

UM APELO ÀS “CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS”: O NOVO ARTIGO 20 DA LINDB E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

Lucas de Lima Carvalho

Resumo: A monografia apresenta o Artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e discute suas possíveis repercussões no Direito Concorrencial, com destaque para a revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A monografia explora condições para a aplicação do Artigo da LINDB a essa revisão judicial e comenta o significado de sua referência a “consequências práticas” à luz de precedentes de cortes brasileiras. Por fim, comenta-se a utilidade do dispositivo para fortalecer a defesa da concorrência, com uma análise crítica de decisões judiciais de cortes em diferentes jurisdições sobre matéria concorrencial.

Palavras-chave: LINDB, CADE, Direito Concorrencial, Revisão Judicial, Valores Jurídicos Abstratos, Consequências Práticas, Consequencialismo.

Abstract. This paper presents Article 20 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB) and discusses its possible repercussions on Competition Law, with a focus on the judicial review of decisions issued by the Administrative Council for Economic Defense (CADE). The paper explores requisites to apply the norm to this judicial review and comments the meaning of its reference to “practical consequences” in light of precedents from Brazilian courts. Finally, the paper comments the use of the norm to strengthen the defense of competition, with a critical analysis of judicial decisions of foreign courts in competition matters.

Keywords: LINDB, CADE, Competition Law, Judicial Review, Abstract Legal Values, Practical Consequences, Consequentialism.

1. Introdução

Em 2010, o antigo Decreto-Lei nº 4.657/1942, até então conhecido como a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC), passou a se

chamar de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Segundo o Relator do Projeto de Lei nº 6.303/2005, que originou a mudança na Câmara dos Deputados, esta norma, “pelo seu conteúdo e sua natureza, é considerada uma ‘lei sobre a lei’”, a qual fez encerrar a vigência das antigas ordenações portuguesas no Brasil (OLIVEIRA, 2009, p. 02). Trata-se, portanto, de um diploma normativo com aplicação sobre normas de diferentes áreas do Direito, dada a amplitude de seus comandos e, mais especificamente, a sua aderência à Constituição Federal de 1988.¹

Antes e depois de sua transformação em LINDB, esta norma foi submetida a variadas propostas de alteração e ampliação no Congresso Nacional.² Dentre aquelas que lograram êxito, a mais recente é o Projeto de Lei nº 349/2015, do Senado Federal, que culminou na edição da Lei nº 13.655/2018 e incluiu na LINDB “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público”. O seu autor, o Senador Antônio Anastasia, afirmou a título de justificativa que tais normas pretendem criar “novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela Administração Pública Federal, Estadual e Municipal”, com o intuito de proporcionar maior segurança jurídica para “a atividade de regulamentação e aplicação das leis” no Brasil (2015, p. 04). O Projeto de Lei foi gestado pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) e pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), e, nas palavras de um dos seus idealizadores, representou “uma solução legislativa articulada” com o intuito de compartilhar “funções jurídicas criadoras pelos vários Poderes e órgãos constitucionais autônomos” (SUNDFELD, 2017).

¹ A doutrina civilista já havia reconhecido a irradiação das normas da antiga LICC para outras áreas do Direito mesmo antes da simples modificação de seu nome, ou de sua ementa (BATALHA, 1959, pp. 05/06). Nesse sentido, cite-se a aplicação do Artigo 2º, § 2º, da então LICC ao Direito Administrativo, para autorizar a instituição de fundações de “regime jurídico publicístico” (DI PIETRO, 2015, p. 541).

² Entre as propostas bem-sucedidas, cite-se o Projeto de Lei nº 791/2007, da Câmara dos Deputados, que concedeu permissão expressa às autoridades consulares brasileiras para “celebrar a separação consensual e o divórcio consensual de brasileiros” sob condições específicas (vide Artigo 18, § 1º, da LINDB). Propostas que não lograram êxito, por outro lado, incluem o Projeto de Lei nº 350/2008, do Senado Federal, que pretendia criar distinção expressa entre normas processuais, normas procedimentais e normas regimentais.

Uma das normas trazidas pela Lei nº 13.655/2018 à LINDB está em seu novo Artigo 20, que afirma que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, “não se decidirá com base em *valores jurídicos abstratos* sem que sejam consideradas as *consequências práticas* da decisão”. O parágrafo único do mesmo Artigo afirma ainda que a motivação “demonstrará a *necessidade* e a *adequação* da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, *inclusive em face das possíveis alternativas*”. À primeira vista, o dispositivo parece reproduzir em parte a tripartição da garantia constitucional de proporcionalidade segundo TÔRRES (2011, p. 643), mas a medida dessa reprodução é tão incerta quanto os termos empregados pelo legislador. Afinal de contas, o que são “valores jurídicos abstratos”?³ E o que podemos entender como “consequências práticas” da decisão administrativa, de controle ou mesmo judicial, segundo o *caput* do Artigo 20? A própria Lei nº 13.655/2018 nada orienta sobre o significado dessas expressões.

Pois bem. Tendo citado a ubiquidade normativa da LINDB e o texto de seu novo Artigo 20, consideremos o tema da revisão judicial das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A possibilidade de revisão judicial dessas decisões é reflexo da garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional, nos termos do Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, e sua ocorrência prática é testemunhada pela jurisprudência dos Tribunais e pela doutrina concorrencial brasileira (BATOCHIO *et al*, 2010, pp. 27/28).⁴ A despeito da perene discussão sobre a natureza vinculada ou discricionária do “ato de jurisdição administrativa”

³ Considerando a aplicação do Artigo 20 da LINDB ao Direito do Trabalho, FELICIANO e PORTO (2018) afirmam que a própria Lei nº 13.655/2018 contém os tais “valores jurídicos abstratos”, na forma de referências a expressões esotéricas como “interesses gerais” (vide Artigo 21, parágrafo único) e “orientações gerais da época” (vide Artigo 24, *caput*, a despeito da definição oferecida em seu parágrafo único). Numa crítica à vinculação do agente público à análise das “consequências práticas” de suas decisões, DOMINGUES e PENALVA (2018) comentam que a Lei nº 13.655/2018 (ainda na forma do Projeto de Lei nº 7.448/2017, renumerado na Câmara dos Deputados) está “de costas para [a Constituição Federal de] 1988”, representando verdadeira mitigação do resguardo aos direitos e às garantias fundamentais no âmbito constitucional.

⁴ Em sua análise do Direito Comunitário Europeu sobre antitruste, OSTI chega a enaltecer o papel de vigilância e escrutínio que deve ser desempenhado pelo Poder Judiciário para aprimorar o trabalho das agências reguladoras (2014, p. 115).

exercido pelo CADE, bem como dos limites da ingerência judicial que os pretende revisar (SANTIAGO, 2008, p. 320), se a revisão judicial de fato ocorre, suas consequências podem ser devastadoras para a defesa da concorrência no Brasil.⁵ Uma interceptação telefônica ilícita, a reputada ausência de individualização das penas, ou a intimação extemporânea dos advogados das partes pode, a critério do juízo revisor, anular todo o processo administrativo tramitado perante o CADE. Igualmente, a discordância dos magistrados quanto à própria ilegalidade da operação analisada pelo Conselho, bem como a oposição judicial ao *quantum* arbitrado para a multa (ou à sua justificação), podem comprometer todo o trabalho desenvolvido no âmbito administrativo, em prejuízo da segurança jurídica e da garantia de punibilidade às condutas lesivas da livre concorrência, pilar da ordem econômica segundo o Artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal.

As questões que o Artigo 20 da LINDB nos apresenta, portanto, são (i) se há margem interpretativa para identificar situações nas quais o seu texto se aplica às decisões judiciais revisoras das decisões do CADE, (ii) se, dada a aplicação, podemos concluir que a expressão “consequências práticas” constrange o Poder Judiciário a uma maior aderência às decisões do CADE, e (iii) se, à luz das conclusões anteriores, é possível afirmar que o dispositivo fortifica a defesa da concorrência no país. Cada uma dessas três questões será abordada nos capítulos seguintes deste trabalho.

2. Condições para a aplicação do Artigo 20 da LINDB à revisão judicial das decisões do CADE

A aplicação do Artigo 20 da LINDB às decisões do Poder Judiciário que revisam decisões do CADE não é intuitiva. O histórico legislativo da Lei nº 13.655/2018 nada menciona sobre a defesa da concorrência (ou sobre o papel da insegurança jurídica na fragilidade da proteção à livre concorrência

⁵ Referindo-se ao longo histórico do imbróglio administrativo e judicial da Operação Nestlé-Garoto, KOJIKOVSKI (2017) comenta a atuação do Poder Judiciário, que através de decisões pontuais, permitiu que as empresas pudessem realizar compras em conjunto, bem como distribuir alguns produtos, sem, entretanto, viabilizar a perfeita união entre ambas. Vide ainda o comentário de CARRIL (2012, p. 322), cujos termos se estendem, a nosso ver, a outras incursões judiciais no campo do Direito Concorrencial: “A atitude do Poder Judiciário, no presente caso, mitigou completamente a eficácia da decisão administrativa, amplificando a insegurança jurídica”.

no Brasil). Além disso, uma interpretação sistemática dos novos dispositivos da LINDB seria capaz de sustentar a sua aplicação apenas ao controle da gestão pública, como fica evidente na leitura do Artigo 22.⁶ A impressão é ainda reforçada pelo teor dos comentários favoráveis e contrários ao então Projeto de Lei do Senado nº 349/2015,⁷ inicialmente publicados pela imprensa especializada, e concentrados em temas particulares de gestão pública, como o escopo de atuação dos Tribunais de Contas no país (OLIVEIRA, 2018).

A despeito da omissão nominal sobre a matéria de defesa da concorrência, o campo de atuação da LINDB se estende a diversas áreas do Direito (TEBET, 2017, p. 05) e a Lei nº 13.655/2018, ancorada no princípio-garantia da segurança jurídica, tem idêntica amplitude. Seria antes de tudo ilógico ler no novo Artigo 20 uma regra de *motivação concreta* aplicável apenas a temas de controle da gestão pública, (i) porque a expressão “gestão pública” é utilizada pelo Artigo 22, e poderia ter sido reproduzida pelo Artigo 20, mas não o foi,⁸ (ii) porque o texto do Artigo 20 se refere expressamente a decisões administrativas e judiciais, e não apenas às decisões de controle, e (iii) porque não há defesa razoável para restringir o escopo do Artigo 20 a decisões dessas esferas que tratem apenas de matérias específicas, se o próprio texto da lei *nada restringiu* quanto à matéria decidida. Ainda, mesmo que o intérprete se socorresse de referências legislativas para afirmar que os novos dispositivos da LINDB se destinam ao Direito Público, novamente se justifica a sua aplicação ao Direito Concorrencial, cujas normas são instrumentos de política pública, criadas com a finalidade de reprimir o abuso do poder econômico e tutelar a livre concorrência (FORGIONI, 2015, pp. 76-85).

⁶ Segundo o *caput* do Artigo 22 da LINDB, “[n]a interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

⁷ Entre as opiniões favoráveis, citamos DAMASCENO PEIXOTO (2018), para quem “a nova lei estabeleceu balizas interpretativas no sentido de o administrador e o magistrado considerarem as consequências práticas e a segurança jurídica de seus atos e decisões”. Entre as opiniões contrárias, destaca-se a de PEREIRA JÚNIOR *et al* (2018), para quem as alterações propostas ao texto da LINDB cuidaram de “ampliar o espaço decisório do Executivo, sem que seja majorada a sua vinculação ao lastro legal do planejamento que deveria lhe orientar estruturalmente a ação”.

⁸ Vide Artigo 11, inciso II, alínea “b”, da Lei Complementar nº 95/1998.

Compreendido que a LINDB e os seus novos dispositivos abraçam diversas áreas das ciências jurídicas, inclusive aquela dedicada à defesa da concorrência, devemos investigar as condições para a sua aplicação a decisões judiciais que revisam decisões do CADE. As condições são (i) a necessidade de que a decisão judicial anule o processo administrativo ou contrarie o mérito das determinações do CADE, e (ii) o seu amparo em “valores jurídicos abstratos”, e serão analisadas com mais detalhes nos subcapítulos a seguir.

1.1 A contrariedade da decisão judicial em relação à decisão do CADE

O dever de fundamentação das decisões judiciais é corolário da ampla defesa e do contraditório, e por isso mesmo tem morada no Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Assim, é evidente que o juiz deve fundamentar todas as suas decisões sob pena de nulidade, ainda que elas sejam de (i) não conhecimento ou de (ii) não provimento das ações interpostas contra as decisões emanadas do CADE. Este subcapítulo não pretende, portanto, sugerir que o Artigo 20 da LINDB, naquilo que reflete o dever de fundamentar as decisões judiciais,⁹ é adstrito a decisões concessivas do pedido da parte em detrimento da posição do CADE.

O que queremos dizer com o título deste subcapítulo é que, para se exigir do magistrado que considere as “consequências práticas” de sua decisão, e que motive essa decisão “em face das possíveis alternativas”, é necessário que essa sentença (ou esse acórdão) anule o processo administrativo ou contrarie o mérito das determinações do CADE. Ora, se a *decisão judicial* de que trata o Artigo 20 da LINDB fosse a decisão judicial denegatória, exigir do magistrado a consideração de suas “consequências práticas” seria equivalente a exigir que o Poder Judiciário repetisse o extenso trabalho já conduzido pelo CADE na tutela administrativa da livre concorrência. Mais: exigir essa cognição exauriente das “consequências

⁹ Há uma leitura possível do Artigo 20 da LINDB que apenas esclarece o dever de fundamentar as decisões judiciais já previsto no Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. A dicção do parágrafo único do Artigo 20, ao mencionar que a motivação “demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”, ressalta apenas os critérios norteadores da motivação de decisões judiciais, que deve ser visível aos jurisdicionados (WAMBIER, 2017, p. 284). É a decorrência lógica do Artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil, e, dentre outros dispositivos, do Artigo 155 do Código de Processo Penal.

práticas” de manter hígida a decisão proferida pelo CADE seria, em última análise, obrigar o magistrado a cumprir aquilo que a própria norma já ordena para o Poder Executivo (dado que o texto do Artigo 20 cita decisões judiciais, *administrativas* e de controle). Nada se comenta sobre a aplicação do Artigo 20 à apreciação administrativa de ilícitos concorrenciais, tanto porque não é o enfoque do nosso trabalho, quanto porque é intrínseco à atividade do CADE que considere as “consequências práticas” de suas decisões na preservação da ordem econômica lançada pela Constituição Federal.¹⁰ Inclusive por essa razão, no entanto, confirmar sob o prisma formal ou material a determinação do Tribunal Administrativo é remeter o aplicador do Artigo 20 da LINDB a este Tribunal, e não ao juízo revisor, uma vez que a confirmação sustenta o *decisum* já testado (teoricamente) pela norma advinda da Lei nº 13.655/2018.¹¹

1.2 O embasamento da decisão judicial em “valores jurídicos abstratos”

É sintomático que a expressão “valores jurídicos abstratos” seja, ela própria, um valor jurídico abstrato. Aliás, à revelia do que dispõe o Artigo 11, inciso II, alíneas “a” e “c” da Lei Complementar nº 95/1998, a Lei nº 13.655/2018 é populada por diversas expressões igualmente vagas, que ironicamente contribuem para a insegurança jurídica na aplicação da LINDB. A despeito de este não ser o enfoque do presente trabalho, a vagueza terminológica na lei é um instrumento à disposição do Estado para alocar poderes entre o Judiciário, o Executivo e o Legislativo. Como bem aponta CHRISTIE (1964, p. 889), essa vagueza serve ao controverso propósito de exercer maior controle social sobre os jurisdicionados, e esse controle é em

¹⁰ A propósito dessa atribuição, de preservar a ordem econômica lançada pela Constituição Federal, a atuação do Tribunal do CADE deve também ser pautada pela análise de suas consequências práticas, tanto no âmbito brasileiro, quanto no âmbito estrangeiro, se os efeitos deletérios de ilícitos concorrenciais impactarem outras jurisdições (CASAGRANDE; PEREIRA NETO, 2016, pp. 48/49). Sobre essa atenção transnacional, vide nossos comentários no capítulo 4.

¹¹ Cite-se, a título de exemplo de decisão judicial fora do âmbito de aplicação do Artigo 20 da LINDB, a sentença da 17ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal (JFDF) no Processo nº 0007976-68.2006.4.01.3400. Naquela decisão, o juízo não apenas confirmou a decisão do Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14, de que haviam sido apresentados elementos suficientes para a caracterização de cartel (o chamado “cartel das britas”), como também afirmou que a multa aplicada não foi confiscatória, à luz dos parâmetros estabelecidos por lei.

tudo coerente com os reclames que justificaram as alterações à LINDB em primeiro lugar.¹²

Ainda sobre a vagueza da expressão “valores jurídicos abstratos”, a tentação é defini-la negativamente. Como já afirmou REALE (2009, p. 300), valores e princípios são termos inconfundíveis,¹³ razão pela qual a invocação pelo juízo de um *princípio* para respaldar a anulação do processo administrativo não deveria ser, sob o prisma estritamente semântico, autorizativa do recurso ao Artigo 20 da LINDB. Por outro lado, a referência a “valores jurídicos abstratos” parece indicar que, para o legislador, há “valores jurídicos concretos” à disposição dos magistrados nas esferas administrativa, de controle e judicial, valores estes incapazes de permitir a incidência do Artigo 20, talvez pela sua pressuposta atenção às “consequências práticas” mencionadas pelo mesmo dispositivo legal. Sem exemplos que possam ilustrar com clareza a diferença entre valores jurídicos abstratos e concretos, o intérprete da LINDB se vê forçado a tatear um significado que lhe pareça razoável, novamente em desprestígio à segurança jurídica, alvo da Lei nº 13.655/2018.

¹² Segundo o parecer aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, o objetivo dos Artigos 20 e 21 seria exigir “a prolação de decisões razoáveis e proporcionais, de forma que os danos delas decorrentes sejam *de extensão e intensidade adequadas ao caso concreto*” (ABI-ACKEL, 2017, p. 05). Resgatando o parecer da Senadora Simone Tebet (2017, p. 07), a Lei nº 13.655/2018 teria o condão de combater as chamadas “motivações mascaradas”, institucionalizando “a necessidade de uma avaliação econômica (lato sensu) da decisão de invalidar, inclusive levando em conta seus possíveis impactos”. No entanto, mesmo sendo inegável que o espectro semântico da expressão “consequências práticas” abrange também as consequências econômicas das decisões administrativas, de controle e judiciais segundo o novo Artigo 20 da LINDB, o seu conteúdo não é, em si, produto da Análise Econômica do Direito (CARVALHO, 2018).

¹³ A distinção é reiterada por TORRES (2011, p. 89), que alerta que os princípios “estão a meio passo entre os valores e as regras na escala da concretização do direito e com eles não se confundem”. A lição é, por sua vez, alheia à dicotomia feita por DWORKIN (1997, p. 39) entre “princípios” e “políticas”, ainda que qualquer dos dois termos encapsule a noção de axiologia na aplicação do Direito. A melhor forma de visualizar a distinção entre os dois termos é reputar ambos como requisitos de otimização, sendo os princípios pertinentes ao plano deontológico e os valores pertinentes ao plano axiológico (BAXTER, 2011, p. 126).

A interpretação negativa da expressão “valores jurídicos abstratos” pode nos conduzir à sua completa inaplicabilidade, fruto do esvaziamento de seu sentido. Contudo, se interpretarmos positivamente a mesma expressão, podemos inicialmente conceituar valores como “qualidades ou atributos que reputamos como desejáveis, no contexto de um determinado panorama cultural” (OTERO PARGA, 1999, p. 15). Esses valores serão jurídicos se seu conteúdo for veiculado por normas jurídicas, a exemplo dos valores de dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade e justiça (JØRGENSEN, 2006, p. 43). Por último, valores jurídicos possuirão graus distintos de abstração, a depender da distância entre os *veículos normativos* que os reproduzem no Ordenamento Jurídico (e são, por essa razão, invocados pelo julgador no cenário do Artigo 20 da LINDB) e a realidade fática.¹⁴ Dito de outra forma, a interpretação positiva da expressão “valores jurídicos abstratos” precisa admitir a interseção semântica entre valores e princípios, quer essa interseção seja justificada pelo compartilhamento de uma mesma estrutura conceitual entre ambos os termos (ALEXY, 2002, p. 93), quer seja justificada pela leitura teleológica do Artigo 20. Ou seja, tendo o legislador se preocupado em evitar que decisões administrativas, de controle ou judiciais gerem consequências práticas abusivas à gestão pública e/ou aos demais jurisdicionados, cabe ao intérprete questionar se “valores jurídicos abstratos” corporificados em princípios poderiam, pela culatra desse dispositivo, causar as mesmas “consequências práticas” problemáticas que o legislador desejou evitar, *sine poena*. A resposta, para nós, deve ser negativa.¹⁵

Trazer essa interpretação de “valores jurídicos abstratos” para o campo das decisões judiciais em matéria concorrencial nos leva a observações

¹⁴ Nossa referência a “graus de abstração” é decorrente da lição de HAYEK (1973, pp. 29/30) sobre o emprego da abstração como método para compreender a complexidade do mundo concreto, complexidade essa “que a nossa mente não é completamente capaz de compreender”. Segundo o autor, o número de características da realidade que escolhemos ignorar (ou o número de características que consideramos relevantes em detrimento das demais) é diretamente proporcional ao grau de abstração por nós eleito para compreender a realidade.

¹⁵ Confirmando esse entendimento, os idealizadores do Projeto de Lei nº 349/2015, do Senado Federal, equipararam a expressão “valores jurídicos abstratos” a princípios (SALAMA; SUNDFELD, 2015, p. 14). Ainda, no parecer apresentado pelo Deputado Federal Paulo Abi-Ackel à Câmara dos Deputados, o Artigo 20 da LINDB é associado expressamente a “fundamentos principiológicos” (2017, p. 05).

interessantes. Por exemplo: à luz dos comentários anteriores, poderíamos suscitar dúvidas sobre a legalidade da decisão da 07ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal (JFDF) no Processo nº 0049217-80.2010.4.01.3400. Naquele caso, cujo objeto é conhecido como o “cartel dos gases”, o magistrado ancorou *toda a sua decisão* por anular o Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70 na teoria dos frutos da árvore envenenada, lastro para a decisão em ação criminal anterior, e aplicável à parte autora graças à “ilicitude das provas produzidas por meio de interceptação telefônica”. Sua Excelência, tendo reconhecido a prática de formação de cartel naquele caso, chega inclusive a encerrar a fundamentação do *decisum* com o trecho que revela a perfeita ciência de suas consequências práticas: como resultado do julgamento, permaneceriam “ilesos os responsáveis pela formação do cartel, incólume o proveito espúrio por eles obtido e desprovida de reparação a economia nacional” (2014, pp. 08/09). Ora, o que é a importada teoria dos frutos da árvore envenenada entre nós, senão a aplicação do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal? E o que é o inciso LVI, senão o esmiuçamento do direito ao devido processo legal, estabelecido também pelo inciso LIV? Seria o devido processo legal um “valor jurídico abstrato”, apto a fazer incidir o Artigo 20 da LINDB sobre essa decisão?

Não há resposta simples para a última pergunta. Por um lado, o valor inserido no Artigo 5º, incisos LIV e LVI, da Constituição Federal, é a *justiça*, antes de tudo um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Na definição proposta por nós anteriormente, portanto, a justiça seria um “valor jurídico abstrato”, apto a fazer incidir o Artigo 20 da LINDB. Por outro lado, o magistrado da 07ª Vara da JFDF não invocou o conceito etéreo de justiça (ou mesmo o Artigo 5º do texto maior) para deferir o pedido formulado na ação ordinária, e sim uma norma específica da Lei nº 9.296/1996, a saber, o seu Artigo 2º, inciso II.¹⁶ Neste caso, entendemos que o *grau de abstração* da norma processual que invalida a interceptação telefônica advinda de denúncia anônima não é alto o suficiente para autorizar a aplicação do Artigo 20 da LINDB – ainda que a fonte do comando legal seja o valor jurídico abstrato de justiça, nada há de abstrato no Artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.296/1996. Desse raciocínio podemos extrair uma conclusão

¹⁶ O magistrado não cita diretamente o Artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.296/1996, mas cita a decisão da 03ª Vara Criminal da Justiça Federal de São Paulo (JFSP) na Ação Criminal nº 4517-95.2009.403.6181 e a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no HC nº 190.334/SP. Nesta decisão, o Ministro Relator, Napoleão Nunes Maia Filho, comenta o dispositivo de forma expressa (2011, p. 14).

importante: naquilo que o valor de justiça seja revelado (estritamente) na garantia do devido processo legal, o Artigo 20 da LINDB não poderá ser aplicado à decisão judicial revisora das determinações do CADE. Isso porque o princípio da legalidade constrangerá o curso processual à incidência de *normas jurídicas concretas*, normas cuja aplicação não deve ser entravada pela LINDB (e tanto menos por um dispositivo que textualmente condiciona a sua aplicação ao embasamento em “valores jurídicos abstratos”).¹⁷

2. A consideração de “consequências práticas” e a aderência do Poder Judiciário às decisões do CADE

Se estivermos diante de uma decisão judicial (i) contrária à decisão proferida pelo CADE e (ii) embasada em “valores jurídicos abstratos”, o Artigo 20 da LINDB nos manda investigar se o magistrado *considerou* as “consequências práticas” dessa decisão. O verbo é providencial, e, para nossa sorte, vem melhor explicado no parágrafo único do mesmo dispositivo. Considerar não é meramente *citar*, como fez o magistrado da 07ª Vara da JFDF no Processo nº 0049217-80.2010.4.01.3400 (a despeito de o Artigo 20 da LINDB não ser aplicável àquele caso, como discutido no subcapítulo 2.2); considerar é incorporar, é inculcar no processo decisório.¹⁸ Não por outro

¹⁷ A convergência de normas processuais para a concretude é garantia histórica da cláusula de *due process of law* na Constituição americana, e tem o objetivo de cercear a atividade do Poder constituído (no nosso caso, o Poder Judiciário) na aplicação do seu próprio ideal de justiça ou equidade (TRIBE, 1975, p. 277). Citando outro exemplo da aplicação de uma regra processual concreta pelo Poder Judiciário no âmbito do Direito Concorrencial (o que desautorizaria a incidência do Artigo 20 da LINDB), o acórdão proferido pela 06ª Turma do Tribunal Regional Federal da 01ª Região (TRF1) no caso do “cartel dos vigilantes” (Apelação por Reexame Necessário nº 0039691-94.2007.4.01.3400) anulou o Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10 “tendo em vista a ausência de intimação do advogado devidamente constituído pela impetrante da pauta de julgamento”. O julgado reiterou os fundamentos da sentença, endossando os termos do então vigente Artigo 33, § 3º, da Lei nº 8.884/1994 (cujo texto é hoje reproduzido pelo Artigo 70, § 3º, da Lei nº 12.529/2011), e do então vigente Artigo 236, § 1º, da Lei nº 5.869/1973 (cujo texto é hoje reproduzido pelo Artigo 272, § 2º, da Lei nº 13.105/2015).

¹⁸ A utilização do verbo não é incomum na legislação processual brasileira. No Artigo 479 da Lei nº 13.105/2015, por exemplo, consta que, diante da prova pericial produzida, o juízo deverá “indicar na sentença os motivos que o levaram a *considerar* ou a *deixar de considerar* as conclusões do laudo”. Por isso mesmo,

motivo, o parágrafo único diz que a consideração das consequências práticas “demonstrará a necessidade e a adequação [...], inclusive em face das possíveis alternativas”.

Diante do comando legal, e cientes da competência técnica do CADE para investigar, analisar e decidir sobre ilícitos concorrenciais, a pergunta óbvia é saber se um juízo revisor tangido pelas “consequências práticas” de suas decisões será mais ou menos aderente às decisões do CADE. Para responder essa pergunta, seria preciso antes arbitrar algum sentido legislativo para a expressão “consequências práticas”, mas a tarefa é impossível à luz da LINDB. Resta-nos, portanto, o sentido léxico dessa expressão, que comporta mais do que apenas as “consequências para a ordem econômica” no Brasil: à luz do Artigo 20 da LINDB, a expressão parece indicar quaisquer externalidades patentes, verificáveis, da decisão judicial sob análise. Frente a essa definição, poderia o intérprete se insurgir, afirmando que “consequência” é gênero do qual “externalidade” é espécie, e a insurgência seria compreensível. No entanto, a interpretação sistemática da norma nos impede de ler na expressão “consequências práticas” as próprias consequências já previstas pela aplicação do Direito ao caso concreto (e.g., o cerceamento à liberdade de alguém em virtude da condenação criminal, ou a diminuição do poder aquisitivo de determinada empresa pela imposição de multa prevista em lei), uma vez que, por um lado, as consequências diretamente decorrentes da decisão judicial já integram o dever de fundamentação contido no Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Por outro lado, se o Artigo 20 da LINDB fosse lido como um comando para temperar a decisão judicial (ou administrativa, ou mesmo de controle) em atenção às *consequências diretas da lei* e em detrimento dela própria, o dispositivo seria inconstitucional por clara subversão ao princípio da

nos precedentes formados após a edição do novo Código de Processo Civil (CPC), o Tribunal Regional Federal da 04ª Região (TRF4) atribui ao Artigo 479 a mesma conclusão decorrente do dispositivo textual do Artigo 436 do antigo CPC (“o juiz não está adstrito às conclusões do laudo pericial”): é o aval para “deixar de considerar” o laudo pericial, presente no novo Código, que livra o magistrado de ter que cingir o seu juízo às conclusões do perito, o que reforça o sentido do verbo “considerar” como sinônimo de “incorporar ao processo decisório” (vide, por exemplo, a decisão da 05ª Turma do TRF4 na Apelação Cível nº 0002844-85.2016.4.04.9999). Diga-se o mesmo da expressão “levar-se-á em consideração”, prevista no Artigo 45 da Lei nº 12.529/2011, que estabelece um rol de fatores aptos a nortear a aplicação das penas por infração à ordem econômica (ANDERS *et al*, 2012, p. 185).

legalidade. A leitura desse dispositivo à luz do texto maior nos indica a atenção a *externalidades*, ou seja, aos custos pecuniários ou operacionais impostos a terceiros em virtude da decisão de um julgador, ou de um colegiado, sobre um caso submetido à sua apreciação (COWEN, 1988, p. 02).¹⁹

No subcapítulo 2.2, comentamos uma decisão judicial que, a nosso ver, não estaria no âmbito de incidência do Artigo 20 da LINDB. Para comentar a consideração às “consequências práticas”, e, ainda, como essa consideração se relaciona à aderência do Poder Judiciário às determinações do CADE, citemos uma decisão judicial contrária ao CADE e ancorada em “valores jurídicos abstratos” (o que a tornaria submissa ao dispositivo trazido pela Lei nº 13.655/2018). No acórdão da Apelação Cível nº 2004.34.00.013282-7, conquanto tenha concordado com o mérito da decisão do CADE no Processo Administrativo nº 08000.022579/1997-05 (respaldando a caracterização dos atos anticoncorrenciais relevantes), a 04ª Turma Suplementar do TRF1 decidiu reduzir o percentual da multa aplicada, de 5% do faturamento bruto anual da empresa, para 2,85% desse montante. O motivo? Segundo os julgadores, (i) o CADE teria descumprido o princípio da *motivação dos atos administrativos*, e, (ii) como o Tribunal Administrativo fixou a multa com amparo em 07 (sete) critérios, mas com motivação apenas

¹⁹ Uma provocação à leitura de “consequências práticas” como “externalidades” está no resgate da crítica de COASE (1960, p. 35) à abordagem deste conceito pelo economista Arthur Cecil Pigou. Ronald H. Coase apontou que a análise dos efeitos econômicos de externalidades no mercado é *incompleta* sem a consideração de sua *natureza recíproca*. Trazendo a sua contribuição para o Direito Concorrencial, uma interpretação possível do dever do julgador sob o Artigo 20 da LINDB seria requerer o pronunciamento não apenas acerca das *externalidades positivas ou negativas* decorrentes de sua sentença, mas também das *externalidades positivas ou negativas* a elas associadas. Considere-se, por exemplo, o caso de leilões, concorrências ou licitações discutido por RHEE (2007, pp. 475/476): uma sentença judicial pode, em detrimento da decisão emanada do CADE, tornar possível que uma empresa dominante continue a exercer influência sobre preços praticados em leilões, concorrências ou licitações relevantes para o seu mercado. Uma consequência “em cascata” dessa permissão poderia ser o recurso de empresas não dominantes a práticas anticoncorrenciais de retaliação, tudo com o intuito de preservar sua oportunidade nesses certames. É razoável intuir que o Artigo 20 da LINDB requer que o magistrado investigue esses efeitos recíprocos de suas decisões? Sob o prisma da defesa da concorrência, nos parece que sim; sob o prisma da administrabilidade da Justiça no Brasil, no entanto, é difícil justificar o alcance do Artigo 20 da LINDB a essas ponderações.

para 04 (quatro), o juízo deveria reduzir proporcionalmente a penalidade pecuniária atribuída, chegando ao número mágico de 2,85%.²⁰ A decisão não concedeu uma linha sequer às consequências práticas da redução da multa, nem tampouco elegeu a redução da multa entre possíveis alternativas, afastadas uma a uma no caso concreto, cada qual com a fundamentação a si cabível. Sendo assim, se nós testássemos essa decisão isolada à luz do Artigo 20 da LINDB, teríamos de concluir pelo seu descumprimento (a ser apontado como preliminar de nulidade na instância recursal dos Tribunais Superiores).²¹

Lendo a decisão da 04ª Turma Suplementar do TRF1, seria possível sustentar que a “consequência prática” lá faltante (se o julgado fosse testado à luz do Artigo 20 da LINDB) é o incentivo indireto a práticas anticoncorrenciais advindo da sanção minorada pelo juízo, o que corroboraria a tese de que a regra inaugurada pela Lei nº 13.655/2018 implica maior aderência às decisões do CADE. A nosso ver, este argumento é um clássico

²⁰ No Processo Administrativo nº 08000.022579/1997-05, a Procuradoria Federal junto ao CADE havia solicitado Tribunal que aplicasse a multa de 1% do faturamento da empresa à data da instauração do feito, patamar mínimo segundo o então vigente Artigo 23, inciso I, da Lei nº 8.884/1994 (2001, p. 575). O percentual de 5% foi arbitrado pelo Conselheiro Relator, Celso Fernandes Campilongo, por ter entendido como configuradas 07 (sete) das 08 (oito) hipóteses agravantes no então vigente Artigo 27 da Lei nº 8.884/1994 (reproduzido literalmente pelo Artigo 45 da Lei nº 12.529/2011), ainda que o seu voto não contenha qualquer *alocação percentual* para cada agravante configurada (2002, pp. 774-776).

²¹ Há outros exemplos de decisões judiciais alinhadas às condicionantes do Artigo 20 da LINDB e indiferentes às suas consequências práticas (ou a possíveis alternativas). Um deles é a decisão da 04ª Turma do TRF4 na Apelação Cível nº 2002.72.02.003941-7, na qual a penalidade contra a empresa foi anulada em homenagem aos princípios da “dupla qualidade” de sócios em cooperativa, da proporcionalidade e da razoabilidade (embora, naquele caso, a carência de suporte probatório em favor dos argumentos do CADE também tenha sido reputada como relevante para o sucesso da outra parte). Outro exemplo, este calcado em uma interpretação negativa do princípio da livre associação (presente no Artigo 5º, inciso XVII, do texto maior, mas também presente no inciso XX, que veda o famigerado “cárcere associativo”), está no REsp nº 261.155/SP, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Sua Excelência, inclusive, vota pelo não provimento do recurso de profissional médica contra a cooperativa de trabalho médico, mas cita *en passant* que a decisão pode gerar dificuldades “a outras entidades que atuam no comércio da medicina” (2004, p. 04).

non sequitur: sim, a redução da multa pode estimular práticas anticoncorrenciais, mas essa não é a única consequência prática que o julgador do TRF1 deixou de apontar. Cite-se, dentre tantas outras “consequências práticas” que poderiam justificar a crítica à multa instituída pelo CADE (ou a adoção de uma alternativa proporcional pelo juízo revisor), o desestímulo à atividade empresarial no Brasil (ao arrepio do princípio da motivação dos atos administrativos), a ofensa ao princípio-garantia da segurança jurídica, e, ainda, a subversão da legitimidade democrática do Processo Administrativo pelo desprestígio à Constituição Federal (especificamente, o seu Artigo 93, inciso X). Esses exemplos de “consequências práticas”, aliados à amplitude dada à expressão no histórico legislativo da Lei nº 13.655/2018, vêm para confirmar que o Artigo 20 da LINDB, se aplicado às decisões judiciais revisoras de decisões do CADE, pode ser cumprido pelo juízo revisor com a consideração de consequências práticas *não propriamente concorrenciais*, desde que a decisão seja motivada à luz das alternativas possíveis para o julgador. Com isso não queremos dizer que a atenção do juízo a consequências práticas de índole concorrencial seja indesejável,²² mas, isso sim, que há margem para interpretar o Artigo 20 da LINDB como autorizativo de que outras “consequências práticas”, tais como aquelas que citamos acima, componham também a sua apreciação (portanto, sem implicar a pretendida aderência do Poder Judiciário às decisões emanadas do CADE).

3. O Artigo 20 da LINDB traz alguma contribuição relevante para a defesa da concorrência no Brasil?

Antes de tratarmos da utilidade do novo Artigo 20 da LINDB para a defesa da concorrência no Brasil, é importante considerar a ameaça de que as decisões judiciais sobre a matéria sejam vergadas pelo ideal *consequencialista* desse dispositivo. Esse ideal foi identificado por alguns comentaristas ainda à época das discussões do Projeto de Lei nº 7.448/2017 na Câmara dos Deputados (ALBERTO, 2018; SILVA, 2018), e, de forma surpreendente, foi acatado em seu “mérito” por um dos autores do estudo que culminou na Lei nº 13.655/2018. Nessa defesa do então Projeto de Lei, o professor Floriano de Azevedo Marques Neto comentou que “prospectar os efeitos da decisão não é

²² Pelo contrário: se a decisão revisada se cinge à proteção à ordem econômica, entendemos que seria antes um dever de coerência do juízo (CHUEIRI; SAMPAIO, 2012, p. 389) ao menos eleger, dentre as “consequências práticas” de seu *decisum*, aquelas de índole concorrencial como as de maior relevância.

irrelevante”, e afirmou que as cortes brasileiras não são avessas ao emprego de “parâmetros consequencialistas” para fundamentar suas decisões. Ainda, o autor parece sustentar que o evangelho do novo Artigo 20 da LINDB não é ancorado na “retórica das consequências”, e sim na *responsabilidade de quem decide*. Segundo o professor, em sentença lapidar, “quem exerce o controle não pode descurar o seu autocontrole” (FREITAS; MARQUES NETO, 2018).

Cabem aqui algumas ponderações sobre essa defesa do consequencialismo presente no Artigo 20 da LINDB. Em primeiro lugar, a identificação de decisões judiciais ou de controle com cunho consequencialista não é premissa para a eleição de parâmetros consequenciais como elementos normativos ínsitos às decisões dos julgadores brasileiros (na verdade, as críticas lançadas ao consequencialismo no Brasil são oriundas da edição desses precedentes,²³ razão pela qual nos parece que o raciocínio de justificar o Artigo 20 da LINDB pela existência de decisões consequencialistas em nossa jurisprudência é, a toda prova, circular). Em segundo lugar, o *caput* do Artigo 20 da LINDB em nada resolve as já conhecidas críticas ao consequencialismo, no nosso caso, das decisões judiciais: a relativização arbitrária do princípio da legalidade (DIAS; LEAL, 2017, p. 821), o limite imaginativo do julgador para ponderar todas as consequências práticas de suas decisões (ou, pior, o *limite preferencial*) (SAVARIS, 2012, pp. 31/32), e, evidentemente, a fonte que o consequencialismo judicial é de insegurança jurídica para as partes no processo e para a sociedade (SCHUARTZ, 2011, pp. 408-418). Em terceiro lugar, mesmo o parágrafo único do Artigo 20 da LINDB, que *exige* que o julgador motive a sua decisão em face de “possíveis alternativas”, nos coloca diante de outro dilema. A expressão não deve indicar a alternativa de “dar cumprimento à norma jurídica e às suas consequências diretas”, porque o

²³ Cite-se, por exemplo, o voto do Ministro Francisco Rezek no RE nº 134.509/AM, caso no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o campo de incidência do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) não inclui embarcações e aeronaves (2002, pp. 11-13). Ainda, cite-se o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC nº 152.752/PR, no qual Sua Excelência nomeou uma lista de consequências práticas (o “incentivo à recorribilidade procrastinatória”, o “aumento da seletividade do sistema [carcerário]”, e o “descrédito [do Poder Judiciário] junto à população”) da – pretendida – proibição de cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da decisão dos Tribunais Superiores, incluindo o próprio STF (2018, pp. 165-168 e 170-174).

magistrado já terá considerado essa alternativa (e a descartado ou não) se ponderar a sua decisão à luz das ditas “consequências práticas”. Ou seja, estamos tratando aqui de um rol de outras “possíveis alternativas”, o que, para além de tornar as decisões administrativas, de controle e judiciais ainda mais morosas (se levarmos a ferro e fogo o comando de sua consideração), as submete a ainda mais avenidas para recursos às instâncias superiores.

Feitas todas as ressalvas acima, para nós é evidente que o Artigo 20 da LINDB pode trazer uma contribuição relevante para a defesa da concorrência no Brasil. Na sua aplicação mais cartesiana, o Artigo 20 da LINDB pode compelir um magistrado que doutra forma anularia o Processo Administrativo junto ao CADE a que aceite as suas conclusões, e não anule a decisão do Conselho, sob o argumento de que essa anulação traria efeitos deletérios para a ordem econômica brasileira. Mais: sob esse prisma, o nosso Poder Judiciário seguiria tendências verificadas em jurisdições cujos Tribunais Judiciais adotam parâmetros consequencialistas para orientar a sua interpretação e a sua aplicação do Direito Concorrencial. Cite-se, por exemplo, o precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, no qual se definiu que acordos entre fornecedores e varejistas para estabelecer preços mínimos ao consumidor não violam *per se* o § 1º do Sherman Act, e que devem ser testados à luz da *rule of reason* caso-a-caso, sob pena de tornar o estatuto de *common law* insensível à “evolução das condições econômicas” do comércio atual (2006, pp. 12/13).²⁴ Cite-se, ainda, a decisão da Corte de Apelação de Paris

²⁴ Temos ainda a recente decisão da Suprema Corte no caso *Ohio v. American Express Co.*, que validou em maioria apertada (5 a 4) as cláusulas *antisteering* adotadas pela empresa apelada, sob o argumento de que o mercado de cartões de crédito é um só (e não dois mercados, ou seja, um para os correntistas e outro para os comerciantes). Parte da opinião majoritária afirmou que a consequência prática da adoção de cláusulas *antisteering* foi o “aumento das ofertas e da qualidade do mercado”, e que o efeito concorrencial dessas cláusulas foi, na verdade, positivo para os competidores da empresa apelada (2018, pp. 19/20). Para nós, a leitura dessa decisão reforça a relevância do alinhamento entre as medidas de defesa da concorrência entre diferentes jurisdições, fruto de uma interpretação teleológica do Artigo 20 da LINDB. Na esteira de lições de antitruste voltadas para a proteção do mercado consumidor, defender consumidores dos efeitos deletérios de práticas anticoncorrenciais é visto como um sinônimo de impedir o exercício de influência indevida de *large players* sobre empresários de pequeno ou médio porte (VAHEESAN, 2014, pp. 405/406), ainda que os varejistas que se insurgiram contra a empresa apelada e suas cláusulas *antisteering* no caso perante a Suprema

no Caso nº 2013/05595, decisão essa que reduziu a penalidade pecuniária aplicável a uma das empresas do agronegócio francês (especificamente, da área de comercialização de carne suína) não em virtude do grau de sua participação no esquema anticoncorrencial, mas sim porque essa penalidade afetaria a “capacidade contributiva” da empresa apenas (2014, p. 17).²⁵ Ironicamente, esse possível alinhamento da jurisprudência nacional às práticas de cortes estrangeiras pode até mesmo contribuir para o incremento da segurança jurídica no combate a ilícitos concorrenciais em mais de uma jurisdição (ARAÚJO; CHEDE, 2012, pp. 240-242), a despeito do viés consequencialista do dispositivo inaugurado pela Lei nº 13.655/2018.

Nossa única observação sobre a *capacidade* do Artigo 20 da LINDB para induzir cortes brasileiras à maior defesa da concorrência no Brasil (e, portanto, ao uso de “consequências para a ordem econômica” em sua motivação) é a dicção do dispositivo, que abre margem para a consideração de “consequências práticas” – ou de externalidades a nosso ver – de diferentes matizes. Entendemos que o alinhamento entre o Artigo 20 da LINDB e os objetivos do Direito Concorrencial no país será condicionado (i) à validação constitucional deste dispositivo, se questionado perante os princípios da legalidade e da segurança jurídica, (ii) à atenção do magistrado para a *coerência interna* de sua decisão, atenção essa que direcionará o julgado para levar em conta as “consequências práticas” materialmente próximas ao Artigo 170 da Constituição Federal, e (iii) à sua cautela no tratamento de “possíveis alternativas”, tanto em virtude da limitação de sua competência técnica, quanto em virtude das próprias alternativas já oferecidas textualmente pela legislação concorrenciais hoje vigente.²⁶ Somente com atenção a essas cautelas é que conseguiremos conjugar o texto do Artigo 20 da LINDB, geral e pleno de incertezas, ao reforço da defesa da concorrência no Brasil.

Corte tenham sido grandes multinacionais (WOODCOCK, 2018). Mas a decisão da Suprema Corte parece alinhada, particularmente no que aplica a *rule of reason* às cláusulas *antisteering*, à decisão da Corte de Justiça Europeia (ECJ) no Caso C-67/13 (conhecido como *Cartes Bancaires*).

²⁵ Em sentido diverso, considerando os “efeitos práticos” da interpretação do Artigo 81(1) do Tratado da Comunidade Europeia, temos a decisão da 03ª Câmara da ECJ no Caso C-295/04 (2006, pp. 20/21).

²⁶ Vide Artigos 85 e 86 da Lei nº 12.529/2011. Estes são mecanismos que oferecem a empresas engajadas em condutas anticoncorrenciais “a oportunidade de colaboração com os órgãos públicos para dismantelar a organização, em troca de benefícios ou da extinção da punição” (BOTTINI, 2013).

4. Considerações finais

Cada adendo ao já complexo Ordenamento Jurídico brasileiro traz consigo os ônus de interpretação, de aplicação e de justificação. Com a Lei nº 13.655/2018, estamos arcando com o ônus de *interpretar* seus dispositivos à luz da legislação vigente (incluindo aí a legislação concorrencial), com o ônus de *aplicar* suas normas a realidades mutáveis e dinâmicas, antevistas ou não pelo legislador, e, por fim, com o ônus de *justificar* a sua existência, a verdadeira fonte de sua legitimidade enquanto comando normativo, o qual a todos obriga ou, no mínimo, de todos exige respeito.

Nossas reflexões no último capítulo tratam precisamente dessa justificação. Nada nos trabalhos que antecederam a edição da Lei nº 13.655/2018 indicava a sua incidência sobre o Direito Concorrencial no Brasil, embora, como tenhamos explicado no capítulo 2 deste estudo, a conclusão pela incidência fosse inevitável.²⁷ Sendo a matéria de defesa da concorrência tão específica, é de causar surpresa que um dispositivo desta “lei sobre a lei” possa, para além de gerar efeitos no Direito Concorrencial, contribuir ainda para a consecução de seus objetivos. O que podemos afiançar

²⁷ Os comentários sobre a aplicação da LINDB às decisões judiciais citadas nos capítulos 2 e 3 testam os seus termos à luz dos requisitos do Artigo 20. Uma discussão lateral sobre essa incidência diz respeito à retroatividade (ou não) dos dispositivos inseridos na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, inclusive para pautar, no tempo presente, a apreciação de decisões judiciais pretéritas pelos colegiados de instâncias superiores. A discussão – que deve ser estendida a todas as normas inseridas na LINDB – extrapola os limites do nosso estudo, mas resgatamos como norte a própria Constituição Federal. Diversas normas já inscritas na LINDB (Artigos 3º, 6º e 12, por exemplo) refletem dispositivos constitucionais, e, como comentado na nota 9 acima, uma leitura possível do Artigo 20 da LINDB é que ele apenas esclarece o dever de fundamentar as decisões judiciais já previsto no Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Daí dizermos que não é despicienda a ideia de que o Artigo 20 da LINDB pode ser interpretado com efeitos *ex tunc*, e não apenas *ex nunc* – essa posição encontra respaldo, ainda, no próprio texto original da LICC, cujo Artigo 5º dizia e diz: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Perceba-se que esse destino (da interpretação favorável à retroatividade) não é o mesmo de outras normas veiculadas pela Lei nº 13.655/2018, como, por exemplo, aquelas que constam do Artigo 23 (que trata do “regime de transição” à luz de novo dever ou novo condicionamento de direito) e do Artigo 26 da LINDB (acerca do compromisso a ser celebrado “para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”).

é que a *intentio legis* do Artigo 20 da LINDB, se dela pudermos afastar as imprecisões técnicas do texto normativo, foi trazer racionalidade e responsabilidade para julgadores nas esferas administrativa, controladora e judicial no Brasil. Foi inculcar na fundamentação das decisões dessas esferas a ciência e a consciência de que suas ordens acarretam “consequências práticas”. Se, guiados por essa máxima, e, ainda, se imbuídos de atenção redobrada às consequências práticas para a ordem econômica, os magistrados aprimorarem mais e mais o cuidado de suas sentenças com a tutela da livre concorrência, entendemos que o Artigo 20 da LINDB poderá descortinar uma nova era de cautela, parcimônia e empatia no exercício do dever de julgar. Para o tema do nosso estudo, se o dispositivo for aplicado na esteira de sua intenção legislativa, estimamos que poderá dar origem a uma nova etapa das revisões judiciais de decisões do CADE no país.

5. Referências

ABI-ACKEL, Paulo. *Parecer nº 01, de 2017*. Câmara dos Deputados. Brasília: Imprensa Nacional, 2017.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *A nova (?!) decisão judicial e o dilema dos prisioneiros: o art. 20, caput, da LINDB*. Migalhas, 08 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI279546,21048-A+nova+decisao+judicial+e+o+dilema+dos+prisoneiros+o+art+20+caput+da>>. Acesso em 23 de julho de 2018.

ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ANASTASIA, Antônio. *Justificativa*. Projeto de Lei nº 349/2015. Senado Federal. Brasília: Imprensa Nacional, 2015.

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; e PAGOTTO, Leopoldo. (Coord.) *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012.

ARAÚJO, Mariana Tavares de; e CHEDE, Marcio Benvenga. *Repressão a Cartéis em Múltiplas Jurisdições*. In: MARTINEZ, Ana Paula. *Temas Atuais de Direito da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2012, pp. 223-242.

BATALHA, Wilson Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Volume I. São Paulo: Max Limonad, 1959.

BATOCHIO, Ligia Lamana; OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de; SALGUEIRO, Fernanda Elias Zaccarelli; e SILVA, Mariana Ferreira Cardoso da. *Sumário Executivo*. In: ALMEIDA, Fabricio Antônio Cardim de. Revisão Judicial das Decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). FIESP. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

BAXTER, Hugh. *Habermas: The Discourse Theory of Law and Democracy*. Stanford: Stanford University Press, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Acordo de leniência para apurar cartel merece reflexão*. Revista Consultor Jurídico, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-set-10/direito-defesa-acordo-leniencia-apurar-cartel-mercede-reflexao>>. Acesso em 24 de julho de 2018.

CA PARIS. *Décision 2013/05595*. Relator J. Benot Truet-Callu. Presidente J. Christian Remenieras. Sessão de 25 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2014/R2EB08571FF1995DF8A4A>>. Acesso em 24 de julho de 2018.

CADE. *Processo Administrativo nº 08000.022579/1997-05*. Parecer nº 160/2001, Procuradora Federal Áurea Regina Sócio de Queiroz Ramim e Voto do Relator. Rel. Cons. Celso Fernandes Campilongo. Datado de 22 de março de 2001, pp. 532-575 e 756-776.

CARRIL, Rodrigo Coutinho. *Controle Judicial sobre o CADE e a Análise Econômica do Direito*. Revista do IBRAC, Ano 19, Número 21. São Paulo: 2012.

CARVALHO, Cristiano. *A nova Lei de Introdução é Análise Econômica do Direito?* JOTA, 06 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/introducao-analise-economica-direito-06062018>>. Acesso em 16 de julho de 2018.

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

CHRISTIE, George C. *Vagueness and Legal Language*. Minnesota Law Review, Volume 48. Minneapolis: University of Minnesota Law School, 1964, pp. 885-911.

CHUEIRI, Vera Karam de; e SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. *Coerência, Integridade e Decisões Judiciais*. Revista de Estudos Jurídicos, Ano 16, Número 23. Franca: UNESP, 2012, pp. 367-391.

COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. The Journal of Law and Economics, Volume 03. Chicago: University of Chicago Press, 1960, pp. 01-44.

COWEN, Tyler. *Public Goods and Externalities: Old and New Perspectives*. In: COWEN, Tyler. (Ed.) *Public Goods and Market Failures: A Critical Examination*. 02ª Edição. New Brunswick: Transaction Publishers, 1999, pp. 01-28.

DAMASCENO PEIXOTO, Leonardo Scofano. *Lei que alterou a LINDB criou balizas para a segurança jurídica de atos e decisões*. Revista Consultor Jurídico, 03 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-03/leonardo-peixoto-lindb-criou-balizas-seguranca-juridica>>. Acesso em 16 de julho de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Daniela Gueiros; e LEAL, Fernando. *Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Volume 07, Número 03. Brasília: UNICEUB, 2017, pp. 819-843.

DOMINGUES, Adriene; e PENALVA, Janáina. *O PL 7448/2017 e o fim dos princípios*. JOTA, 17 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-pl-7448-2017-e-o-fim-dos-principios-17042018>>. Acesso em 11 de julho de 2018.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres: Bloomsbury, 1997.

ECJ. *Decisão C-295/04*. 03ª Câmara. Julgamento de 13 de julho de 2006. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56474&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=610266>>. Acesso em 24 de julho de 2018.

ECJ. *Decisão C-67/13*. 03ª Câmara. Julgamento de 11 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=157516&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=801859>>. Acesso em 25 de julho de 2018.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; e PORTO, Noemia Garcia. *PL 7.448/2017 pode se tornar mais um instrumento jurídico de impunidade*. Revista Consultor Jurídico, 25 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-25/opiniao-pl-7448-tornar-instrumento-impunidade>>. Acesso em 11 de julho de 2018.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 08ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FREITAS, Rafael Veras de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Nova LINDB e o Consequencialismo Jurídico como Mínimo Essencial*. Revista Consultor Jurídico, 18 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>>. Acesso em 23 de julho de 2018.

HAYEK, Friedrich A. *Law, Legislation and Liberty – Volume 01: Rules and Order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.

JFDF. *Processo nº 0007976-68.2006.4.01.3400*. 17ª Vara Federal, J. Fed. Sub. Cristiane Pederzoli. Julgado em 31 de janeiro de 2007. Publicado em 15 de fevereiro de 2007.

JFDF. *Processo nº 0049217-80.2010.4.01.3400*. 07ª Vara Federal, J. Fed. Aux. José Márcio da Silveira e Silva. Julgado em 06 de maio de 2014. Publicado em 06 de maio de 2014.

JØRGENSEN, Knud Erik. *Theoretical perspectives on the role of values, images and principles in foreign policy*. In: LUCARELLI, Sonia; e MANNERS, Ian. *Values and Principles in European Union Foreign Policy*. Nova York: Routledge, 2006.

KOJIKOVSKI, Gian. *Os 15 Anos de Vaivém entre Cade, Garoto e Nestlé*. Exame, 20 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/os-15-anos-de-vaivem-entre-cade-garoto-e-nestle/>>. Acesso em 12 de julho de 2018.

OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. *Projeto de Lei ameaça o controle da Administração Pública*. Revista Consultor Jurídico, 10 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/projeto-lei-ameaca-controle-administracao-publica>>. Acesso em 16 de julho de 2018.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania*. Projeto de Lei nº 6.303/2005. Câmara dos Deputados. Brasília: Imprensa Nacional, 2009.

OSTI, Cristoforo. *The Italian Way to Antitrust Judicial Review: A Few Oddities of the Pfizer Case*. Rivista Italiana di Antitrust, Number 03. Roma: AGCM, 2014.

OTERO PARGA, Millagros. *Valores Constitucionales: Introducción a la Filosofía del Derecho – Axiología Jurídica*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 1999.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; PINTO, Élide Graziane; e SARLET, Ingo Wolfgang. *PL 7.448 desequilibra equação entre custos e riscos da escolha pública*. Revista Consultor Jurídico, 24 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-24/contas-vista-pl-7448-desequilibra-equacao-entre-custos-riscos-escolha-publica>>. Acesso em 16 de julho de 2018.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

RHEE, Ki-Eun. *Collusion in the Presence of Externalities*. The Journal of Industrial Economics, Volume 55, Número 03. Oxford: Blackwell Publishing, 2007, pp. 475-497.

SALAMA, Bruno Meyerhof; e SUNDFELD, Carlos Ari. *Chegou a hora de mudar a velha lei de introdução*. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas – Desafios de uma Sociedade Democrática*. Brasília: Imprensa Nacional, 2015, pp. 13-16.

SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência*. Salvador: JusPodium, 2008.

SAVARIS, José Antonio. *Globalización, Crisis Económica, Consecuencialismo y la Aplicación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Revista Prolegómenos (Derechos y Valores), Volume XV, Número 30. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada Colombia, 2012, pp. 21-44.

SCHUARTZ, Luís Fernando. *Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem*. In: BARBIERI, Catarina Helena Cortada; e MACEDO JR., Ronaldo Porto (Org.). *Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 383-418.

SILVA, Maceno Lisboa da. *As Novas Alterações na LINDB e as Influências no Direito Tributário*. Revista Consultor Jurídico, 03 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-03/maceno-lisboa-novas-alteracoes-lindb-direito-tributario>>. Acesso em 23 de julho de 2018.

STF. *HC nº 152.752/PR*. Pleno, Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 04 de abril de 2018. Publicado em 26 de junho de 2018.

STF. *RE nº 134.509/AM*. Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio (Rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence). Julgado em 29 de maio de 2002. Publicado em 13 de setembro de 2002.

STJ. *HC nº 190.334/SP*. Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 10 de maio de 2011. Publicado em 09 de junho de 2011.

STJ. *REsp nº 261.155/SP*. Segunda Seção, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 10 de março de 2004. Publicado em 03 de maio de 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Uma Lei Geral Inovadora para o Direito Público*. JOTA, 01 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-01112017>>. Acesso em 11 de julho de 2018.

TEBET, Simone. *Parecer nº 22, de 2017*. Senado Federal. Brasília: Imprensa Nacional, 2017.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: Metódica da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TRF1. *Apelação por Reexame Necessário nº 0039691-94.2007.4.01.3400*. Rel. Des. Fed. Jirair Aram Meguerian. Sessão de 19 de novembro de 2012. Publicado em 14 de janeiro de 2013.

TRF1. *Apelação Cível nº 2004.34.00.013282-7*. Rel. J. Fed. Conv. Rodrigo Navarro de Oliveira. Sessão de 18 de setembro de 2012. Publicado em 08 de outubro de 2012.

TRF4. *Apelação Cível nº 0002844-85.2016.4.04.9999*. 05ª Turma, Rel. Des. Fed. Rogério Favreto. Sessão de 22 de novembro de 2016. Publicado em 27 de janeiro de 2017.

TRF4. *Apelação Cível nº 2002.72.02.003941-7*. 04ª Turma, Rel. Des. Fed. Maria Inge Barth Tessler. Sessão de 06 de maio de 2009. Publicado em 08 de junho de 2009.

TRIBE, Laurence H. *Structural Due Process*. Harvard Civil Rights & Civil Liberties Law Review, Volume 10, Número 02. Cambridge: Harvard Law School, 1975, pp. 270-321.

USSC. *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* Opinião Majoritária de J. Kennedy. Caso arguido em 26 de março de 2007. Decidido em 28 de junho de 2007. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/877/>>. Acesso em 24 de julho de 2018.

USSC. *Ohio v. American Express Co.* Opinião Majoritária de J. Thomas. Caso arguido em 26 de fevereiro de 2018. Decidido em 25 de junho de 2018.

Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454diff_6579.pdf>. Acesso em 24 de julho de 2018.

VAHEESAN, Sandeep. *The Evolving Populisms of Antitrust*. Nebraska Law Review, Volume 93, Número 02. Lincoln: University of Nebraska, 2014, pp. 370-428.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Peculiaridades da Fundamentação das Decisões Judiciais no Brasil – A Nova Regra Nem é Assim Tão Nova*. In: JOBIM, Marco Félix; e RIBEIRO, Darci Guimarães. *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

WOODCOCK, Ramsi. *Ohio v. Amex, Supply Chain Fairness, and the Inadequacy of Antitrust's Consumer Welfare Standard*. ProMarket, 02 de julho de 2018. Disponível em: <<https://promarket.org/ohio-v-amex-supply-chain-fairness-inadequacy-antitrusts-consumer-welfare-standard/>>. Acesso em 25 de julho de 2018.