autorizações para sua concessão, colocam determinadas pautas que devem ser seguidas pela autoridade antitruste. Não se trata (nem poderia, sob pena de quebra do sistema) de critérios rígidos e determinados, nem sequer de critérios facilmente determináveis, mas sim bastante fluidos. Entretanto, **os limites da concessão das autorizações, ainda que tênues, são colocados pela lei e devem ser respeitados para que se não adentre no campo da arbitrariedade**”²³.

Uma vez que a lei indica, ainda que com certo grau de indeterminação, os critérios a serem observados pelo CADE no exercício de suas competências legais, entendemos que aplicar esses critérios a situações concretas, desvendando-lhes o conteúdo e a extensão, é tarefa de aplicação do Direito, a qual pressupõe um juízo de interpretação. E na tarefa de interpretar o direito, não há lugar para a discricionariedade, porque o intérprete está vinculado às normas e aos princípios que informam a ordem jurídica, e não às suas convicções pessoais.

O fato de os conceitos indeterminados contidos na Lei da Concorrência serem dotados de valor jurídico também representa, a nosso ver, um importante fundamento legitimador do controle jurisdicional das decisões proferidas pelo CADE.

É que o mérito do ato administrativo imune a controle jurisdicional, como visto no segundo capítulo desta dissertação, ficou reduzido aos parâmetros não jurídicos de boa-administração que norteiam a autoridade pública no processo de

²³ Os Fundamentos do Antitruste, p. 195.

tomada de decisão²⁴. Com a evolução da ciência do direito, muitos dos critérios de ponderação que balizam o processo decisório da administração foram adquirindo valor jurídico. Alguns foram até mesmo constitucionalizados, como os princípios da moralidade administrativa e da eficiência (art. 37, *caput*), enquanto outros servem de parâmetro de julgamento aos magistrados e Tribunais brasileiros, como é o caso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nessa linha de raciocínio, mesmo que a atividade do CADE pudesse ser descrita como discricionária, com o que não concordamos, seríamos de todo modo forçados a concluir que a aplicação *in concreto* dos conceitos indeterminados previstos na Lei nº 8.884/94 comporta, sim, controle judicial. Isso porque a tarefa de dar realização aos conceitos indeterminados pressupõe a interpretação e a aplicação de princípios protegidos pela Constituição Federal, os quais, por serem dotados de inegável valor jurídico, não se incluem na definição doutrinária de mérito, único elemento do ato administrativo imune a controle jurisdicional.

4.3.3

A aplicação dos conceitos indeterminados conduz a uma única solução válida perante o Direito – O dever de boa administração como fator de eliminação da discricionariedade no caso concreto

Ainda a corroborar a conclusão de que as decisões do CADE sujeitam-se ao escrutínio do Poder Judiciário, também somos do entendimento de que a aplicação de conceitos indeterminados conduz a uma única solução válida perante o Direito, pois ou o conceito se ajusta à situação concreta, ou dela se afasta. Melhor dizendo, ou existe “abuso do poder econômico” ou não existe; ou o ato causa “eliminação da concorrência” ou não. Não seria possível ao CADE escolher a solução mais adequada entre várias possíveis, característica esta peculiar do poder discricionário, porque a aplicação de um conceito indeterminado leva necessariamente a uma única solução capaz de atender o interesse público protegido pela lei. Colocando-se a questão em termos práticos, se o CADE entender que a operação é prejudicial à concorrência, e não tendo sido atendidas

²⁴ Esses parâmetros estão relacionados ao acerto, à justiça, à utilidade, à equidade, à razoabilidade, à moralidade etc., de cada procedimento administrativo, os quais definem, no caso concreto, a oportunidade e conveniência da prática do ato administrativo.

as condições do parágrafo 1º, do artigo 54, da Lei nº 8.884/94, a única decisão que poderá tomar é no sentido de reprovar o ato, não lhe sendo possível agir de outro modo. Da mesma forma, afastado o risco de lesão à concorrência, o ato de concentração deve ser aprovado incondicionalmente. Não há meio termo, nem opções a serem feitas pelo CADE, o que afasta eventual caráter discricionário que se pretenda imputar aos julgamentos daquela autarquia. O administrador, em tal hipótese, aplica o Direito ao caso concreto, isto é, emite um juízo de legalidade e não de oportunidade.

Por outro lado, ainda que se entenda que os conceitos indeterminados dão margem à discricionariedade, opinião da qual não compartilhamos, persistiria para o administrador o dever buscar **a solução excelente** para o caso, sob pena de falhar no seu mister de satisfazer o interesse público tutelado em lei. Não se trata simplesmente de um dever moral, sem exigibilidade jurídica, mas, ao contrário, de um dever legal que se impõe a qualquer agente público, no exercício das competências legais que lhe são confiadas, mais conhecido como o **dever jurídico de boa administração**.

O campo de liberdade conferido ao administrador perante a norma não é o mesmo que a norma quer lhe conferir perante o fato. O que significa dizer que essa liberdade é maior na norma em abstrato do que perante a situação concreta, porque o conjunto de circunstâncias fáticas delimitará a margem de atuação do administrador e, em muitos casos, eliminará qualquer resquício de liberdade e/ou de discricionariedade que a lei possa ter colocado à disposição do seu aplicador²⁵.

Daí porque entendemos que, diante de uma situação fática específica, o CADE tem o dever de buscar a solução ótima desejada pelo legislador, mesmo quando o caso depender, para o seu equacionamento, da aplicação de conceitos indeterminados, não lhe sendo autorizado fazer opções entre indiferentes jurídicos. A essa conclusão chegamos, seja por entender que os conceitos indeterminados perdem a sua indeterminação quando aplicados a situações concretas, conduzindo a uma única solução válida perante o direito, seja porque o ente público, por estar vinculado ao dever de boa administração, tem a obrigação de buscar a solução que melhor se adapta à realidade com que se vê confrontado e, conquanto a norma em abstrato lhe possa conferir alguma liberdade de atuação,

²⁵ A esse respeito, são oportunos os comentários de Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, pp. 846-847.

as vertentes do caso concreto costumam reduzir essa liberdade a grau zero.

Assim já se posicionou a ex-Conselheira do CADE, Neide Teresinha Malard, em voto proferido no ato de concentração nº 6/94, envolvendo as empresas Brasilit S.A e Eternit S.A Naquela ocasião, a ex-Conselheira ponderou que o CADE, embora fosse dotado de certa liberdade de decisão, esta liberdade seria limitada, diante do dever, inerente às suas funções, de buscar a melhor solução para o caso concreto: “Esta a razão de ser da discricionariedade deferida ao conselho. Não podendo a situação concreta ser antecipada e nem a melhor solução ou providência fixada de antemão, concedeu a lei liberdade relativa e limitada ao Colegiado para, no momento da apreciação do ato, atento aos critérios nela estabelecidos, encontrar a melhor solução, de forma a satisfazer plenamente a finalidade legal (...). **A valoração que faz o CADE por certo não é intangível, porquanto a liberdade de agir só pode ser exercida no cumprimento do dever de buscar a melhor solução que o legislador não pôde fixar, pois só esta atenderá ao interesse público específico – a defesa da concorrência – ditado pela norma”.**

4.4

O argumento da discricionariedade técnica

Em paralelo à corrente dos que associam os conceitos indeterminados com a discricionariedade, existe ainda outra vertente doutrinária que defende a imunidade de determinadas decisões administrativas ao controle judicial em razão do grau de especialização técnica que as revestem.

O debate em torno da tecnicidade voltou a ganhar destaque na atualidade em razão da crescente intervenção do Estado sobre as estruturas sócio-econômicas, através de políticas de regulação, o que provocou a inserção de regras e *standards* científicos nas leis e regulamentos, cujo destinatário e intérprete primário é a própria Administração.

A existência de uma discricionariedade técnica, segundo a visão dessa corrente doutrinária, justificar-se-ia pelo fato de certas decisões administrativas ostentarem tal grau de complexidade técnica que somente o órgão ou autoridade investidos da devida competência (legal e técnica), dotados de especialização,

poderiam valorá-las corretamente²⁶. Firmou-se a partir daí, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o entendimento de que a administração teria liberdade técnica de decisão, somente passível de fiscalização pelo Poder Judiciário, em caso de erro manifesto.

Esse entendimento, conquanto tenha defensores no direito Brasileiro²⁷, é merecedor de críticas, por ser uma forma simplista de enfrentar o controvertido tema da imunidade ou não dos atos administrativos ao controle jurisdicional²⁸.

“Discricionariedade administrativa” nos parece ser uma maneira eufemista de se conferir ao ato administrativo de conteúdo técnico um véu de legitimidade absoluta, imunizando-o do controle judicial, pelo só fato de a autoridade que o praticou deter algum nível de especialização técnica, o que, a nosso ver, não pode ser visto como critério suficiente e bastante para se distinguir um ato discricionário de um ato vinculado.

Especialmente nos dias atuais, em que o avanço da técnica se faz sentir nos aspectos mais triviais da vida em sociedade, assim como em todos os ramos da indústria, do comércio e da economia, é ingênuo achar que as atividades reguladas pelo Poder Público ficarão isentas de um controle técnico ou científico, ou que esse controle seria excepcional. Hoje em dia a influência da técnica nas decisões tomadas pela Administração Pública, sobretudo pelos agentes reguladores, como também nas matérias levadas à apreciação do Poder Judiciário, é bastante significativa. Nem por isso os nossos juízes deixam de prestar jurisdição. É evidente que, para decidir questões técnicas, os magistrados devem se valer da opinião de profissionais com especialização na matéria controvertida, prova essa

²⁶ Sobre a noção clássica de discricionariedade técnica, idealizada inicialmente por Bernatzik na Áustria e desenvolvida “a posteriori” por renomados autores italianos, como Renato Alessi, confira-se Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 77.

²⁷ Nesse sentido a opinião de Luís Roberto Barroso: “Quanto às decisões discricionárias envolvendo conteúdo técnico, tomadas pelo órgão ou entidade especializado, gozam elas de uma presunção reforçada de legitimidade, cabendo ao Judiciário revê-las apenas diante do erro grosseiro” (*Temas de Direito Constitucional*, Tomo III, p. 391). Os tribunais também, até certo ponto, invocam a discricionariedade técnica como um limite ao controle judicial sobre o exercício de competências administrativas que envolvam questões de alta complexidade técnica: “Em tema de concurso público de provas, é cediço que o Poder Judiciário, aprisionado à verificação da legalidade, não deve substituir os examinadores quanto aos objetivos, fontes e bases de avaliação das questões. As comissões examinadoras organizam e avaliam as provas com discricionariedade técnica” (STJ, DJ 26.09.94, p. 25.599, REsp. 11.211-PE, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

²⁸ Eros Roberto Grau repele a noção de “discricionariedade técnica”, citando, neste particular, a visão crítica de Antônio Francisco de Souza (*Poder Discricionário*, RDP nº 9, p. 44 e *Discricionariedade Técnica e parecer Técnico*, RDP nº 93, p. 114).

que em juízo se faz através de perícias, juntada de pareceres e, em alguns casos, oitiva de “expert witnesses”.

O Professor Tércio Sampaio Ferraz Jr. já teve a oportunidade de analisar a questão e assim se pronunciou²⁹:

“No que se refere a atos administrativos, fala-se em discricionariedade técnica. A noção nasceu na Áustria, com Bernatzik, que entendia tratar-se “de atos que, por sua alta complexidade técnica, deviam ser retirados do controle jurisdicional”. A noção conheceu um desenvolvimento maior na Itália, onde Alessi distinguia entre discricionariedade administrativa, cujos critérios de decisão puramente administrativos (por exemplo, a concessão de licença para uso de armas, um certificado de boa conduta), e discricionariedade técnica, que exige critérios técnicos, como, por exemplo, ordenar o fechamento de um estabelecimento por considerá-lo insalubre.

Aqui, no entanto, é preciso distinguir entre a impropriamente chamada discricionariedade técnica e a discricionariedade técnica própria. A primeira ocorre quando a lei usa conceitos que dependem da manifestação de órgãos técnicos, não cabendo ao administrador se não uma única solução juridicamente válida. **Nesse caso o ato, embora com base em conceitos empíricos sujeitos à interpretação técnica, é vinculado.** Por exemplo, o CADE, para constatar prejuízo à concorrência de um ato de concentração recorre a critérios técnicos, como o de barreiras à entrada. “Prejuízo à concorrência” é aí um conceito indeterminado a ser interpretado tecnicamente. **Já a discricionariedade técnica própria ocorre quando o administrador se louva em critérios técnicos, mas não se obriga por eles, podendo exercer seu juízo conforme critérios de conveniência e oportunidade.** Por exemplo, os laudos técnicos recomendam o tombamento de determinado bem pelo seu valor cultural, mas em virtude de outros critérios (segurança, finanças etc) a autoridade opta por não realizá-lo. O que guia a decisão são conceitos que tomam sentido, renovadamente, em cada caso”.

Ao comentar especificamente a atuação do CADE, na análise de atos de concentração, o citado jurista é categórico ao afastar a existência de uma discricionariedade técnica em prol daquela autarquia, que estaria, ao contrário, vinculada aos conceitos que dependem de interpretação técnica, tais como o conceito de “prejuízo à concorrência”, “dominação de mercado”, entre tantos outros, concluindo pelo caráter vinculado das decisões administrativas que concedem ou negam aprovação a tais atos. Confira-se³⁰:

“No caso de aprovação ou desaprovação de atos de concentração, entendo que se trata de atos impropriamente chamados de tecnicamente discricionários. Na verdade, o CADE, ouvida a SDE e a SEAE, com base no laudo técnico expresso

²⁹ *Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre Atos de Concentração*, Revista do IBRAC, v. 4, n° 6, São Paulo, 1997, p. 88 e seg.

³⁰ *Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre Atos de Concentração*, Revista do IBRAC, v. 4, n° 6, São Paulo, 1997, p. 88 e seg.

pelo relator (ou pelo relator designado se o primeiro for voto vencido), **toma uma decisão cujo fundamento técnico não expressa um juízo de conveniência e oportunidade, mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da livre concorrência.** Sua decisão, assim, não é ato político de governo, conforme diretrizes ocasionais, mas ato que cumpre uma política de estado, conforme diretrizes constitucionais e legais.

Assim, se o Plenário reconhece que determinado ato de concentração aumenta barreiras de entrada mas, não obstante, reconhece também que há eficiências que tecnicamente compensam o prejuízo, sua decisão de aprovação é ato vinculado, não discricionário. A expressão legal 'poderá autorizar' (art. 54, §1º, da Lei nº 8.884/94) é, na verdade, poder-dever e não poder discricionário.

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 contratos e atos 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 na técnica, é submeter a liberdade à tirania da técnica, à tecnocracia. **O CADE ao aprovar ou reprovado emite um juízo técnico, cuja validade jurídica exige a possibilidade de uma revisão quando um direito esteja sendo ameaçado**".

Apesar do elevado grau de tecnicidade contido nas decisões do CADE, isso não significa que o administrador, ao aplicar o direito da concorrência, estaria desvinculado dos princípios estabelecidos na Lei nº 8.884/94 e na própria Constituição Federal, podendo fazer valorações subjetivas a respeito de fatos concretos e, mais ainda, escolher a solução mais adequada, segundo um juízo pessoal de conveniência e oportunidade.

Ao contrário, acreditamos que existem na Lei nº 8.884/94 conceitos indeterminados que necessitam de interpretação técnica, que, como qualquer outro processo de interpretação, situa-se no campo da legalidade, sendo um mecanismo de aplicação do direito a situações concretas. Embora se trate de processo de interpretação sofisticado, nem por isso é discricionário³¹. Nesse sentido, nos parece apropriada a observação feita por Calixto Salomão Filho em relação a alguns conceitos da Lei nº 8.884/94: "Ainda que 'juridicamente indeterminados', alguns deles (como a eficiência, por exemplo), são economicamente

³¹SUNFELD, Carlos Ari. *A função Administrativa no Controle dos Atos de Concentração*, Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, nº 2, p.145-162, abril/junho 2003.

determinados, pelo menos em linhas gerais”³².

4.5

A interpretação do artigo 54, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 8.884/94

Há quem sustente que o caráter discricionário de algumas decisões do CADE decorreria não da fluidez ou vagueza dos conceitos jurídicos indeterminados empregados pela Lei nº 8.884/94, mas, sim, da expressão “o CADE **poderá** autorizar” contida no enunciado do parágrafo 1º, do artigo 54, daquele diploma, ou ainda da expressão “também **poderão** ser considerados legítimos”, constante do parágrafo 2º daquele dispositivo legal.

O verbo *poder*, segundo verbete do Dicionário Aurélio, comporta uma gama de significados, sendo comumente associado a “ter a faculdade de”, “ter possibilidade de, ou autorização para”, “ter ocasião ou oportunidade de”. O substantivo homônimo, por sua vez, segundo o mesmo Dicionário, corresponderia a “direito de deliberar, agir e mandar” e “faculdade, possibilidade”.

Como visto, associa-se *poder* com “faculdade”, “possibilidade”, “autorização” e “oportunidade”, razão pela qual o termo, quando presente no enunciado da norma jurídica, é comumente apontado como um elemento caracterizador da discricionariedade³³.

Por essa razão alguns juristas entendem que, quando a lei diz que o “CADE poderá autorizar” certos atos de concentração lesivos à concorrência, desde que atendam a determinados pressupostos legais, estaria a conceder ao referido órgão colegiado um poder discricionário de aprovar ou não tais atos³⁴.

³² *Direito Concorrencial – As Estruturas*, Malheiros Editores, 2ª edição, 2002, pp. 154-155.

³³ Karl Engisch já observou que o uso do verbo “poder”, em enunciados normativos, costuma ser associado à atribuição de poder discricionário (*Introdução ao pensamento jurídico*, p. 266).

³⁴ Nesse sentido, a opinião de Carlos Ari Sunfeld, no artigo intitulado *A função Administrativa no Controle dos Atos de Concentração*, Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, nº 2, p.145-162, abril/junho 2003. Paula Forgioni parece se filiar a essa corrente, muito embora não atribua o caráter discricionário das decisões do CADE às expressões “poderá” e “poderão” contidas, respectivamente, nos §§1º e 2º, do art. 54, da Lei: “A conjugação de todos esses valores nos leva indubitavelmente a um juízo de conveniência e oportunidade na valoração da operação de concentração, e principalmente se considerados os termos dos §1º e 2º do art. 54 da Lei nº 8.884/94” (*Os fundamentos do Antitruste*, p. 379). Ana Cristina Paulo Pereira qualifica como discricionário o poder que o CADE exerce, ao apreciar atos de fusão, incorporação e outras modalidades de grupamento societário, poder esse que resultaria da possibilidade, outorgada ao Conselho pela Lei nº 8.884/94 (art. 54, §§1º e 2º), de aprovar tais atos, muito embora possam causar prejuízo à concorrência ou dominação de mercados (*Os Limites da Liberdade Contratual no Direito da Concorrência*, Revista do IBRAC, vol. nº 6, nº 3, p. 55, 1999). No mesmo sentido a

Com efeito, o parágrafo 1º, do artigo 54, permite ao CADE autorizar certos negócios jurídicos entre agentes econômicos que apresentem algum grau de nocividade à concorrência. Mas a redação do citado preceito legal nos leva a concluir que o CADE somente poderá expedir tal autorização se estiverem presentes as eficiências econômicas indicadas no inciso I, letras “a”, “b” e “c”, do referido artigo, e se forem atendidas as condições previstas nos incisos II a IV, isto é, desde que os benefícios decorrentes do ato sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes e os consumidores, não havendo eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante de bens ou serviços, e desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

A questão que permanece é se, atendidos tais pressupostos legais, ainda subsistiria algum grau de discricionariedade em favor do CADE em relação à aprovação daqueles atos. A negativa se impõe. Não nos parece fazer sentido a delegação de um poder discricionário ao CADE se foram estabelecidas objetivamente na Lei as condições para que o ato de concentração seja aprovado. A adoção do vocábulo “poderá”, à primeira leitura, sugere a outorga de discricção ao órgão antitruste, mas essa impressão se esvai diante da constatação de que a norma jurídica fixou critérios objetivos de aprovação, que, uma vez demonstrados, vinculam a decisão do CADE.

Assim, se as eficiências estiverem presentes e demonstradas, o CADE está obrigado a aprovar o ato. Da mesma forma, se as eficiências não estiverem presentes ou comprovadas, o CADE deve negar aprovação ao ato. Não há solução intermediária, como, por exemplo, condicionar a aprovação à assinatura de compromisso de desempenho, pois este instrumento serve apenas para revelar e especificar as eficiências, e não para criá-las³⁵.

Em outras palavras, não assiste ao CADE a faculdade de aprovar ou não o ato, se estiverem presentes os requisitos do artigo 54, §1º, da Lei. Nesse caso não haveria duas soluções igualmente compatíveis com o interesse público (dois

opinião de Werter R. Faria, *O Controle das Concentrações de Empresas*, Revista do IBRAC, vol 7, nº 7, pp. 27-28. Laércio Farina também caracteriza como discricionária a decisão do CADE no que diz respeito à aprovação de atos de concentração (Revista do IBRAC, vol. 3, n.6, palestra apresentada no “II Seminário Internacional de Direito da Concorrência, em maio de 1996”, pp. 104-108).

³⁵ Confira-se, nesse sentido, a clara exposição de Pedro Dutra, *A Concentração do Poder Econômico*, Revista de Direito Econômico, vol. nº23, pp. 117-118.

indiferentes jurídicos), pois, demonstradas as eficiências, a aprovação se impõe como única solução válida perante o Direito. De igual sorte, se as eficiências não estiverem presentes, o CADE deverá necessariamente negar autorização ao ato. Por isso se diz que a expressão “poderá” corresponde a um poder-dever, e não a um poder discricionário³⁶.

No ato de concentração nº 08012.001697/2002-89 (caso Nestlé/Garoto), o CADE, por maioria de votos, determinou o desfazimento daquela operação, justamente por entender que os requisitos do § 1º, do art. 54 não haviam sido demonstrados pela compradora. Ao proferir voto nesse sentido, o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer afirmou expressamente que, diante da ausência daqueles requisitos, a decisão do CADE pela reprovação do ato constituía “ato vinculado”, ou seja, era a única decisão válida e cabível naquelas circunstâncias. Confira-se o seguinte trecho daquele voto:

“Nas circunstâncias do caso concreto, por tudo o que foi exposto, entendo ausentes as condições estabelecidas no aludido § 1º do art. 54 da Lei 8.884/94, que traz a conclusão de que a determinação da desconstituição do ato de concentração entre Nestlé do Brasil e Garoto constitui ato vinculado. Com efeito, incidente a limitação à concorrência decorrente da dominação dos mercados relevantes de após a aquisição da Garoto pela Nestlé do Brasil, a única hipótese de aprovação do ato seria a de que 1) não fosse eliminada a concorrência de parcela substancial do mercado relevante e que 2) houvesse eficiências econômicas que a) fossem específicas da operação; b) não pudessem ser alcançadas de modo menos restritiva à concorrência; c) fossem compartilhadas equitativamente com os consumidores e usuários finais. Tais circunstâncias não ocorreram de forma cumulativa no presente caso, o que enseja o dever do CADE em reprovar a operação, sob pena de infringir a lei de defesa da concorrência”.

Com efeito, a única hipótese admissível de atuação discricionária, pelo CADE, que conseguimos extrair da Lei nº 8.884/94, está contida no parágrafo

36 Nesse sentido a opinião de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (*Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre Atos de Concentração*, Revista do IBRAC, v. 4, nº 6, São Paulo, 1997, p. 89). José Ignácio Franceschini e Edgard Antonio Pereira também compartilham desse entendimento: “Conclui-se assim que quando o §1º do art. 54, citado, estabelece que o “CADE poderá autorizar” os atos de concentração de que trata o caput do dispositivo, a expressão não pode ser considerada como ensejadora de controle, pelo Estado, da atividade econômica ou da conduta empresarial (função banida pela Constituição vigente). Na realidade, a interpretação sistemática e teleológica de todo o ordenamento jurídico da concorrência exige que o texto sob exame seja lido a contrario sensu: o Estado, no exercício do seu **poder-dever** de garantir a livre iniciativa por intermédio da livre concorrência não pode deixar de aprovar o ato de concentração quando atendidos os requisitos indicados no §1º e não o inverso. Em princípio, o CADE não está autorizado a obstar o ato de concentração na presença das eficiências arroladas, mesmo porque, na hipótese, sua decisão configura ato administrativo regrado ou vinculado” (*As eficiências econômicas sob o prisma jurídico*, Revista de Direito Econômico, vol. nº 23, pp. 25-37).

segundo, do art. 54, da Lei nº 8.884/94, *in verbis*:

“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.

(...)

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, **quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum**, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final”.

O dispositivo em exame trata de uma situação bem diferente da prevista no parágrafo 1º, do artigo 54, pois ali o legislador admitiu expressamente a dispensa pelo CADE da demonstração de uma das condições de aprovação estabelecidas na Lei, desde que tais operações se mostrem necessárias “por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final”. Em casos tais, parece-nos que o CADE poderá escolher discricionariamente, dentre os requisitos estabelecidos no parágrafo 1º, do art. 54, aquele que deixará de ser considerado para efeitos de aprovação do ato³⁷.

Também prevalece o entendimento, na doutrina, de que a aprovação de determinado ato de concentração por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum estaria associada ao exercício de uma competência discricionária pelo CADE. Werter Faria adverte que, nessas hipóteses, a “decisão tem caráter quase inteiramente discricionário”, porque os dois pressupostos legais induzem a uma livre apreciação do que sejam os valores extraconcorrenciais “motivo preponderante da economia nacional” e “bem comum”, aduzindo ainda que “a decisão por motivos extraconcorrenciais é mais discricionária do que a baseada em razões de eficiência econômica”³⁸.

Outros defendem ser discricionário o poder outorgado ao CADE de autorizar ou não atos nocivos à concorrência, nos termos do parágrafo segundo, do artigo 54, porque, nessa situação específica, o CADE estaria aplicando, ao caso

³⁷ Nesse sentido o entendimento de Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, p. 154.

³⁸ FARIA, Werter R., *O Controle das Concentrações de Empresas*, págs. 27-28.

concreto, o princípio da concorrência-meio, sobre o qual discorreremos no capítulo 3.1 deste trabalho. E só ao Poder Executivo, através do órgão competente e mediante critérios de conveniência e oportunidade, caberia avaliar a existência de “motivo preponderante da economia nacional” e do “bem comum”, traduzindo-se essa atuação do CADE, em termos práticos, em um processo de implementação de políticas públicas. É esclarecedora, neste particular, a lição de Nuno T.P. Carvalho³⁹:

“É importante frisar que os atos de concentração são, em primeira mão, analisados pelas autoridades administrativas competentes, ou sejam, a SDE, desempenhando uma função de investigação e de consultoria, e o CADE, desempenhando um papel deliberativo. Mas, em segunda mão, e em obediência ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial dos atos administrativos, a matéria pode ser submetida ao Poder Judiciário pela parte prejudicada. **Acredito que o exame das eficiências, por ser muito mais quantitativo do que qualitativo, e por estar subordinado à regra da vinculação dos atos, pode ser revisto pelos tribunais. O que estes não podem rever é a aplicação do princípio de concorrência-instrumento, tal como expressa no § 2º do artigo 54 da Lei 8.884/94 (cf. 1.5.3)**, pois só ao Poder Executivo, mediante a aplicação do poder discricionário, cabe avaliar a existência de ‘motivo preponderante’ da economia nacional e do bem comum”.

Em resumo, existem duas formas de aprovação de atos ou contratos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. No primeiro caso, a análise se dá com lastro no §1º, do art. 54, sendo certo que, constatados os requisitos legais ali indicados, o CADE deverá aprovar o ato, sujeitando-se a sua decisão a amplo controle do Poder Judiciário, por se tratar de atividade regrada. No segundo caso, há quem defenda a opinião de que, embora não preenchidos todos os requisitos do §1º, do art. 54 (o que em tese deveria implicar recusa de autorização), a operação poderá ser aprovada pelo CADE, por critérios de conveniência da Administração, baseados em motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, hipótese em que o âmbito de revisão judicial da matéria seria mais restrito, não podendo alcançar o mérito do ato administrativo autorizador da operação.

³⁹ As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste, p. 155, nota nº 211. Assim também se posiciona José Marcelo Martins Proença, *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*, págs.179-182. Calixto Salomão Filho parece ter opinião similar, ao sustentar que “a decisão acerca do cumprimento de objetivos econômicos é sempre ato discricionário, pois não existe padrão legal para transformá-lo em ato vinculado” (Direito Concorrencial – As Estruturas, Malheiros Editores, 2ª edição, 2002, p. 303). Ao mesmo tempo, porém, critica a outorga de poderes ao CADE para decidir sobre a política industrial brasileira, “competência essa pouco compatível com seus objetivos, sua composição e a desejada independência do Poder Executivo” (ob. citada, p. 44).

5

O Poder Judiciário e o CADE

5.1

O “leading case” da jurisprudência brasileira

Os litígios na área do direito da concorrência cresceram na mesma proporção com que as atividades do CADE foram se intensificando nos últimos anos, estas favorecidas pela reformulação da Lei da Concorrência, em 1994, e impulsionadas pela gradativa abertura da economia brasileira a partir do Governo Collor. As mudanças institucionais trazidas pela Constituição de 1988, a estabilidade da moeda, bem como o quadro favorável da economia mundial, foram determinantes para a atração de investimentos estrangeiros para o setor produtivo brasileiro, que também foi afetado pelo movimento de concentração de capitais que presenciamos na última década do século XX, inspirado pelo neoliberalismo econômico. Investimentos no setor produtivo significam fusões, aquisições de empresas, associações entre agentes econômicos independentes para o desenvolvimento de atividade industrial ou comercial conjunta, na forma de “joint-ventures”, entre outras modalidades de atos de concentração empresarial, os quais tradicionalmente demandam a aprovação dos órgãos antitrustes¹, que desempenham, neste particular, função de natureza preventiva, de modo a verificar a potencialidade lesiva desses atos em relação à livre concorrência.

Embora o tema da presente dissertação tenha ganhado destaque somente nos últimos anos, foi na década de 1980 que se discutiu, possivelmente pela primeira vez, se as decisões proferidas pelo CADE seriam passíveis de revisão pelo Judiciário. Essa discussão está materializada em acórdão da lavra do Ministro Ilmar Galvão, proferido pelo extinto Tribunal Federal de Recursos – TFR (“TFR”), em 26 de outubro de 1986, em ação judicial movida pela Pirelli S.A

¹ No Brasil, existem basicamente dois critérios objetivos para a submissão de atos de concentração à aprovação do CADE, quais sejam, o critério do faturamento bruto (operações entre agentes econômicos nas quais qualquer um dos grupos econômicos envolvidos tenham apresentado faturamento anual bruto igual ou superior a R\$400.000.000,00 no último exercício) e o critério do “market-share” (operação entre dois ou mais agentes econômicos que resulte em participação igual ou superior a 20% em um determinado mercado relevante de bens ou serviços), nos termos do artigo 54, parágrafo 3º, da Lei nº 8.884/94.

(“Pirelli”) contra aquele Conselho². A ementa desse acórdão é auto-explicativa:

“ABUSO DO PODER ECONÔMICO – SANÇÃO – CONTROLE JUDICIAL

- As decisões do CADE, embora tenham caráter parajudicial, não passam de ato administrativo, encontrando-se sujeitas, portanto, a controle judicial.
- O Poder Judiciário não transborda de suas funções quando confere a veracidade e a qualificação legal dos motivos do ato administrativo.
- Caso em que não se pode ter por configuradas as infrações enumeradas no aludido ato”.

Cuidava-se, na hipótese, de ação judicial em que a Pirelli pretendia a anulação de condenação que lhe fora imposta pelo CADE, pela prática de abuso de poder econômico, este representado, basicamente, pelos seguintes atos: (i) venda direta de produtos pela Pirelli, sem a intermediação de sua rede de distribuidores, a consumidores de larga escala (indústria automobilística, empresas de transporte de carga ou coletivos, órgãos públicos); (ii) incorporação pela Pirelli, no Brasil, das atividades de empresa do mesmo ramo, chamada “Dunlop”; (iii) reunião de representantes de empresas concorrentes, entre elas a Pirelli, em associações de classe, o que configuraria prática de cartel; e (iv) a adoção pela Pirelli de tabelas de preços, instituída pela indústria de pneumáticos para seus revendedores, com previsão de descontos variados a depender da categoria de cada um deles.

O TFR, ao examinar o recurso de apelação interposto pela União Federal, confirmou a sentença de primeira instância que havia julgado procedente a ação da Pirelli, para anular a decisão do CADE. O TFR entendeu que os fatos apurados no âmbito do processo administrativo não configuravam os ilícitos previstos na Lei nº 4.137/1962, discordando, portanto, da qualificação jurídica que o CADE emprestou a tais fatos. As razões de decidir do acórdão ora citado podem ser resumidas da seguinte forma:

(i) A venda de produtos pela Pirelli diretamente a grandes consumidores foi considerada lícita, porque não se poderia impor aos fabricantes a obrigação de vender ou comprar somente através de revendedores/distribuidores, não fazendo sentido vedar a participação de fabricantes em licitações públicas, cujo objetivo é o de selecionar a melhor oferta;

² Apelação Cível nº 56.276. Acórdão publicado na Revista de Direito Administrativo, vol. 167, p. 193.

(ii) Não há irregularidade na compra pela Pirelli do acervo da Dunlop, empresa do mesmo ramo, seja porque existiam outros ofertantes capazes de concorrer com a Pirelli (Firestone, Goodyear e Cia Pneus Tropical), seja porque a empresa adquirida era uma subsidiária brasileira da acionista inglesa da Pirelli, não tendo tal operação o objetivo ou o efeito de dominar mercado relevante de bens ou produtos;

(iii) A alegação de cartel foi rechaçada pelo TFR por entender que, no ordenamento jurídico vigente à época dos fatos, a sindicalização de empresas era admitida por lei e os preços de vários produtos eram fixados pelo Governo, através do Conselho Interministerial de Preços – CPI (“CPI”), que não admitia reivindicação isolada de um ou dois produtores, preferindo a reunião destes em associações legalmente reconhecidas;

(iv) Por razões análogas, e estando o país em regime de dirigismo econômico, o TFR não considerou ilegal a adoção, pela indústria, de tabelas uniformes de preços e descontos a revendedores, agrupados em categorias comerciais diferenciadas, desde que fossem observadas as margens mínimas e máximas fixadas pelo CIP.

Resumidamente, entendeu o TFR que os fatos coligidos e provados no âmbito do processo administrativo instaurado pelo CADE não caracterizavam hipóteses de abuso de poder econômico, o que resultou na confirmação integral da sentença de primeira instância que anulava a decisão do CADE. Ao concluir o julgamento, o Tribunal observou que **“pelo MM. Juiz foram conscienciosamente analisados e sopesados os fatos da causa, à luz da prova contida nos autos e em seus apensos, não merecendo reparos a aplicação que lhes fez das normas e dos princípios que regem a espécie”**.

A nosso ver, essa passagem traduz com acuidade o método de revisão adotado pelo Judiciário, no caso ora descrito, que envolveu o reexame integral, não só dos fatos e das provas colhidas no processo administrativo, como também da interpretação conferida pelo CADE às normas e aos princípios então estabelecidos pelo direito vigente (Lei nº 4.137/1962 e Constituição de 1969). Tanto é assim que houve manifesta divergência do TFR quanto à qualificação jurídica que o citado Conselho emprestou ao conjunto de práticas atribuídas à Pirelli.

No caso em apreço, que possivelmente constitui o “leading case” em

matéria de controle jurisdicional das decisões do CADE, houve ampla revisão dos fatos e das provas obtidas durante o processo administrativo. O Judiciário sentiu-se livre, ainda, para rever a interpretação jurídica que o CADE deu aos fatos, tendo discordado da forma pela qual aquele Conselho aplicou à espécie o direito então vigente. E, diante de um mesmo conjunto de fatos e provas, concluiu que as práticas comerciais da Pirelli eram incapazes de produzir os efeitos antijurídicos invocados na decisão administrativa impugnada.

O grande mérito deste acórdão foi ter se manifestado expressamente sobre a questão da viabilidade de controle judicial das decisões proferidas pelo CADE, que vem a ser justamente o objeto de interesse da presente dissertação. Essa questão preliminar foi suscitada pela União Federal, que arguiu a impossibilidade jurídica da pretensão da Pirelli, por entender que seria vedado ao Judiciário o reexame do mérito da decisão do CADE, sob pena de invadir a esfera do Poder Executivo. Pelo preciosismo e apuro com que a questão foi examinada, vale a pena transcrever os fundamentos utilizados pelo TFR para rejeitar a aludida preliminar da União Federal, cujo acórdão adotou, nesse particular, as razões da sentença de primeira instância:

“Não procede a preliminar de que ao Poder Judiciário é vedado o reexame do ato administrativo nos seus fundamentos. Com exceção às condições de conveniência e oportunidade, que pertencem exclusivamente ao arbítrio do administrador, o ato administrativo pode ser revisto pelo juiz, quer quanto à forma, quer quanto ao fundo, se dele resultou qualquer prejuízo ao jurisdicionado, uma vez que o **exame da legalidade não é apreciação de superfície. A legalidade alcança o mérito**, de acordo com o que ficou decidido pelo Egrégio Tribunal Federal de Recursos: “O Poder Judiciário não transborda de suas funções específicas quando confere a veracidade e a qualificação legal dos motivos do ato administrativo. Apurado que os motivos não existem ou não se ajustam à lei, o ato não pode subsistir” (Revista do Tribunal Federal de Recursos, nº 46, p.147/148). É a orientação, também, do Excelso Supremo Tribunal Federal e da unanimidade da doutrina, conforme o demonstram os pareceres de Hely Lopes Meirelles e Celso Neves, às fls. 215-343. O acórdão mencionado pela D. procuradoria não se ajusta à espécie, pois ali se trata de concessão de transportes coletivos, ato, este sim, discricionário pela conveniência e oportunidade da administração³. Destaque-se, igualmente, a opinião do **Dr. Gratuliano Brito, ilustre Presidente do Cade**, quando, em ofício, à Procuradoria da República em São Paulo, **entende, que, em relação ao órgão que preside, deve prevalecer a orientação fixada pela**

³ Com relação a essa passagem específica do acórdão, é oportuno observar que o TFR, implicitamente, reconheceu que as decisões do CADE caracterizavam atos de competência vinculada. E assim o fez, ao entender que não poderia ser utilizado como paradigma acórdão trazido à baila pela União Federal, sob o fundamento de que esse julgado versaria sobre a concessão de transporte público, ato discricionário por natureza, **qualidade essa que o TFR implicitamente negou às decisões do CADE.**

Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 28 de junho de 1975, no Agravo de Instrumento nº 62.811 (Rev. Forense 250/251⁴), que admitiu o reexame de mérito, pelo Judiciário, das decisões do Tribunal Marítimo. Diz o Dr. Dr. Gratuliano Brito: “Ter-se-á, então, que em princípio é livre o Poder Judiciário conhecer da matéria decidida pelo Cade: suas decisões não têm efeito da coisa julgada” (*Processo Administrativo*, em apenso, v. 6, fls. 1.389). (...) Improcede, pois a preliminar levantada pela Douta Procuradoria da República”.

Esse é, sem sombra de dúvida, o caso jurisprudencial que merece maior reflexão em nosso estudo, não só por ser o pioneiro, mas porque as considerações feitas pelo Judiciário àquela oportunidade ultrapassam a barreira do tempo, sendo perfeitamente aplicáveis nos dias atuais, em que as decisões do CADE têm sido com maior frequência alvo de questionamentos judiciais.

De toda a forma, no tópico seguinte buscaremos traçar o perfil das demandas judiciais que hoje pendem contra o CADE, bem como fazer uma análise crítica de julgados que chegaram a analisar a fundo decisões proferidas pelo referido Conselho.

5.2

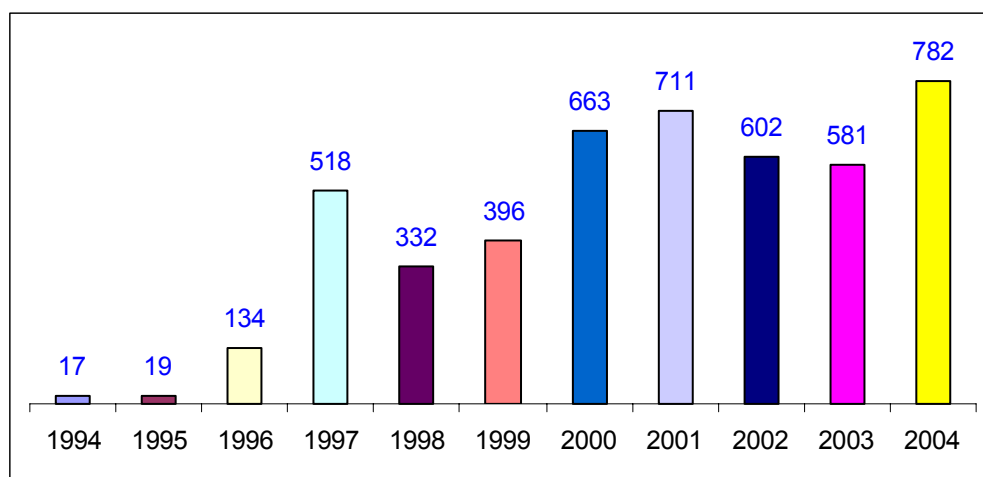
O perfil das demandas judiciais envolvendo o CADE

Já mencionamos que a intensificação das atividades do CADE significou um acréscimo no contencioso daquela autarquia, tendo a última década registrado um aumento significativo no número de ações judiciais em que o Conselho figura como parte. Estudos estatísticos do CADE revelam que de 1994 a 2004 o número de processos julgados anualmente pela referida autarquia aumentou de 17 para 782⁵, refletindo uma variação no período de 4.600 %, conforme demonstra o seguinte gráfico:

⁴ A página correta da Revista Forense, em que consta o citado acórdão, é a página 151.

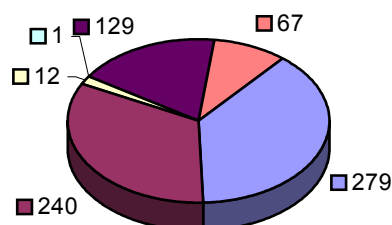
⁵ Este número inclui atos de concentração, processos administrativos, recursos voluntários, autos de infração, averiguações preliminares, consultas e representações. Vide Anuário do CADE, referente à gestão do ano de 2004, p. 134, disponível no site “www.cade.gov.br”.

JULGAMENTOS DO CADE



Esse fenômeno teve repercussões imediatas no volume de processos judiciais envolvendo a citada autarquia. Segundo dados oficiais, em 1997 existiam 70 (setenta) ações e incidentes processuais nos quais o Conselho figurava como parte, número esse que, em 2004, saltou para 728 (setecentos e vinte e oito), em um intervalo de apenas sete anos, o que corresponde a um aumento percentual de 1.040% no volume do contencioso judicial da referida autarquia⁶.

Do número total de 728 causas, podemos extrair as seguintes informações:



- JUSTIÇA FEDERAL – 279 ações
- TRF (240 recursos diversos)
- STJ (7 Recursos Especiais, entre outros)
- STF (1 Ag. Instrumento)
- EXECUÇÕES JUDICIAIS (129)
- OUTROS (Juizado Especial Federal e causas trabalhistas)

⁶ No mesmo período, isto é, de 1997 a 2004, o número de casos julgados pelo Plenário do CADE evoluiu de 492 (quatrocentos e noventa e dois) para 784 (setecentos e oitenta e quatro), o que corresponde a um acréscimo percentual de 59,3%. Esses dados foram extraídos do trabalho intitulado “Controle Judicial das Decisões do CADE”, da Dra. Maria Paula Dallari Bucci, Procuradora-Geral do CADE, na qual a autora faz uma avaliação estatística das ações e decisões judiciais, incluindo liminares, sentenças e acórdãos, envolvendo o CADE.

Considerando que o número de litígios judiciais envolvendo o CADE abrange não apenas ações propriamente ditas, mas incidentes processuais de diversas naturezas (incluindo recursos), pode-se dizer que o índice de questionamento judicial das decisões proferidas pelo CADE ainda é reduzido.

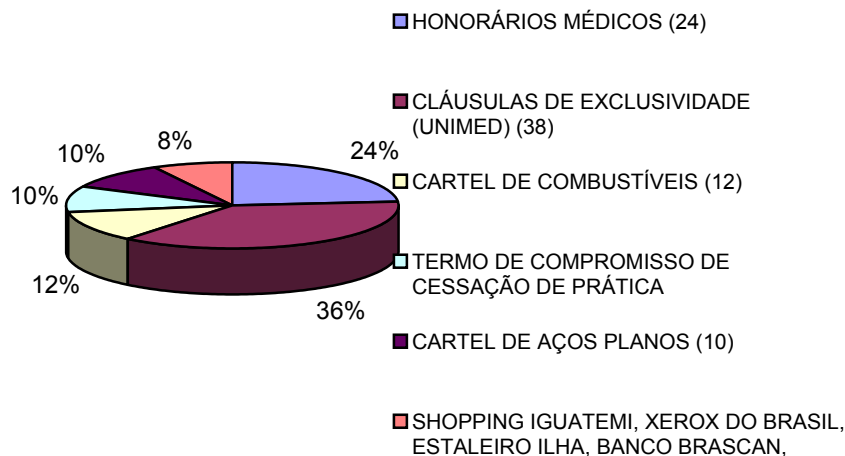
Ainda em conformidade com os dados estatísticos da Procuradoria do CADE, coletados até novembro de 2004, chega-se à conclusão de que (i) o CADE figura como réu em apenas 206 demandas; (ii) desse total, somente 102 ações versam sobre temas afetos ao direito da concorrência, sendo que todas elas, sem exceção, visam atacar decisões condenatórias proferidas pelo CADE por infração à ordem econômica; (iii) as 104 ações restantes envolvem questões de outra natureza⁷; e (iv) até o fim do ano de 2004, nenhuma ação havia sido ajuizada para questionar as decisões tomadas pelo CADE no exercício do controle de legalidade dos atos de concentração⁸.

Em nosso estudo nos concentraremos nas demandas afetas ao direito da concorrência porque as demais versam sobre questões periféricas, como, por exemplo, a discussão quanto à legalidade das multas aplicadas pelo CADE por apresentação intempestiva de atos de concentração e as questões relacionadas ao conflito de competência que se estabeleceu, em um dado momento, entre o CADE e o Banco Central, e as repercussões desse conflito em relação aos jurisdicionados. Preferimos deixar de lado essas questões incidentais porque as decisões tomadas pelo CADE, nesse particular, são indiscutivelmente fruto de sua competência vinculada, sujeita a amplo controle judicial. Nesse sentido, considerando apenas o universo das questões judiciais diretamente relacionadas a

⁷ Entre as causas mais numerosas, não ligadas ao direito da concorrência, incluem-se ações para anular penalidades impostas pelo CADE por apresentação intempestiva de atos de concentração.

⁸ Tal situação se alterou com o ajuizamento pela Nestlé Brasil Ltda. (“Nestlé”), em 24.5.2005, de ação ordinária com pedido de tutela antecipada, a qual tem por fim atacar a decisão do CADE que determinou a desconstituição da operação de compra do controle acionário da Chocolates Garoto S/A (“Garoto”). Na ação ora mencionada, a Nestlé requer o reconhecimento do seu direito à aprovação automática do ato, por ter decorrido o prazo de análise do CADE, previsto no artigo 54, §7º, da Lei nº 8.884/94, sem que tivesse havido decisão daquela autarquia naquele interim. Alternativamente, a Nestlé formula vários pedidos, visando, quando menos, a declaração de nulidade daquela decisão para que o CADE profira novo julgamento com observância dos princípios constitucionais da legalidade, da livre iniciativa, da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse processo, ainda em fase inicial, foi proferida decisão, em caráter liminar, para suspender o prazo de 90 dias que o CADE fixara para a venda dos ativos da Garoto pela Nestlé, até que o mérito da ação seja julgado. O caso já é um “leading case” e certamente balizará o método de revisão a ser adotado pelo Judiciário no que diz respeito às decisões proferidas pelo CADE sobre atos de concentração.

temas do direito da concorrência, temos o seguinte perfil⁹:



Das decisões judiciais examinadas durante o nosso trabalho de pesquisa, selecionamos, para análise crítica, duas sentenças de primeira instância, proferidas em ações ordinárias ajuizadas contra o CADE com o objetivo de anular decisões que impuseram às partes envolvidas penalidades pela prática de infrações à ordem econômica. É o que veremos a seguir.

5.3

Caso UNIMED - Foz do Iguaçu

Em decisão publicada em 10 de fevereiro de 1999¹⁰, o CADE condenou a UNIMED de Foz do Iguaçu – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda (“UNIMED”) a pagar multa pecuniária, no valor de R\$57.666,00, bem como a se abster de aplicar a cláusula estatutária pela qual os médicos associados à cooperativa eram impedidos de prestar serviços a usuários de convênios e planos de saúde concorrentes. O CADE fundamentou sua decisão na existência de evidências concretas de que a cláusula de fidelidade era um instrumento de

⁹ Nas ações judiciais que envolvem assuntos do direito da concorrência, as discussões mais frequentes são as seguintes: (i) questionamento acerca da legalidade de cláusulas de exclusividade impostas por cooperativa médica a seus associados (19 mandados de segurança, 3 medidas cautelares e 16 ações ordinárias); (ii) discussão quanto à licitude de tabelas de honorários médicos (10 mandados de segurança, 5 medidas cautelares e 9 ações ordinárias); (iii) ocorrência de práticas consertadas no setor de revenda combustíveis (6 medidas cautelares e 6 ações ordinárias); e (iv) ocorrência de práticas colusivas no setor siderúrgico (7 medidas cautelares e 3 ações ordinárias).

¹⁰ Processo Administrativo nº 0800.004488/97-61.

dominação do mercado, sendo capaz de eliminar a concorrência e de restringir a livre iniciativa, caracterizando afronta aos artigos 20, incisos I, II e IV, e 21, incisos IV, V e VI, da Lei nº 8.884/94.

O CADE chegou a essa conclusão após analisar os efeitos que essa cláusula causou ao mercado de serviços médicos do Município de Foz do Iguaçu, onde a oferta de médicos é limitada, tendo verificado ainda que a UNIMED congregava 100% dos médicos de várias especialidades naquela cidade, o que significa dizer que a parcela da população não vinculada ao plano de saúde “UNIMED” era impedida de se consultar com aqueles profissionais. Diante dos efeitos restritivos da cláusula, vários hospitais e planos de saúde não vinculados à UNIMED ficavam impossibilitados de oferecer tais serviços especializados a seus clientes.

Não se conformando com a decisão do CADE, a UNIMED ajuizou ação ordinária em 15.6.2000¹¹, visando anular aquele julgado, por entender que tal decisão: (i) careceria de motivação adequada e do necessário suporte probatório, sendo infundada a afirmação de que a cláusula de fidelidade dificultaria o acesso de novas empresas e o funcionamento daquelas já instaladas, por existir na Cidade de Foz do Iguaçu um número expressivo de estabelecimentos de saúde; (ii) violaria o princípio da autonomia da vontade das partes e a liberdade de escolha do médico de se associar à cooperativa que melhor atendesse a seus interesses; (iii) representaria interferência estatal indevida no funcionamento da cooperativa, violando nesse particular o disposto no artigo 5º, incisos XVIII e XIX, da Constituição Federal; e (v) seria contrária à jurisprudência dos nossos Tribunais, incluindo o STJ, que já teria reconhecido a legitimidade e a legalidade dessa espécie de convenção.

Na contestação, o CADE argumenta que a cláusula de fidelidade não é ilícita “de per se”, mas, a depender dos efeitos anticoncorrenciais que vier a causar em um determinado mercado de bens ou serviços, poderá ser considerada ilegal à luz dos princípios e normas que regem o direito da concorrência, o qual visa proteger a coletividade, de modo que não seja afetada pela pouca oferta de serviços médicos. Aduz ainda que, tal convenção, embora lícita em tese, na prática pode se transformar em instrumento de dominação de mercado com sérios prejuízos à população, que, por falta de opções, fica sujeita aos preços fixados

¹¹ Processo nº20003400018874-8/DF.

pelo agente que abusa de sua posição dominante. O CADE esclarece também que sua função é tutelar o interesse público se este vier a ser afetado pela aplicação da cláusula de fidelidade, interesse esse que deve prevalecer sobre os interesses individuais da cooperativa e dos médicos a ela associados. E, por fim, com relação à jurisprudência acostada pela UNIMED, o CADE observa que tais decisões se referem a conflitos individuais entre cooperativa e médico, não refletindo uma análise dos efeitos econômicos da cláusula de fidelidade sobre a concorrência, muito menos dos prejuízos que tal instrumento é capaz de causar à coletividade.

A sentença de primeira instância, proferida, em 22.10.2002, pelo Juiz Federal da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, adotou uma solução por demais simplista, pois, ao decidir o caso, apoiou-se exclusivamente nas decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a legalidade “lato sensu” das cláusulas de fidelidade que proíbem a dupla militância dos médicos-cooperados. Em outras palavras, o Juiz não examinou a questão controvertida sob o enfoque do direito da concorrência, deixando de analisar os possíveis efeitos prejudiciais que a cláusula poderia causar à coletividade. É o que revela a seguinte passagem da sentença em exame:

“A matéria meritória posta em juízo não tem mais sabor de novidade. Em que pese a r. manifestação em sentido contrário, a jurisprudência do Colendo Tribunal de Justiça consolidou-se na perspectiva de que o associado que adere à Cooperativa Médica sujeita-se ao seu estatuto, sendo, pois, legítima, mesmo após a edição da Lei nº 9.658/98, a cláusula estatutária que proíbe a vinculação do cooperado a outra instituição concorrente. (...). Portanto, embora não vislumbre os defeitos formais invocados pelo acionante, na peça exordial, eis que entendo suficientemente fundamentada a decisão administrativa impugnada, a pretensão deduzida merece acolhimento pelo Judiciário, posto que a conclusão final do CADE está em descompasso com a jurisprudência uniformizadora do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que considera válida a cláusula estatutária que proíbe a dupla militância dos médicos- cooperados. (...) Diante do exposto, com alicerce na diretriz pretoriana invocada, julgo procedente o pleito ofertado, para, anulando a decisão administrativa do CADE questionada, proclamar também insubsistentes a multa e a obrigação de não fazer aplicadas no PA nº 0800.004488/97-61”.

As decisões do STJ referenciadas pelo Juiz sentenciante, a nosso ver, não poderiam ser utilizadas como paradigma porque versam sobre conflitos individuais entre cooperativas e médicos, sem qualquer repercussão sobre a coletividade ou sobre a concorrência. As decisões do STJ não dizem respeito a processos instaurados entre o órgão de defesa da concorrência, que tutela direitos coletivos, e agentes econômicos. Além disso, o Judiciário se limitou simplesmente

a examinar a legalidade da cláusula em abstrato, sem cogitar das particularidades fáticas do caso, deixando, portanto, de analisar se tal convenção poderia gerar efeitos anticoncorrenciais (pois era disso justamente que tratava a decisão do CADE). Infelizmente, houve total desconsideração aos princípios constitucionais e legais que regem o direito da concorrência, pois o Juiz analisou a controvérsia sob o pálio exclusivo das normas que disciplinam o funcionamento das associações e dos princípios que asseguram a autonomia de vontade dos contratantes em suas relações comerciais e profissionais. Ao distanciar-se da aplicação do direito da concorrência, que tem por fim tutelar interesses públicos da coletividade, o Juiz resolveu o caso, única e exclusivamente, sob o enfoque do direito civil e da liberdade de associação.

No momento, aguarda-se o julgamento do recurso de apelação do CADE pelo Tribunal Regional Federal, da 1ª Região.

5.4

Caso CSN – Cartel do Aço

Em decisão proferida em 27.10.1999¹², o CADE condenou a Companhia Siderúrgica Nacional - CSN (“CSN”), a Usiminas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A (“Usiminas”) e a Companhia Siderúrgica Paulista – COSIPA (“COSIPA”), que são as três únicas produtoras de aço plano comum no mercado brasileiro, pela formação de cartel, o que resultou na imposição de multa pecuniária, no valor R\$22.180.000,00, de R\$16.180.000,00, e R\$13.150.000,00, respectivamente, sendo as empresas condenadas ainda a publicar o extrato da decisão do CADE em jornal de grande circulação. O CADE fundamentou sua decisão nas seguintes premissas fáticas: (i) no ano de 1996, as três companhias comunicaram aos seus clientes que iriam reajustar seus preços em datas muito próximas; (ii) não houve justificativa plausível para o aumento em série em datas e percentuais próximos; (iii) a única razão capaz de explicar o paralelismo de conduta consiste na ação coordenada entre os concorrentes, por inexistir racionalidade econômica no reajuste simultâneo de preços praticado; e (iii) a prática de cartel também se comprova pela reunião havida entre as concorrentes anteriormente ao reajuste dos

¹² Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48.

preços.

Em 26.7.2000, a CSN recorreu ao Judiciário invocando a nulidade da decisão do CADE, alegando, de um lado, a existência vícios formais, como irregularidades na instrução probatória, condenação com base em simples indícios de cartelização, ilegalidade do despacho de instauração do processo administrativo, condenação em conduta diversa da apontada na instauração do processo, indevida inversão do ônus da prova, entre outros¹³. Quanto ao mérito da questão, a CSN negou a existência de cartel, afirmando que os anúncios sequenciais de reajuste de preços entre concorrentes – denominado paralelismo de conduta – é prática lícita e economicamente justificada, em mercados de produtos homogêneos (aço plano comum), e argumentou que o referido reajuste teria sido amplamente negociado com os clientes. Por fim, a CSN negou a existência de um acerto entre as empresas visando ao aumento de preços.

Ao contestar a ação, o CADE refutou a existência de ilegalidades formais na decisão impugnada, especialmente a alegada violação aos princípios da motivação, ampla defesa e contraditório, argumentando ainda que ao Judiciário seria defeso adentrar no mérito do ato administrativo. No mérito, o CADE reiterou os argumentos utilizados no processo administrativo para fundamentar a condenação da CSN pela prática de cartel.

O Juiz de Primeira Instância, em sua sentença de 26.6.2003, afastou a existência de vícios formais na decisão do CADE. Mas, no mérito, houve por bem alterar em parte a citada decisão administrativa, não para anular a multa, tal como pretendia a CSN, mas para modificar a fundamentação do CADE, por entender não configurada uma das infrações imputadas à Autora, qual seja, a prática de cartel propriamente dita. No entender do magistrado, inexistiu prova do acerto prévio entre as concorrentes para fixação de preços. Entendeu, portanto, o Juiz que o mero paralelismo de conduta entre as três únicas produtoras de aço plano comum, consistente no aumento concomitante de preços em patamares muito similares, sem causa determinante, seria o suficiente para caracterizar a infração do artigo 20, inciso I, da Lei nº 8.884/94, por acarretar prejuízo à concorrência, na medida em que suprime a possibilidade de opção por parte dos consumidores, privando-os de alternativas de fornecimento. É o que revela a seguinte

¹³ Processo nº 2000.34.00.025254-8, 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

passagem da sentença:

“Por conseguinte, a análise da matéria debatida deve-se ater à existência ou não dos fatos imputados à autora e que justifiquem as penalidades impostas em razão da própria natureza das condutas previstas como infrações da ordem econômica nos artigos 20, inciso I e 21, inciso I, da Lei nº 8.884/94 - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa e fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços.

Não há que se cogitar da inexistência de paralelismo de conduta das usinas siderúrgicas COSIPA, USIMINAS e CSN quando reajustaram no ano de 1996 os preços do aço plano comum em percentuais e datas aproximados.

No caso, tem-se a seguinte situação: as três únicas empresas produtoras de aço plano comum no mercado nacional, após mais de um ano sem alteração dos preços do produto, decidem elevar os preços em patamares semelhantes e datas próximas.

À época, não havia causa determinante para a continuidade do exercício da atividade econômica desenvolvida pelas empresas que impedisse a manutenção dos preços que vinham sendo por elas praticados por mais tempo, como o aumento dos insumos produtivos.

Ressalte-se que não restou comprovado nos autos que a autora viu-se na contingência de reajustar os preços em razão da elevação dos custos de produção ou ampliação de investimentos em modernização tecnológica.

Logo, a conduta das empresas importa em prejuízo à livre concorrência na medida em que impossibilita ao consumidor a opção de comprar o produto de um outro fornecedor que não tenha praticado o reajuste de preços.

Veja-se que não se está cogitando acerca da abusividade de preços ou arbitrariedade no aumento dos lucros, uma vez que tal infração da ordem econômica não fora apurada nos autos do processo administrativo impugnado.

O próprio argumento utilizado pela autora para justificar o reajuste praticamente simultâneo e em índices percentuais quase idênticos, segundo o qual em mercados concentrados a atitude tomada por uma das empresas em relação a preços deve desencadear a reação das concorrentes, não torna legítima a conduta das empresas, mas sim reforça sua natureza infrativa porquanto prejudica livre concorrência na medida em que retira a possibilidade de opção por parte do consumidor, privando-o de alternativas de fornecimento em razão do aumento de preços praticados no mercado em datas muito próximas.

De outra forma, se ocorresse, por exemplo, situação inversa da hipótese vertente, em que houvesse aumento de preços no setor siderúrgico pelas três empresas, porém praticado em épocas diversas, as forças de mercado estariam atuando no sentido de estimular a livre concorrência e oferecendo ao consumidor opção de escolha de fornecedor, o que gera dinamismo no mercado e pode acarretar até mesmo a redução de preços da concorrente que reajustou os preços em primeiro lugar para evitar perda de participação no mercado.

Porém, embora o reajuste de preços em datas e percentuais próximos praticado em prejuízo da livre concorrência seja um fato notório, não restou demonstrado que

efetivamente ocorrera acerto prévio entre as concorrentes para a fixação de preços.

Não se pode inferir tal concerto a partir da participação das três empresas produtoras de aço plano comum em reunião convocada pelo IBS para comunicar ao governo o reajuste dos preços em 1996.

Portanto, não tendo sido comprovada a existência de acordo de preços entre as concorrentes, merece ser desconstituída e excluída da fundamentação da decisão administrativa a infringência ao disposto no artigo 21, inciso I, da Lei nº 8.884/94.

Apesar de descaracterizada a infração da ordem econômica prevista no artigo 21, inciso I, da Lei nº 8.884/94 não devem ser canceladas as penalidades, impostas à autora - multa no valor de R\$ 22.180.000,00 (vinte e dois milhões e cento e oitenta mil reais) e publicação de extrato da decisão no jornal de maior circulação do Estado no qual sediada a empresa, em meia página, por dois dias seguidos e em três semanas consecutivas -, já que subsiste a violação ao artigo 20, inciso I, da Lei nº 8.884/94.

Registre-se, por fim, que para a fixação do *quantum* da multa foram observados os parâmetros contidos nos artigos 23, inciso I e 27, da Lei nº 8.884/94 e artigo 11 da Lei nº 9.021/95, tendo sido aplicada com base em percentual mínimo de 1% (um por cento) sobre o valor do faturamento da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo e que a publicação do extrato da decisão é penalidade prevista no artigo 24, inciso I, da Lei nº 8.884/94.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para determinar: que seja excluída da fundamentação da decisão proferida pelo CADE nos autos do processo administrativo nº 08000.015337/97-48 a prática de conduta infrativa do artigo 21, inciso I, da Lei nº 8.884/94 em relação à autora COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL - CSN. Tendo a autora decaído de maior parte do pedido, arcará com o pagamento de custas processuais finais e honorários advocatícios em favor do CADE, que arbitro em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Brasília, 26 de junho de 2003”.

O ineditismo da sentença foi ter mantido a condenação do CADE, embora tenha descaracterizado a ocorrência de ajuste prévio entre as concorrentes, elemento esse usualmente associado pela doutrina à prática de cartel. Em outras palavras, o Judiciário de certa forma foi mais rigoroso na aplicação da Lei da Concorrência do que o próprio CADE, porque mesmo tendo afastado a ocorrência de cartel, manteve a condenação por prática infrativa à ordem econômica, simplesmente por entender que o paralelismo de conduta das concorrentes – independentemente de ter sido planejado ou não – seria o suficiente para causar danos à livre concorrência, eliminando as possibilidades de escolha do consumidor. O interessante é que, ao contrário do que se verifica com a figura do

cartel, o paralelismo de conduta não está tipificado no rol de práticas potencialmente lesivas estabelecido no artigo 21 da Lei nº 8.884/94. Nesse aspecto, a decisão confirma a opinião já assente na doutrina de que o rol em questão é meramente exemplificativo, sendo certo ainda que qualquer espécie de conduta, ainda que não tipificada no texto legal, poderá configurar infração à ordem econômica, desde que tenha por fim ou consiga alcançar um dos objetivos do artigo 20.

Aguarda-se, no momento, o reexame da sentença pelo Tribunal Regional Federal (“TRF”), da 1ª Região.

5.5

Balanco crítico da atividade revisional do Poder Judiciário

Do exame das duas decisões judiciais mais recentes selecionadas para o presente estudo, chamou-nos a atenção a inexistência de um debate sobre a viabilidade e a extensão do controle judicial dos atos administrativos, categoria essa na qual se enquadram as decisões do CADE. Afora o caso que nos referimos como “leading case”, esse argumento somente chegou a ser invocado pelo CADE no processo da CSN e, mesmo assim, passou despercebido pelo Juiz da causa, que deixou de apreciá-lo na sentença.

Outro aspecto interessante que percebemos foi não ter havido qualquer resistência do Judiciário em reexaminar os fatos que ensejaram a aplicação de penalidades às partes autoras por infração à ordem econômica, bem como a interpretação jurídica que a eles foi conferida pelo CADE. Verificou-se, em todos os casos, uma ampla revisão judicial das decisões proferidas pelo CADE. Os Juízes fizeram muito mais do que se pronunciar acerca da legalidade da atuação do CADE, chegando a emitir juízos de valor sobre o acerto ou não das conclusões daquele órgão, o que resultou inevitavelmente na modificação da parte dispositiva das decisões tomadas em âmbito administrativo.

O debate que faltou, nos processos assinalados, quanto à possibilidade de revisão judicial dos atos administrativos, terá lugar, imagina-se, em casos de maior complexidade jurídica, os famosos “hard cases”, como prometem ser os

questionamentos judiciais de decisões do CADE sobre atos de concentração¹⁴. O único precedente dessa natureza consiste na recente medida judicial ajuizada pela Nestlé, em que visa declarar a nulidade do acórdão do CADE que determinou o desfazimento da compra das ações da Garoto. A ação ainda se encontra em estágio inicial, embora já exista decisão deferindo parcialmente a tutela antecipada para suspender o prazo fixado pelo CADE para a alienação dos ativos da Garoto.

Quanto à aplicação do direito da concorrência pelo Poder Judiciário, acreditamos que a fase ainda é de aprendizado, não se podendo exigir dos magistrados brasileiros um conhecimento apurado sobre os conceitos jurídicos e econômicos que disciplinam a matéria. Como os dados oficiais do CADE apontam, em 1997 existiam apenas 70 ações na qual o Conselho figurava como parte, número que aumentou para 728, em 2004, mas que continua sendo em certa medida inexpressivo, se considerarmos o volume total de causas em trâmite na Justiça Federal.

Nesse início de século o Direito tem evoluído com tal rapidez e penetrado em tantos campos novos do conhecimento que nós, operadores, temos a obrigação de nos manter em constante atualização. Não será diferente com os magistrados, que, mesmo com a indelegável função de apreciar todo gênero e espécie de litígio, não podem se escusar de julgar por falta de conhecimentos técnicos ou lacuna da lei. Existem temas tão complexos e técnicos quanto o direito da concorrência, como o biodireito, o direito regulatório do petróleo e das telecomunicações, o direito da informática, o direito esportivo, entre outros. Essas matérias, independentemente do seu grau de complexidade técnica, certamente irão desaguar no Poder Judiciário e deverão merecer um exame jurídico tão abrangente quanto às clássicas questões do direito civil e comercial, respeitadas as peculiaridades que as revestem.

Se hoje a aplicação do direito da concorrência pelo Judiciário ainda merece uma análise crítica mais detida é certamente porque, no âmbito dessa matéria,

¹⁴ O CADE desenvolve esse argumento de forma tímida, ao se manifestar sobre a decisão que concedeu em parte a tutela antecipada em favor da Nestlé, como se lê do seguinte parágrafo: “O que pretende a Autora --- com o devido respeito --- é transformar o Poder Judiciário em revisor de mérito da decisão administrativa, o que, se não é admissível do ponto de vista das normas jurídicas, em vista do princípio da separação de poderes e da doutrina da insuscetibilidade de controle judicial do mérito dos atos administrativos, é ainda menos admissível diante da consistência da fundamentação da decisão do CADE, até aqui demonstrada” (A petição em exame, cujo teor está disponível no *site* “www.cade.gov.br”, foi apresentada nos autos do processo nº 2005.3400015042-8, 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal).

estamos todos – operadores do direito e órgãos de defesa da concorrência - ainda em fase pueril, longe da maturidade que já alcançaram países como os Estados Unidos, o Canadá e outros da Europa.

Sejamos coerentes com a nossa história. Até o início da década de 1990, concorrência era algo desconhecido para empresários e consumidores. Vivíamos, despercebidos, sob forte dirigismo estatal, sem nos atentar para o fato de que os setores produtivos formavam, cada qual em sua área, um grande cartel sob os auspícios do Governo, grande líder sindical, que punia quem ousasse desrespeitar as tabelas do Conselho Interministerial de Preço, ainda que para conceder vantagens ao consumidor.

A mudança é cultural e se opera de forma gradativa no tecido da sociedade. Hoje, graças às mudanças institucionais já comentadas neste trabalho e à abertura da economia brasileira, sabemos o que é concorrência, prezamos esse valor e lutamos pela sua consolidação. À medida que o Judiciário for desafiado por questões desse jaez, temos certeza de que a especialização acontecerá naturalmente. Quando o Código de Defesa do Consumidor foi promulgado, em 1991, os advogados, magistrados, promotores e todos os demais operadores do Direito foram tomados de certa perplexidade diante das inovações por ele propostas, como a responsabilidade objetiva do fornecedor e a inversão do ônus da prova, e dos novos conceitos jurídicos que consagrou (a noção de defeito no produto, hipossuficiência, entre outros). Hoje, o assunto é dominado pelos Tribunais e a jurisprudência tem enriquecido o direito consumeirista com a interpretação fluida que têm emprestado aos conceitos e princípios ali consagrados.

Por isso não devemos temer a tenra experiência do Poder Judiciário nessas questões. Devemos, isto sim, buscar soluções que abreviem o inevitável lapso de tempo que levará até que os Juízes brasileiros se familiarizem com a matéria. A criação de varas especializadas é uma boa iniciativa. Na Comarca do Estado do Rio de Janeiro, essa experiência se mostrou frutífera com a instituição de Varas especializadas para questões de direito empresarial, falências e propriedade intelectual. Medida semelhante poderia ser adotada na Justiça Federal em relação às questões afetas ao direito da concorrência. Convênios entre o CADE e a Justiça Federal também são recomendáveis, para propiciar um intercâmbio de conhecimentos e práticas, com a promoção de seminários para Juízes.

Torcemos para que não demore muito até que o Poder Judiciário esteja devidamente aparelhado para julgar questões do direito da concorrência, pois é inevitável que venha a conhecê-las, sobretudo com a intensificação das atividades do CADE e, na mesma medida, o aumento dos litígios promovidos por particulares que se sentirem lesados por decisões daquela autarquia.

6

Conclusão

As decisões do CADE, em processos administrativos e em análises de atos de concentração são atos administrativos regradados e, por essa razão, sujeitos à amplo controle judicial¹.

A existência de conceitos indeterminados na Lei nº 8.884/94 não altera esse entendimento, uma vez que a aplicação desses conceitos a situações concretas é um processo de aplicação do direito, que pressupõe uma atividade de interpretação. Pode-se entender que esses conceitos, dada a sua natureza normativa, carecem de valoração. Não estamos nos referindo aqui à valoração pessoal do órgão aplicador da Lei da Concorrência. Ao contrário, mesmo em se admitindo que tais conceitos carecem de preenchimento valorativo, o aplicador do direito deverá realizar uma valoração objetiva, que traduza padrões aceitos pela coletividade, e nunca uma valoração que atenda a concepções ou convicções íntimas e pessoais suas. A decisão deve atender ao critério “para nós” e não “para mim”, para usar as palavras do Professor Eros Roberto Grau.

É de se reconhecer uma dificuldade intrínseca no preenchimento do significado dos conceitos indeterminados previstos na Lei nº 8.884/94, mas isso não significa dizer que a única forma de se vencer esse obstáculo seria através da outorga de uma livre margem de decisão ao aplicador do direito antitruste, imune a controle jurisdicional. Essa dificuldade se encontra presente em todos os ramos do direito porque a adoção de conceitos indeterminados é uma técnica normativa de uso generalizado, não restrita à área do direito antitruste.

No direito da concorrência, os conceitos indeterminados de maior relevância, como o da livre iniciativa, da livre concorrência, do abuso de poder econômico, domínio de mercado, estão previstos na Constituição, podendo-se qualificá-los como princípios orientadores da ordem econômica nacional. O conteúdo normativo desses conceitos é inegável, sendo esta mais uma razão para

¹ Quanto às decisões do CADE serem dotadas de caráter vinculado, é importante lembrar apenas que, na hipótese de aprovação de operações nocivas à concorrência, por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, tal aprovação é interpretada como uma faculdade discricionária do CADE, conforme comentado no capítulo 4.5 desta dissertação.

acreditarmos que a sua aplicação, no caso concreto, desafia interpretação, sendo passível de correção judicial.

O Direito, ao regular fatos sociais, naturalmente deverá se abrir às influências de outras ciências que de alguma forma possam se relacionar com tais fatos. É indubitoso que o direito antitruste sofre influência direta da ciência econômica, pois a análise dos casos se faz, não só através da lente do Direito, como também sob o enfoque econômico. Cabe ao órgão antitruste, no caso concreto, examinar a repercussão de certos atos ou determinadas práticas comerciais em um dado mercado, de modo a avaliar se há risco de comprometimento do ambiente concorrencial ali predominante, o que pressupõe uma análise econômica dos fatos.

O mesmo se dá com outras áreas do Direito, como, por exemplo, o direito ambiental, o direito das telecomunicações, o biodireito, só para citar algumas. Nem por isso acolhemos a tese de que haveria uma discricionariedade técnica a cargo das autoridades incumbidas de aplicar, em primeira mão, as normas jurídicas criadas pelo legislador para disciplinar esses setores específicos, pelas razões já desenvolvidas ao longo deste trabalho.

Já vimos que o CADE é um órgão de intervenção administrativa na vida privada, cabendo-lhe, de um lado, aplicar sanções administrativas por condutas anticoncorrenciais e, de outro, limitar direitos administrativamente, por meio de vetos a atos de concentração realizados por indivíduos no exercício da livre iniciativa, bem como ordens de desconstituição de atos considerados anticoncorrenciais.

Como todo ato de intervenção do Estado na esfera privada, é possível que as decisões do CADE venham a acarretar lesões a direitos subjetivos, sobretudo à liberdade de empreendimento, assegurada a todos os cidadãos pelo artigo 170, *caput*, e parágrafo único, da Constituição Federal. É interesse de todos, e garantia fundamental inerente a qualquer Estado Democrático de Direito, contemplada expressamente em nosso texto constitucional (art. 5º, inciso XXXV), que o Judiciário venha a examinar lesões dessa natureza.

A revisão pelo Judiciário das decisões do CADE deve se dar, obviamente, em hipóteses justificadas, ficando as tutelas de urgência restritas às hipóteses de plausibilidade comprovada do direito invocado e perigo de dano irreparável, para que não se converta em mero artifício protelatório no cumprimento de decisões

administrativas.

Espera-se que a experiência do Judiciário, como órgão julgante, pacificador de conflitos e intérprete último do Direito, venha a contribuir para o aperfeiçoamento das decisões proferidas pelo CADE, sempre no interesse de se alcançar a solução que melhor satisfaça a finalidade inspiradora da lei.

Para tanto é evidente que os Juízes deverão se conscientizar de que suas decisões serão capazes de produzir efeitos não somente entre as partes em litígio, como também em relação a terceiros que com eles se relacionem, por vínculos legais ou contratuais, alcançando ainda indivíduos que nenhum interesse direto possuem na causa, mas que, na condição de consumidores ou usuários finais dos produtos e/ou bens envolvidos (e titulares do bem jurídico protegido pela Lei da Concorrência), poderão ser afetados de forma mediata por eventual provimento judicial que venha a permitir, por exemplo, a consumação de um negócio jurídico capaz de reduzir a competição em um dado mercado de bens ou produtos, sem trazer as contrapartidas estabelecidas pelo artigo 54, §1º, da Lei nº 8.884/84.

Queremos dizer, em outras palavras, que os Juízes, ao apreciarem questões concorrenciais, devem se atentar para as conseqüências econômicas e os custos sociais que poderão advir de suas decisões, as quais tendem a interferir em diversas esferas de interesses, muito além daquelas que deram origem ao litígio. Essa consciência está associada a uma visão econômica do Direito, que permite ao magistrado avaliar a relação de custo-benefício no processo de aplicação e interpretação das normas jurídicas em geral, sobretudo em questões relacionadas ao direito da concorrência, cujos bens jurídicos protegidos pertencem à coletividade, não estando concentrados nas mãos daqueles que figuram como partes no litígio.

Referências Bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, 17ª edição, Malheiros Editores, 2004.

_____, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 3ª tiragem, 1998.

_____, *O Controle Judicial dos Atos Administrativos*, Revista de Direito Administrativo, vol. nº 152, abril/junho de 1983, pp. 1-15.

_____, *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*, Revista de Direito Público nº 32, ano VII, pp. 18-30.

_____, *Discricionariedade – Fundamentos - Natureza e Limites*, Revista de Direito Público nº 33, ano VII, pp. 85-97.

_____, *Relatividade da Competência Discricionária*, Revista de Direito Administrativo nº 212, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1998, p. 55.

BARROSO, Luís Roberto, *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional*, Revista Forense, vol. nº 336, pp. 124-136.

_____, *Temas de Direito Constitucional*, Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

BRUNA, Sérgio Varella, *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CARVALHO, Nuno T.P., *As Concentrações de Empresa no Direito Antitruste*, São Paulo: Resenha Tributária, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DALLARI, Maria Paula Bucci, *Controle Judicial das Decisões do CADE*, trabalho estatístico publicado no *website* do CADE (www.cade.gov.br), 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei nº 8.884/94*, São Paulo: Saraiva, 1995.

COSTA, Regina Helena, *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*, Revista de Direito Público nº 95, pp. 125-138.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Do direito privado na administração pública*, São Paulo: Atlas, 1989.

_____, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 1991.

_____, *Direito Administrativo*, 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2002.

DUTRA, Pedro, *A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE*, Revista do IBRAC vol. ° 4, nº 1.

_____, *A Concentração do Poder Econômico*, Revista de Direito Econômico, CADE, vol. nº 23, pp. 117-118.

_____, *Acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência*, Revista do IBRAC vol. ° 3, nº 5.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares, *Formas de Abuso de Poder Econômico*, Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, Ed. Revista dos

Tribunais, vol. 66.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 8ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FAGUNDES, M. Seabra, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, Rio de Janeiro, Forense, 4ª edição, 1957.

_____, *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*, Revista de Direito Administrativo, Seleção Histórica, Rio de Janeiro: Renovar, pp. 189-203

FARIA, Werter, *O Controle das Concentrações de Empresas*, Revista do IBRAC, vol 7, nº 7, pp. 27-28.

FARINA, Laércio, *CADE versus Judiciário*, O Estado de São Paulo, edição de 20.6.1997.

_____, palestra apresentada no *II Seminário Internacional de Direito da Concorrência*, em maio de 1996, Revista do IBRAC, vol. 3, n.6, pp. 104-108.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio, *A relação meio/fim na teoria geral do direito administrativo*, Revista de Direito Público nº 61, pp. 27-33.

_____, *Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração*, Revista do IBRAC, vol. nº 4, nº 6, p. 87.

_____, *Aplicação da legislação antitruste: política de estado ou política de governo*, Revista do IBRAC vol. nº 3, nº8, p. 124.

FERREIRA, Sérgio D'Andrea, *O Controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário (Direito Aplicado)*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FORGIONI, Paula A., *Os Fundamentos do Antitruste*, São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1998.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, *Introdução ao Direito da Concorrência*, São Paulo: Malheiros, 1996.

_____, *Lei da Concorrência conforme Interpretada pelo CADE*, São Paulo: Editora Singular, 1998.

_____, & PEREIRA, Edgard Antonio, *As eficiências econômicas sob o prisma jurídico*, Revista de Direito Econômico, vol. nº23, pp. 25-37.

_____, *Disciplina jurídica do abuso do poder econômico*, Revista dos Tribunais vol. nº 640, pp. 255-262, fev-1989.

_____, & FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo, *Poder Econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo - Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*, Madrid: Ed Civitas, 1974.

_____, *Democracia, jueces y control de la administracion*, Madrid: Ed Civitas, 3ª edição, 1997.

_____, *O princípio da Legalidade na Constituição Espanhola*, Revista de Direito Público nº 86, p. 5.

_____, & FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de direito administrativo*, tradução de Arnaldo Setti, com colaboração de Almudena Marín Lopes e Elaine Alves Rodriguez, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1998.

_____, *Poder Discricionário*, Revista de Direito Público, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 93, p. 43.

_____, *Nota sobre os conceitos jurídicos*, Revista de Direito Público, vol. ° 74, ano XVII, abril-junho de 1985, p. 217-221.

_____, *Discricionariiedade Técnica e Parecer Técnico*, Revista de Direito Público, vol. 93, pp. 114-116.

_____, *Direito, Conceitos e normas jurídicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

HART, H.L., *O Conceito de Direito*, 3ª edição, tradução de A Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HUBRECHT, Hubert-Gérald, *Droit Public Économic*, Paris: Dalloz, 1997.

LEITE, Luciano Ferreira, *Discricionariiedade Administrativa e controle judicial*, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1981.

MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira, *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, 2ª edição, São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Legitimidade e Discricionariiedade*, Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____, *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *Ato Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

OLIVEIRA, Gesner de & RODAS, João Grandino, *Direito e Economia da Concorrência*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de, *O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo, *Os limites da liberdade contratual no direito da concorrência*, Revista do IBRAC, vol. nº 6, nº 3, p. 49, 1999.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, *A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo*, Revista de Direito Administrativo, nº VI, p. 41-78 e nº VII, pp. 52-80.

_____, *Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas*, Revista de Direito Administrativo nº 92, p. 2.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2002.

_____, *Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)*, São Paulo: Malheiros, 2001.

SUNFELD, Carlos Ari, *Fundamentos de direito público*, 4ª edição, 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002.

_____, *A função Administrativa no Controle dos Atos de Concentração*, Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte,

ano 1, nº 2, pp.145-162, abril/junho 2003.

TÁCITO, Caio, *O poder de polícia e seus limites*, Revista de Direito Administrativo nº 27, p-9.

_____, “Controle dos Motivos dos Atos Administrativos”, *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, Rio de Janeiro: Renovar, 1º volume, pp. 331-347.

_____, *A Administração e o Controle de Legalidade*, Revista de Direito Administrativo nº 37, pp. 1-11.

_____, *Controle Judicial da Administração Pública na Nova Constituição*, Revista de Direito Público nº 91, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pp. 28-43.

_____, *O Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, legislativos e Jurisdicionais*, Revista de Direito Administrativo nº 188, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, pp. 1/13.

_____, *Vinculação e Discricionariedade Administrativa*, Revista de Direito Administrativo nº 205, jul.-set 1996, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, pp. 125/130.

VAZ, Isabel, *Aplicabilidade do Direito da Concorrência*, Revista de Direito Econômico, CADE, vol. nº 32, jun/dez de 2001, pp. 159-175.

_____, *Direito Econômico da Concorrência*, Rio de Janeiro: Forense, 1993.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)