

O Cade e o Poder Judiciário: Atos vinculados

Temos visto com alguma frequência manifestações a respeito da excessiva judicialização existente no Brasil. Até aí nada novo. Ocorre que, em alguns processos movidos contra o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) com o objetivo de anular sanções aplicadas pela autarquia por supostas práticas contrárias à livre concorrência, já são encontradas manifestações no sentido de que, por ser o Cade um órgão técnico especializado, suas decisões só podem ser reformadas por falhas procedimentais e não por motivos ligados a questões de mérito. Quanto a estas, tais manifestações reconhecem a soberania do Cade. Bem observa Paula Forgioni que: de tanto em tanto, surgem vozes defendendo que as decisões do CADE não poderiam ter seu mérito revisto pelo Poder Judiciário, pois estas seriam discricionárias em virtude, principalmente, da expertise do órgão e dos amplos termos empregados no texto da Lei Antitruste¹.

A autora mostra que a discussão não é ultrapassada; devem ser levadas em conta as tentativas dos tribunais de diminuir a judicialização, o que pode ser meritório, mas não necessariamente constitucional, legal e justo. A controvérsia tem origem, em parte, na dicotomia entre regulação e concorrência; todavia, as manifestações podem fazer sentido na matéria relativa à regulação, mas não quando se trata de alegadas infrações, sobretudo aquelas contra a ordem econômica.

Com efeito, muitas decisões de agências reguladoras são tomadas com base no que conhecemos como poder discricionário, definido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como "a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma entre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito"². Quando uma prefeitura decide quais ruas devem ser pavimentadas, nenhum cidadão tem direito subjetivo para exigir que a rua em que mora seja uma das escolhidas; a decisão está dentro do poder discricionário da autoridade, que deve escolher as ruas a serem pavimentadas.

¹ FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: RT, 2016, p. 163.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67.

O contrário é o poder vinculado, em que a autoridade tem a obrigação de decidir de uma determinada forma, não lhe sendo dado o poder de escolha entre duas ou mais hipóteses. Nestes casos, como expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

o poder é vinculado, porque a lei não deixa opções; ela estabelece que, diante de determinados pressupostos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.³

Quando um guarda de trânsito percebe que um veículo está estacionado em local proibido, não lhe é dada a opção entre distintas possibilidades; ele tem a obrigação de aplicar as devidas sanções. Flávio José Roman, em trecho no qual comenta tema desenvolvido por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, diz:

Na hipótese em que, baseada em laudo técnico, a Administração determina a erradicação de determinada plantação porque contaminada por moléstia prejudicial à agricultura ou à pecuária, não se verifica qualquer discricionariedade: a conclusão técnica de que a plantação está contaminada é determinante. Já na estipulação das condições mínimas de segurança e higiene em obras de construção civil, v.g., cumprirá certa margem de apreciação subjetiva à Administração para fixar os limites toleráveis de risco, segundo as técnicas disponíveis para a prevenção de acidentes.⁴

Voltando ao tema inicial: as decisões do Cade quanto às condutas contrárias à livre concorrência são claramente vinculadas pois, constatadas uma infração e sua autoria, a sanção constitui dever da autoridade competente; por outro lado, não constatadas a infração e sua autoria, o arquivamento constitui dever da autoridade competente. Nestes casos, não existe a escolha da autoridade entre duas ou mais opções; só há uma. E, quando a parte condenada vai ao Poder Judiciário, este tem a obrigação de conhecer o mérito da questão; a decisão condenatória do Cade não é um ato discricionário, já que o Cade não tem o poder de escolha ante as constatações. O que a parte condenada pode alegar é que, entre as escolhas possíveis, aquela feita pelo Cade não é a correta, competindo então ao Poder Judiciário decidir. Como se trata de ato vinculado, o Poder Judiciário não pode deixar de recebê-lo e emitir decisão. E como o mérito – houve ou não infração? – é da essência da decisão, o Poder Judiciário não pode deixar de analisar o mérito.

Esclarece Amanda Flávio de Oliveira:

Qualquer ato que fira direito ou o ameace estará sujeito ao controle jurisdicional, qualquer que tenha sido seu responsável e mesmo que se trate de ato proveniente de qualquer dos outros poderes estatais, desde que o interessado o provoque. Nesse caso, o Judiciário não poderá

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 66.

⁴ ROMAN, Flávio José. Discricionariedade Técnica na Regulação Econômica. São Paulo: Saraiva, São Paulo, 2013, p. 171.

esquivar-se de analisar o que lhe é proposto, diante da impossibilidade de se declinar o exercício da prestação jurisdicional.⁵

Completa Paula Forgioni:

No que tange à revisão judicial das decisões administrativas, em que pesem as opiniões contrárias, no Estado Democrático não se admite o poder sem controle. Partindo desse pressuposto, as decisões do CADE estão amplamente sujeitas ao controle judicial.⁶

A autora na verdade dá realce ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiu em 22 de março de 2012 – nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.181.643, Relator o Ministro Félix Fischer – que "é equivocado – e inconstitucional – reduzir a atuação do Poder Judiciário a uma instância revisora de decisões do Cade (ou de qualquer instância da Administração), concentrando no órgão administrativo competência originária exclusiva para o exame de ilícitos anticoncorrenciais". Assim, o exame desses ilícitos, embora dentro da competência do Cade, obviamente não pode excluir a revisão judicial completa.

Ainda mais, dentro do Novo Código de Processo Civil (NCPC), não existe mais a possibilidade, contemplada por jurisprudência anterior, do Juiz deixar de apreciar todas as questões alegadas no processo. Com efeito, estabelece o § 1º, inciso IV, do art. 489 do NCPC: "Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que (...) não enfrentar todos os argumentos aduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador". Esclarece aqui Teresa Arruda Alvim:

Trata-se da necessidade de examinar, para acolher, os elementos fundantes da decisão; e examinar para afastar, os que poderiam ter levado a uma decisão diferente. Essa necessidade integra os contornos da noção contemporânea do princípio do contraditório, que também pressupõe, ao lado das oportunidades de afirmar e demonstrar a verdade das suas alegações, o direito da parte de ver analisadas pelo juiz, as suas alegações.⁷

Um exemplo claro de como se faz necessária a revisão das decisões do Cade pelo Poder Judiciário está na incoerência que muitos advogados militantes detectam na aplicação das penas pela autarquia. Daniel Silva Boson confirma:

A partir de uma sistematização da jurisprudência do CADE no tocante a dosimetria das penas aplicadas a empresas, confirmamos, de forma inequívoca, a hipótese levantada de que o CADE não possui critérios coerentes no uso dos elementos legais de dosimetria da pena. Primeiro, em geral há uma diversidade de definições para a maioria desses elementos. Segundo, aparentemente, em geral, a fixação da pena não decorre dessa análise. Por fim, nas poucas vezes

⁵ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 52.

⁶ FORGIONI, Paula. Op. Cit., p. 163.

⁷ ARRUDA ALVIM, Teresa. Comentários ao Código de Processo Civil, coord. Cássio Scarpinella Bueno, Volume 2, p. 435.

em que o CADE apresentou uma metodologia que considerasse os elementos legais, faltou coerência entre as metodologias utilizadas.⁸

Felizmente há já algumas decisões judiciais que analisaram as questões de mérito, não obstante as alegações em contrário:

- (i) O Tribunal Regional Federal da 3^a Região, na Apelação Cível 0014995-56.2005.4.03.6100, envolvendo o chamado caso THC2, decidiu que "quanto à irreversibilidade da decisão exarada pelo CADE, não tem fundamento legal ou mesmo constitucional a colocação vertida em grau de recurso pela apelante. Deveras, o princípio constitucional insculpido no inciso XXXV, do art. 5º da CF é claro ao afirmar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito".
- (ii) O Tribunal Regional Federal da 1^a Região, nas Apelações Cíveis 2007.34.00.043978-7 e outras, manteve a sentença de 1^a instância que, entre outros pontos, entendeu que "as conclusões a que chegou o CADE foram exageradas e não correspondem à realidade"; ou seja, analisado foi o mérito.

Assim, a análise do Poder Judiciário, quando chamado em relação a decisões do Cade, deve sempre incluir o mérito.

Artigo publicado no livro "5 anos de lei de defesa da concorrência: gênese, jurisprudência e desafios para o futuro", Coordenação: Eduardo Caminati Anders, Guilherme Favaro Corvo Ribas, Mariana Villela, Pedro Paulo Salles Cristofaro, Vicente Bagnoli, Ibrac, 2017. Disponível em: http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/5_ANOS_DE_LEI_DA_CONCORR%C3%8ANCIA - IBRAC.pdf

⁸ BOSON, Daniel Silva. Dosimetria das Penas Aplicadas a Empresas pelo Cade por Infração contra a Ordem Econômica. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, p. 276.