

Direito Concorrencial e Contencioso

[Mauro Grinberg](#) | [Daniel Tobias Athias](#)

Cade e judicialização: análise do mérito

Mérito das decisões do Cade, óbvia e necessariamente, pode e deve ser apreciado pelo Poder Judiciário

Em junho de 2019 o Informativo nº 942 do Supremo Tribunal Federal (STF) destacou decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, referente ao RE 1.083.955/DF, que negou a possibilidade de análise de mérito de decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade (i.e., ato administrativo). Essa decisão – cujo cerne foi o não-preenchimento de critérios de admissibilidade do recurso extraordinário – destaca que só é permitido ao Judiciário fazer análise de ato administrativo *"quando tal ato for ilegal ou abusivo"*, entendendo pela *"regularidade do procedimento administrativo que impusera (...) condenação"*.

O caso, na origem, trata de decisão do Cade que, seguindo voto do ex-Conselheiro Roberto Pfeiffer, condenou o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal (Sindipetro/DF) e redes de postos revendedores de combustíveis por alegada infração contra a ordem econômica¹. Inconformadas, as acusadas ajuizaram ação judicial (processo nº 0012731-72.2005.4.01.3400) contra o Cade; esta ação levou à sentença de procedência, na qual o magistrado de primeira instância descaracterizou a infração contra a ordem econômica, declarando-a, em exame de mérito, inexistente.

O Cade apelou e a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1), em 09/07/2012 e por votação unânime, seguindo o voto do Juiz Federal Convocado e Relator Marcelo Dolzany da Costa, deu provimento à apelação. Da ementa consta: *"Esse nortear da fundamentação da sentença evidentemente que feriu tema cujas dimensões são exclusivas da*

¹ A conduta apontada foi a de atuação das partes em lobby para a aprovação de propostas legislativas referentes ao seu setor, a qual teria efeito de restringir a entrada de novos concorrentes. Essa conduta já foi tratada em outras ocasiões pelo Cade, não havendo posicionamento definitivo da autoridade quanto ao tema, havendo, inclusive, indicação expressa de sua legalidade: *"não há dúvidas de que a referida restrição é socialmente indesejável, pois implica em restrição à concorrência, sem qualquer benefício à sociedade, com exceção aos proprietários de postos. Entretanto, entendo que essas ações, apesar de talvez censuráveis do ponto de vista ético, por objetivarem um benefício próprio em detrimento dos consumidores, são legais (...)"*, voto da ex-Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova – Processo Administrativo 08700.000625/2014-08.

Administração". Consta ainda do voto condutor: "Atribuir qualificação diversa a fatos incontroversos – no caso a atuação das autoras e de seu sindicato na repressão à entrada de novo distribuidor no mercado varejista de combustíveis, com prejuízo à livre concorrência – é negar o juízo de valor que o legislador incumbiu a um órgão de composição plural e de conhecimentos técnicos sobre a matéria. Estivesse o juiz examinando a vulneração de qualquer outro requisito do ato (competência, finalidade, forma, objeto, motivação), certamente que admissível o controle judicial. No caso concreto, entretanto, o que se viu foi a completa substituição de um juízo valorativo por outro".

Retornando ao STF, a Primeira Turma [Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio, Rosa Weber e Alexandre de Moraes; excluído o ministro Luís Roberto Barroso], após a impetração de Agravo Regimental, analisou mais a fundo o caso, expandindo seu entendimento sobre o controle judicial de atos administrativos, embora também em contexto de impossibilidade de reexame de fatos e provas². De forma geral, o acórdão da Primeira Turma defende a impossibilidade de análise de decisão do Cade com base em dois pontos: (i) a matéria seria complexa, demandando conhecimento especializado, havendo baixa expertise do Judiciário para fazer controle de escolhas políticas e técnicas referentes à regulação econômica e seus efeitos sistêmicos; (ii) dever de deferência às decisões técnicas do Cade e possíveis consequências nocivas do controle. Especificamente sobre a análise do Cade, a decisão destaca um terceiro ponto: que "sanções antitruste (...) dependem das consequências ou repercussões negativas no mercado analisado, sendo certo que a identificação de tais efeitos anticompetitivos reclama expertise"

Diversos pontos da decisão do STF merecem críticas (obviamente construtivas), notadamente a alegação de falta de conhecimento técnico do Judiciário (o que poderia ser suplantado por assistentes técnicos, além do fato que isso não seria uma justificativa constitucionalmente válida dada a inafastabilidade jurisdicional³) e o fundamento consequencialista⁴ para a não-intervenção (não sendo cabível utilizar esse elemento como fundamento único ou decisivo para uma decisão judicial, onde, embora haja utilidade na análise das consequências de uma decisão jurídica, isso não pode ser aplicado de forma extrema em ambos os sentidos, permitindo ou não determinada

² Essa ressalva é relevante na medida em que eventual discussão sobre qualificação jurídica de fatos pode autorizar análise pelo STF.

³ A matéria concorrencial não é a única complexa analisada pelo Poder Judiciário, o qual também trata de questões ambientais, propriedade intelectual, conhecimento de comunidades tradicionais, biodireito, saúde, etc. Especificamente sobre saúde, matéria amplamente judicializada, frequentemente o Judiciário se manifesta sobre desdobramentos complexos e macrojurídicos, tais como impactos no orçamento público, remédios ainda em fase experimental, lista de remédios aprovados pelas Agências reguladoras, escolhas trágicas e custo de direitos, impactos financeiros em planos de saúde, direito à vida e a tratamento, etc. (ou seja, questões afetas à política de saúde pública, por exemplo).

⁴ Definido por Luis Fernando Schuartz como "qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas": Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, in MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. Direito e Interpretação: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383 e 384.

decisão legal, inclusive pela existência de um ordenamento jurídico constitucional de garantias a ser observado).

Temos aqui, independentemente do poder-dever do Poder Judiciário de examinar o complexo tema concorrencial, “baixo incentivo do Poder Judiciário de revisar assuntos técnicos complexos” e “tratamento deferencial dado pelo Poder Judiciário ao CADE”⁵. Esse breve artigo visa destacar alguns dos motivos pelos quais o Poder Judiciário pode – e sobretudo deve – analisar o mérito das decisões do Cade. As dificuldades do Poder Judiciário e a complexidade do direito concorrencial não podem constituir impedimentos para que as questões antitruste sejam analisadas a contento (especialmente por tratar de processo sancionador).

FUNDAMENTOS

O primeiro fundamento a ser destacado é o princípio da inafastabilidade do controle judicial sobre as decisões administrativas, extraído do inciso XXXV do art. 5º da Constituição: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Mais ainda, estabelece o art. 47 da Lei 12.529/2011: “Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento da ação”.

Assim, como, por um lado, a lei não pode criar obstáculos à apreciação do Poder Judiciário e, por outro lado, há lei permitindo expressamente a atuação do Poder Judiciário, sem limitação de mérito, independente ou paralelamente à atuação do Cade, não se vê motivo para impedir a apreciação do mérito, no Poder Judiciário, das decisões proferidas pelo Cade. Não deve o Poder Judiciário, a título de falta de conhecimento, deixar de apreciar a matéria. Seria como, em matéria tributária, deixar de analisar o mérito da exigência de um tributo porque a autoridade tributante tem conhecimento mais completo da matéria tributária. Em outras palavras, o Cade não possui monopólio acerca da aplicação da lei concorrencial, sendo possível buscar tutela diretamente ao Poder Judiciário. Aliás, isso já tem ocorrido, embora ainda com baixa intensidade.

Esta inafastabilidade tem, no caso presente, algumas particularidades. Sendo o Cade uma autarquia (art. 4º da Lei nº 12.529/2011), não pode se insurgir contra o controle judicial, como explica Odete Medauar: “As autarquias sujeitam-se ao controle jurisdicional, de teor idêntico ao que se realiza sobre as autoridades e órgãos da Administração direta”⁶. Além disso, é preciso levar em conta que, quando se fala em “mérito” neste artigo, o que se quer focar é o “mérito” no

⁵ RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Processo Administrativo de Investigação de Cartel. Singular, São Paulo, 2016, pág. 196

⁶ Direito Administrativo Moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 64

sentido que lhe dá o processo civil, ou seja, o fundamento e a motivação de uma decisão administrativa, como é a do Cade. Dentro das particularidades aqui expostas, há a característica dos atos administrativos de não fazer coisa julgada, não cabendo a Administração Pública uma análise final da regularidade de seu próprio ato. Nesse sentido, "*não pode a Administração proferir decisões com força de coisa julgada, pois ninguém pode ser juiz e parte ao mesmo tempo*"⁷. Ou seja, o fato de a Administração ser ao mesmo tempo Juiz e parte, ainda que pessoas físicas distintas a representem nas diferentes posições, é razão suficiente para que o mérito – no caso, das decisões do Cade – seja revisto pelo Poder Judiciário.

O segundo fundamento é a caracterização do processo administrativo conduzido pelo Cade como processo administrativo sancionador, haja vista a administrativização de questões penais, as quais passam da seara administrativa à penal (e vice-versa), havendo sobreposição de matérias entre as esferas, o que implica consequências relevantes. Helena Lobo da Costa apresenta essa aproximação ao destacar o "*simples fato de os dois setores trabalharem com a aplicação de sanções aos particulares, atividade que, pela sua natureza, exige legitimação, limitação, garantias e procedimentos próprios*"⁸. Há também o óbvio princípio da legalidade, que aqui não apresentamos como fundamento à parte. Ora, um processo em que o Cade tem obrigações a cumprir e tantos princípios a observar (sobretudo em função de tal princípio) não pode ter seu mérito subtraído ao exame do Poder Judiciário.

O fato de se tratar de processo administrativo sancionador não pode passar em branco; havendo uma infração contra a ordem econômica, há claramente uma condenação, que normalmente é pecuniária mas pode constituir também obrigação de fazer ou não fazer. É de se indagar a razão pela qual uma empresa que sofre sanções muitas vezes fortíssimas não pode procurar alívio no Poder Judiciário.

O terceiro fundamento é a aplicabilidade necessária do duplo grau de jurisdição, ainda que entre instância administrativa e judicial: "*o princípio do duplo grau de jurisdição funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir uma reforma em grau de recurso*"⁹. Ou seja, resta institucionalizada no nosso ordenamento a necessidade de haver uma instância revisora. Isso significa que o direito leva em conta a possível falibilidade humana e aponta, se for o caso, a correção. Ora, se a decisão do Cade, na sua parte procedimental, pode ser revista – como consta das decisões comentadas –, por que não admitir a revisão do mérito? Veja-se que o Cade decide em instância única e que a inexistência de recursos possíveis contra as suas decisões de mérito não pode simplesmente eliminar a revisão.

⁷ GERAIGE NETO, Zaiden. O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional. RT: São Paulo, 2003, p. 47

⁸ A Proximidade entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal. In: BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte Idalino. (org.) Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 112.

⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 83.

CONCLUSÃO

Resta-nos concluir que a matéria de mérito das decisões do Cade, óbvia e necessariamente, pode e deve ser apreciada pelo Poder Judiciário. Na prática, se o Cade condena uma ou mais empresas por alegada prática de infração contra a ordem econômica, o motivo dessa condenação, ou seja, o mérito da decisão, está sujeito ao exame judicial.

Artigo publicado no site de informações Jota em 19 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cade-e-judicializacao-analise-do-merito-19082019>