

A ATRIBUIÇÃO DE VOTO DUPLO A MEMBRO DE ÓRGÃO JUDICANTE COLEGIADO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

*Luís Roberto Barroso**

SUMÁRIO: I. Devido processo legal e processos administrativos. Natureza das decisões do CADE – II. Devido processo legal e imparcialidade do julgador. Sentido mínimo e sistema de garantia da imparcialidade – III. Atribuição de dois votos a uma mesma pessoa no âmbito de órgão judicante que decide sobre restrições a direitos e liberdades: violação da imparcialidade e do núcleo do devido processo legal – IV. Invalidade do art. 8.º, II, da Lei 8.884/94 ou necessidade de interpretação conforme o dispositivo – V. Conclusões.

I. Devido processo legal e processos administrativos. Natureza das decisões do CADE

O tema envolve de forma direta o sentido da garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão que remonta à Magna Carta de 1215. Modernamente, sua consagração em texto positivo se deu por intermédio das Emendas 5.^a e 14.^a à Constituição norte-americana.¹ A cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos dois séculos.²

* Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela *Yale Law School*. Doutor e Livre-docente pela UERJ. Trabalho desenvolvido com a colaboração de Ana Paula de Barcellos, Professora adjunta da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutora e Mestre pela UERJ

¹ As dez primeiras emendas, conhecidas como *Bill of Rights*, foram aprovadas em 15/12/1791. A 5.^a emenda estabeleceu que “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”. O preceito vinculava apenas o Governo Federal. Somente a 14.^a emenda, aprovada em 21/07/1868, já após a guerra civil, estendeu a regra aos Estados-membros, ao dispor: “Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.

² O tema é versado em todos os tratados e livros de direito constitucional americano. Vejam-se, por todos, Corvin, *The Constitution and what it means today*, 1978; Tribe, *American constitutional law*, 1988; Nowak, Rotunda e Young, *Constitutional*

Em seu desenvolvimento histórico, a garantia do devido processo legal assumiu dupla face: a primeira, de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), por intermédio da qual se procede ao exame da razoabilidade e racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.

A Constituição de 1988, em caráter pioneiro na história do constitucionalismo no país, contemplou o *due process of law* no seu elenco de direitos e garantias individuais ao dispor que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5.º, LIV). De parte disso, antecipou o constituinte alguns dos desdobramentos da cláusula em sua vertente processual – que interessa mais diretamente a este estudo –, tais como a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5.º, XXXV³), a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX⁴), o contraditório e a ampla defesa (art. 5.º, LV⁵) e o juiz natural, além da vedação aos juízos ou tribunais de exceção (art. 5.º, LIII e XXXVII⁶).

A Constituição explicitou ainda que as garantias constitucionais que dão conteúdo ao devido processo legal têm aplicação não apenas nos processos judiciais, mas também nos administrativos, nos termos do art. 5.º,

law, 1986; Gunther, *Constitutional law*, 1985; Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet, *Constitutional law*, 1986; Brest e Levinson, *Processes of constitutional decision-making*, 1983. Entre os autores nacionais, vejam-se: San Tiago Dantas, Igualdade perante a lei e “due process of law” (contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo), *Revista Forense* 116:357, 1948; José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo e Constituição: o devido processo legal*, s.d.; Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, 1989; Ada Pellegrini Grinover, *As garantias constitucionais do direito de ação*, 1973. Mais recentemente, Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 1999, p. 209 e ss.

³ CF, art. 5.º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁴ CF, art. 93, IX: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

⁵ CF, art. 5.º, LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁶ CF, art. 5.º, LIII: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; XXXVII: “Não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

LIV e LV, da Constituição de 1988.⁷ Além da previsão constitucional,⁸ a pertinência da garantia aos processos administrativos foi igualmente positivada em várias normas infraconstitucionais, de que é exemplo a Lei 9.784/99, que regulou o processo administrativo federal.⁹ A opção expressa do constituinte, que já decorria do sistema, é fruto da evolução histórica da cláusula do devido processo legal, traduzindo, ademais, a consagração do Estado de Direito democrático no Brasil.

Com efeito, as garantias inerentes ao devido processo legal servem de limitação ao poder e de garantia dos indivíduos perante todas as manifestações do Estado – o que inclui, como é natural, a Administração Pública.¹⁰ Mais que isso, não há dúvida de que o Estado contemporâneo tem se caracterizado pela ampliação dos espaços decisórios da Administração Pública¹¹

⁷ CF, art. 5.º, LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁸ José Frederico Marques, *A garantia do “due process of law” no direito tributário*, 1968, p. 28: “Se ninguém pode sofrer gravame em sua fazenda, seu patrimônio ou bens (como corolário da garantia do direito de propriedade) sem o devido processo legal (...) seria incivil, injusto e em antagonismo com a Constituição que a atividade administrativa ficasse com inteira liberdade de atuar, quando, em sua função externa, entra em contato com os administrados, à espera de intervenção ‘a posteriori’ da magistratura, para cortar-lhe os excessos e as arbitrariedades”. No mesmo sentido, Nelson Hungria, *Ilícito administrativo e ilícito penal*, *Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica (1945-1995)*. V. ainda Luis Felipe Valerim Pinheiro, *O devido processo legal e o processo administrativo*, *Fórum Administrativo* 20:1.323-33, 2002.

⁹ Nesse sentido, é especialmente relevante o art. 2.º, parágrafo único, VIII, da Lei 9.784/99: “Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados”.

¹⁰ Sobre o ponto, v., dentre outros: Ada Pellegrini Grinover, *Princípios processuais e princípios de Direito Administrativo no quadro das garantias constitucionais*, *Revista Forense* 387:3, 2006, p. 4-5; e Odete Medauar, *A processualidade no direito administrativo*, 1993, p. 95 e ss.

¹¹ Trata-se de fenômeno que resulta da conjugação de fatores diversos, dentre os quais se pode apontar a dinâmica veloz das relações sociais, sobretudo na seara econômica, bem como o grau de conhecimentos técnicos necessários à regulamentação de questões de crescente complexidade. Sobre o tema, v. Patrícia Baptista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 101-2; Clèmerson Merlin Clève,

(como acontece, no Brasil, *e.g.*, com as agências reguladoras, o CADE, a CVM e o BACEN) e pelo emprego generoso de conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios no contexto da própria legislação que atribui tais competências à Administração.¹² A necessidade do devido processo legal nesse ambiente, como limitação ao poder estatal e garantia aos indivíduos, mostra-se cada vez mais evidente.

A rigor, não há controvérsia sobre a questão: ao particular assiste a prerrogativa de discutir, ainda no âmbito administrativo, as restrições que a Administração Pública pretenda impor a seus direitos.¹³ Como o STF já decidiu em diferentes oportunidades, a não-observância do devido processo legal pela Administração é hipótese de exercício arbitrário do poder, viola a Constituição e conduz à invalidade do ato praticado. Confira-se, exemplificativamente, o acórdão que se segue:

Medidas provisórias, 1999, p. 17-20; Alexandre Santos de Aragão, Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo, *Boletim de Direito Administrativo* 5:370, maio/2002, p. 376.

- ¹² Patrícia Baptista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 103: “É preciso destacar, ainda, que mesmo nas hipóteses em que existe regulação legal da atividade administrativa não é raro que se recorra aos chamados conceitos legais indeterminados, carentes de preenchimento pela Administração. Não se trata aqui de discricionariedade, porém, parece ‘irrecusável que, em termos práticos, passa ele [o agente administrativo] a gozar de uma área de decisão que torna semelhante os atos de aplicação destes conceitos aos de exercício do poder discricionário”.
- ¹³ Agustín A. Gordillo, La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo, *Revista de Derecho Público* 10:22, 1969, sistematiza a questão em termos gerais, afirmando que a pessoa deve ser ouvida antes de qualquer decisão que venha a afetar seus direitos ou interesses, *verbis*: “*Toda decisión que sea susceptible de afectar los derechos o intereses de una persona debe ser dictada habiendo oído previamente a la persona alcanzada por el acto. Es ésta una forma o procedimiento de llegar a la resolución, y por ello la regla no debe variar, cualquiera sea el tipo de decisión a adoptarse*”. V. também Fábio Medina Osório, O princípio constitucional de motivação dos atos administrativos e sua aplicabilidade aos casos de promoção/remoção por merecimento de agentes do Ministério Público e do Poder Judiciário, in Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *A Constituição concretizada (construindo pontes entre o público e o privado)*, 2001, p. 294: “(...) O princípio do devido processo legal está intimamente relacionado ao princípio de defesa das posições jurídicas. Não é por outra razão que os direitos à ampla defesa e contraditório têm sido normalmente trabalhados dentro da categoria do devido processo legal”.

Processo administrativo – Restrição de direitos – Observância necessária da garantia constitucional do ‘due process of law’ (CF, art. 5.º, LV). O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal – que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos – exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5.º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina.¹⁴

Antes de prosseguir, é importante fazer uma nota. É certo que o devido processo legal não tem um conteúdo unívoco predeterminado ou idêntico em qualquer caso, mesmo em âmbito judicial. A ampla defesa, e.g., apresenta possibilidades distintas conforme se trate de processo penal ou civil¹⁵ e, mesmo dentro de um único sistema processual, há procedimentos diferenciados – como, e.g., os procedimentos sumário e ordinário e o aplicável aos juizados especiais, o de execução, o cautelar e os procedimentos especiais, todos previstos no Código de Processo Civil, cada qual apresentando uma seqüência própria de fases e atos permitidos às partes.¹⁶ O mesmo se passa no âmbito dos processos administrativos.

O conteúdo específico da garantia constitucional é definido pela lei e pelos demais atos normativos, cada qual no âmbito de sua competência.

¹⁴ STF, *DJU* 20/09/2002, AgR 241201/SC, Rel. Min. Celso de Mello.

¹⁵ Paulo Roberto de Gouvêa Medina, *Direito processual constitucional*, 2003, p. 30.

¹⁶ Confirmam-se, exemplificativamente, os seguintes dispositivos do CPC: “Art. 270. Este Código regula o processo de conhecimento (Livro I), de execução (Livro II), cautelar (Livro III) e os procedimentos especiais (Livro IV). (...) Art. 272. O procedimento comum é ordinário ou sumário. Parágrafo único. O procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário”.

Nessa linha, o comando constitucional que assegura o devido processo legal destina-se, sob uma primeira perspectiva, ao legislador. Este tem o dever de dar-lhes conteúdo próprio no âmbito das diversas espécies processuais, podendo, naturalmente, conformar tais garantias de acordo com as finalidades e características de cada procedimento.

A atuação do legislador, porém, está sempre limitada pelo conteúdo da garantia veiculada na norma constitucional, sendo certo que se trata, na hipótese, de um direito fundamental. A lei não poderá, seja o procedimento judicial ou administrativo, afetar sentidos mínimos que decorrem de forma direta do devido processo legal. Vale dizer: a liberdade de conformação do legislador deve respeitar o núcleo essencial do direito fundamental em questão, sob pena de inconstitucionalidade.¹⁷ Não fosse assim – isto é, se a lei pudesse tudo nesse particular – a proteção constitucional restaria inteiramente esvaziada.

Pois bem. Não há dúvida de que as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE são resultado de um processo administrativo e impõem restrições a direitos e liberdades de indivíduos e empresas, de modo que, por natural, está a autarquia obrigada a respeitar as garantias inerentes ao devido processo legal. A conclusão é realmente singela. Nada obstante, há elementos adicionais, relativos à natureza do CADE e de suas decisões, que devem ser registrados.

Como se sabe, o CADE é a entidade responsável, em única instância, pela prevenção e repressão do abuso de poder econômico, de modo a preservar condições de livre concorrência no país. No exercício das competências

¹⁷ Nesse sentido, v. Daniel André Fernandes, *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa*, 2003, p. 29 e ss.; e Eduardo Cambi e Gustavo Salomão Cambi, *Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988*, p. 67: “Desse modo, o legislador não é livre na configuração da disciplina legal do processo administrativo, não obstante a sua discricionariedade seja conservada em relação às áreas não cobertas pelas garantias constitucionais. Por isso, o legislador deve, ao se preocupar com a instituição de formas de resolução de conflitos, com a realização das garantias constitucionais processuais. No entanto, não se pode esquecer que a Constituição não pretende esgotar o tratamento do processo administrativo, mas prever apenas as condições mínimas a que o legislador infraconstitucional está necessariamente vinculado. Assim, não basta dizer que o processo administrativo é apenas aquilo que a lei prevê, já que, se a lei não contém o que deveria conter, por imposição constitucional, deve ser declarada inconstitucional, por intermédio dos mecanismos de fiscalização da constitucionalidade das leis”.

que lhe foram atribuídas pela Lei 8.884/94, o CADE decide disputas entre agentes econômicos e pode impor penas e restrições da maior gravidade. Basta lembrar que as multas aplicáveis por infrações podem chegar, e.g., a 30% do faturamento bruto da empresa (art. 23, I¹⁸) e, no que diz respeito aos atos de concentração, o CADE pode determinar, na linha do que dispõe o art. 54, § 9.º, da Lei 8.884/94: “As providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros”.

Com efeito, e curiosamente, o art. 3.º da Lei 8.884/94 afirma que o CADE é “órgão judicante com jurisdição em todo território nacional”. O termo empregado pela lei não é preciso, como é fácil perceber. A autarquia não integra o Poder Judiciário e, portanto, não presta jurisdição; as decisões do CADE têm natureza administrativa e, conseqüentemente, podem ser revistas por juízes e tribunais.¹⁹ Nada obstante, a aproximação entre funções desempenhadas pela autarquia e a atividade jurisdicional é evidente, a ponto de parte da doutrina descrever a atividade do CADE como quase-jurisdicional.²⁰ E isso não apenas pelo fato de a lei definir o CADE como órgão

¹⁸ Lei 8.884/94, art. 23: “A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I – no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável”.

¹⁹ Sobre o controle judicial dos atos administrativos, em geral, v. M. Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1984; Luís Roberto Barroso, *Apontamentos sobre as agências reguladoras*, in Alexandre de Moraes, *Agências reguladoras*, 2002, p. 126-7. Especificamente sobre o controle do Judiciário sobre as decisões do CADE, v. José Inácio Gonzaga Franceschini, *A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE: alguns aspectos*. *Revista de Informação Legislativa* 22:328-9, 1985; Fábio Ulhoa Coelho, *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*, 1995, p. 12; Amanda Flávio de Oliveira, *O direito da concorrência e o Poder Judiciário*, 2002, p. 54-6.

²⁰ Nesse sentido, v. Fábio Ulhoa Coelho, *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*, 1995, p. 12: “A lei se refere, por outro lado, ao Conselho como ‘órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional’. Bem entendida, trata-se da chamada jurisdição administrativa e não da judicial, visto que o CADE não integra o Poder Judiciário, mas o Executivo, vinculado ao Ministério da Justiça. É, segundo parte da doutrina, uma entidade com o caráter de órgão administrativo de

judicante, mas sobretudo por lhe caber decidir, a rigor, lides que envolvem restrições da maior gravidade a direitos e liberdades. A Lei 8.884/94 impõe, inclusive, vedações aos Conselheiros²¹ na linha daquelas aplicáveis aos magistrados²² e procura regular o processo administrativo de forma bastante similar ao que se passa com os processos judiciais.

função quase-judicial, categoria de que seriam exemplos, além do próprio CADE, também o Tribunal Marítimo, os Conselhos de Contribuintes e outros (...). Aos chamados órgãos administrativos quase-judiciais correspondem, contudo, apenas maiores formalidades na preparação e edição dos respectivos atos. Tais formalidades são muito semelhantes às praticadas no Judiciário”; e João Bosco Leopoldino da Fonseca, *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*, 2001, p. 93-4: “A lei nova, ao qualificar o CADE, o diz órgão judicante, o que significa que lhe estão sendo atribuídas competências específicas. Resta indagar se a lei poderia outorgar esse poder. A Constituição Federal, no artigo 92, enumera os órgãos do Poder Judiciário, que, esses sim, pela tradição brasileira, têm função judicante. O fato de se conferir ao CADE função judicante é, sem dúvida, uma abertura para a criação de órgãos capazes de exercer a mesma função peculiar ao poder judiciário, mas com maior proficuidade em razão da especialização na matéria (...)” (negritos no original).

²¹ Lei 8.884/94, art. 6.º: “Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado: I – receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas; II – exercer profissão liberal; III – participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie; IV – emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa; V – manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério; VI – exercer atividade político-partidária”.

²² Parte da doutrina sustenta inclusive a aplicação aos Conselheiros de regras próprias ao processo civil, embora não expressamente previstas pela Lei 8.884/94. Nelson Nery Junior, Impedimento e suspeição de Conselheiro do CADE no processo administrativo concorrencial, *Revista de Processo* 100:221, 2000: “Estas regras do Código de Processo Civil sobre a suspeição e impedimento do juiz são mais abrangentes e podem completar o sistema da LPA [Lei de Processos Administrativos], que é mais restrito. As causas de parcialidade do juiz no processo civil (CPC, 134 a 136), não são incompatíveis com as previstas para o servidor ou julgador administrativo (LPA, 18 a 21). Há, apenas, redefinição de motivos causadores da parcialidade do julgador, quer dizer, v.g. motivos que no Código de Processo Civil são de suspeição e que na LPA são de impedimento (...) No caso sob exame incide o entendimento exteriorizado no Ato de Concentração 26/95 do CADE: existe a lacuna no sistema processual da concorrência, de sorte que o Código de Processo Civil se aplica

Essa natureza quase-jurisdicional das funções e decisões próprias ao CADE é reforçada por outra circunstância, que não deve ser subestimada. É certo que, em tese, o Poder Judiciário poderá rever as decisões proferidas pelo Conselho. Entretanto, essa revisão judicial dificilmente abrangerá todo o mérito da questão concorrencial decidida pela autarquia. Ou seja: a decisão do CADE sobre o ponto, no mais das vezes, será não apenas única e última na esfera administrativa, como também final. O ponto não é complexo.

A rigor, a aplicação da teoria geral na matéria, que admite a ampla revisão judicial dos atos administrativos, destacando, porém, a necessidade de preservar seu “mérito”,²³ impediria ou ao menos dificultaria a reapreciação, pelo Judiciário, das questões concorrenciais propriamente ditas. Ademais, parte da doutrina sustenta que o Judiciário deve realmente ser deferente para com o entendimento de mérito firmado pela Administração Pública em tais hipóteses.²⁴ Por fim, não se pode ignorar a complexidade técnica envolvida

subsidiariamente, fornecendo elementos para a determinação do impedimento e da suspeição de Conselheiro do CADE”.

²³ Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 2006, p. 706: “No nosso sistema de *jurisdição judicial única*, consagrado pelo preceito constitucional de que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo (art. 5.º, XXXV), a Justiça ordinária tem a faculdade de julgar todo ato de administração praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes de Estado. Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a *legalidade*, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame, ou seja, sobre o *mérito administrativo*”; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2002, p. 616: “Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (oportunidade e conveniência)” (negrito acrescentado).

²⁴ Nesse sentido, v. Luís Roberto Barroso, Apontamentos sobre as agências reguladoras, in Alexandre de Moraes, *Agências reguladoras*, 2002, p. 127: “É bem ver que, em matéria de agências, é decisivo que o Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas. Ou seja, o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma agência reguladora quando evidentemente ela não puder resistir ao teste de razoabilidade, moralidade e eficiência. Fora dessas hipóteses, o Judiciário deve ser conservador em relação às decisões das agências, especialmente em relação às escolhas informadas por critérios técnicos, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo”. Na jurisprudência, v. STJ, *DJU* 14/06/2006, REsp 572070/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha: “A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto

em decisões que precisam definir – antes da incidência das normas jurídicas relevantes – uma série de fenômenos econômicos como, e.g., mercado relevante, poder econômico em um dado mercado, efeito anticoncorrencial etc.

Salvo em hipóteses nas quais haja evidente descompasso lógico entre as realidades econômicas apuradas pelo CADE e a conclusão jurídica por ele implementada, é improvável que o Judiciário ingresse na revisão do mérito das decisões da autarquia. Até porque, para formar juízo diverso, o magistrado dependeria de perícias técnicas que, em última análise, substituiriam a avaliação técnica feita pelo CADE.²⁵ Isto é: a não ser diante de situações extremas, a avaliação do CADE sobre o mérito da questão concorrencial freqüentemente restará única e final.

A conclusão a que se chega neste ponto é bastante simples. Se é certo que a garantia do devido processo legal é aplicável a todos os processos administrativos, na hipótese de processos administrativos quase-jurisdicionais, que impõem restrições graves a direitos e liberdades – como se passa no âmbito do CADE –, essa exigência assume especial relevância e gravidade. Feito esse esclarecimento inicial, que serve para conduzir o intérprete no exame da matéria, cabe agora investigar o conteúdo básico do devido processo legal para aferir se o art. 8.º, II, da Lei 8.884/94 é com ele compatível.

II. Devido processo legal e imparcialidade do julgador. Sentido mínimo e sistema de garantia da imparcialidade

Para os fins visados no presente estudo, interessa tratar de um dos sub-princípios da cláusula do devido processo legal em sua versão processual:²⁶

da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo. (...) Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das ‘áreas locais’ estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir”.

²⁵ V. Sérgio Guerra, *Controle judicial dos atos regulatórios*, 2005, p. 357-8: “De igual modo, o fato incontroverso de que há conceitos jurídicos indeterminados nas leis de criação e outorga de funções às Agências Reguladoras poderá, ao nosso sentir, dar margem a mais de um resultado tecnicamente justo, impedindo que o mérito desses atos seja revisto positivamente pelo Poder Judiciário. Nesse contexto, transferir a função de interpretação desses conceitos fluidos para o Poder Judiciário representa transpor a discricionariedade regulatória técnica da Agência Reguladora para os peritos indicados pelos próprios magistrados, muitas das vezes sem uma comprovada capacidade técnica para apreciação dos temas em conflito”.

²⁶ Embora não tenha um sentido unívoco predefinido, o devido processo legal abriga um conjunto de conteúdos e significados, acolhidos progressivamente pela doutrina

a imparcialidade do julgador.²⁷ Com efeito, ao lado da ampla defesa, a imparcialidade daquele que vai decidir é elemento essencial para a garantia do devido processo legal.²⁸ Não é à toa que diversos tratados internacionais

e pela jurisprudência. Em termos sintéticos, pode-se resumir o devido processo legal em três subprincípios: o do juiz natural – técnica que procura assegurar a imparcialidade do julgador –, o do contraditório e o do procedimento regular, “entendendo-se como tal aquele em que há observância das normas e da sistemática previamente estabelecida como garantia das partes no processo” (cf. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *O processo civil na nova Constituição*, 1988, p. 10-1). Sobre o teor da cláusula, v., ainda, José Celso de Mello Filho, A tutela judicial da liberdade, *Revista dos Tribunais* 526:298-9, 1979; e Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*, v. 1, 1989, p. 175-6; Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, t. 1, 2002, p. 177: “O terceiro ponto é que *todos os direitos fundamentais* estão protegidos pela cláusula [do devido processo legal]. (...) Ter direito ao processo, na óptica contemporânea, é ter direito a um processo *justo e equo*, conduzido pelo juiz natural, com imparcialidade, mediante paridade em armas e ampla participação de todos os sujeitos (...)”. Na mesma linha, v. STF, *DJU* 18/02/2005, Ext 897/TC, Rel. Min. Celso de Mello: “O Supremo Tribunal Federal não deve autorizar a extradição, se se demonstrar que o ordenamento jurídico do Estado estrangeiro que a requer não se revela capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, os direitos básicos que resultam do postulado do ‘due process of law’ (...), notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante”.

²⁷ Não se confunda aqui imparcialidade com a exigência de neutralidade, a rigor impossível, ou com indiferença para com os fins considerados valiosos pela Constituição e pelo Direito em geral. Veja-se, sobre o ponto, Luís Roberto Barroso, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*, in *A nova interpretação constitucional*, 2003, p. 8.

²⁸ Nelson Nery Junior, Imparcialidade e juiz natural: Opinião doutrinária emitida pelo juiz e engajamento político do magistrado, *Revista da AJURIS* 100:307, 2005: “A imparcialidade é requisito absolutamente indispensável para a higidez do julgamento nos processos judicial e administrativo (...). A imparcialidade não é apenas um atributo *legal*, exigido pelo legislador infraconstitucional, pois, como dissemos acima, é elemento de integração da garantia *constitucional* do juiz e do julgador administrativo natural. Daí ser gravíssimo e ofensivo à Constituição Federal o fato de haver julgamento realizado por juiz parcial”. No mesmo sentido, v. STF, *DJU* 30/06/2006, RE 464963/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes: “O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trail*, no sentido de garantir a participação equânime,

de direitos humanos, ao lado das previsões sobre outras garantias inerentes ao devido processo legal, mencionam expressamente o direito do indivíduo a ter sua causa examinada por tribunais *imparciais*.²⁹ Realmente, pouco adiantaria assegurar ao interessado o direito de apresentar razões, produzir provas e contraditar os fatos narrados pela parte adversa se o destinatário de todo esse material – o julgador – já estivesse intimamente predisposto a decidir em um sentido determinado.³⁰

justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais. A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos. Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça. Contrárias à máxima do *fair trial* – como corolário do devido processo legal, e que encontra expressão positiva, por exemplo, no art. 14 e seguintes do Código de Processo Civil – são todas as condutas suspicazes praticadas por pessoas às quais a lei proíbe a participação no processo em razão de suspeição, impedimento ou incompatibilidade”.

²⁹ V. Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), art. 10: “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e *imparcial*, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele” (negrito acrescentado); Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966; Decreto Legislativo n. 226/91; Decreto n. 592/92), art. 14, 1: “(...) Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e *imparcial*, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil”; Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José (OEA, 1969; Decreto Legislativo n. 27/92; Decreto n. 678/92), art. 8.º, 1: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e *imparcial*, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

³⁰ José Carlos Barbosa Moreira, Reflexões sobre a imparcialidade do juiz, *Doutrina ADCOAS* 7:254, jul./1998: “Ninguém põe em dúvida que a imparcialidade é condição

A imparcialidade do julgador – na esfera administrativa ou jurisdicional – é também um corolário direto da igualdade perante a lei.³¹ Os particulares estão obrigados a recorrer ao Estado, ou a mecanismos por ele reconhecidos, para solucionar em caráter definitivo suas disputas e poder valer-se, se necessário, da coerção e da violência manipuladas pelo aparato estatal. Em contrapartida, recebem a garantia de que serão alvo de um tratamento imparcial quando seus casos estiverem sendo julgados pelos agentes estatais.³² Mesmo no caso de processos administrativos clássicos, que opõem administrados e a Administração, os agentes públicos responsáveis pelas decisões, ainda que ligados do ponto de vista laboral ao Estado, continuam obrigados a atuar imparcialmente.³³

sine qua non do legítimo exercício da função jurisdicional. Na doutrina, há até quem nela aponte ‘requisito essencial da jurisdicionalidade’”.

- ³¹ Mártin Perius Haeblerlin, O juiz e a outra história: Uma abordagem do princípio da imparcialidade a partir dos problemas da subsunção, *Revista da AJURIS* 104:173, 2006: “A imparcialidade é, sem dúvida, derivação da igualdade (...). A imparcialidade judiciária, assim, quando satisfeita, traduz-se normalmente como a própria satisfação da idéia de a lei, formal, valendo a todos de maneira indistinta”; José Carlos Barbosa Moreira, Reflexões sobre a imparcialidade do juiz, *Doutrina ADCOAS* 7:258-9, jul./1998: “Dizer que o juiz deve ser imparcial é dizer que ele deve conduzir o processo sem inclinar a balança, ao longo itinerário, para qualquer das partes, concedendo a uma delas, por exemplo, oportunidades mais amplas de expor e sustentar suas razões e de apresentar as provas que disponha. Tal dever está ínsito no de ‘assegurar às partes igualdade de tratamento’, para reproduzir os dizeres do art. 125, n. I, do Código de Processo Civil”.
- ³² Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 2002, p. 52: “A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Por isso, elas têm o direito de exigir um juiz imparcial: e o Estado, que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas”.
- ³³ Nesse sentido é a doutrina administrativista mais recente. V., exemplificativamente, Ana Teresa Ribeiro da Silveira, *A reformatio in pejus* e o processo administrativo, *Interesse Público* 30:69-71, 2005: “O fato de a Administração ser, em alguns casos, parte e juiz, não impede a aplicação do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Tais princípios impõem, ao processo administrativo, a busca do maior equilíbrio possível entre administrado e Administração, como partes de uma mesma relação jurídico-administrativa, de uma mesma controvérsia a ser solucionada. A Administração, como juiz, deve buscar a neutralidade, pois, como já dissemos, num Estado Democrático de Direito, a Administração não deve dar espaço a personalismos ou arbitrariedades. E o processo é o instrumento para restringir tais práticas”.

Pois bem. Nada obstante a relevância da imparcialidade do julgador para que a própria garantia do devido processo legal faça sentido, a verdade é que o Direito é incapaz de assegurá-la de fato. Esse é um aspecto interessante da questão e por vezes pouco observado. O instrumental jurídico não tem condições de ingressar na consciência e motivação humanas de modo a verificar ou produzir um juízo isento no íntimo da pessoa ou das pessoas que decidirão uma determinada controvérsia. Inviável essa espécie de controle, o direito se ocupou de criar um sistema de garantias basicamente formais, cujo objetivo é minimizar o risco de parcialidades.³⁴ Já que é impossível aferir a realidade ou não da isenção e imparcialidade dos julgadores, o que resta aferir é o respeito a essas garantias formais: respeitada cada uma delas, haverá, presume-se, um julgamento imparcial; violadas, porém, caracterizar-se-á a parcialidade e a violação ao devido processo legal.

Do conjunto de regras que compõem esse sistema de garantia da imparcialidade é conveniente destacar algumas, pela sua importância. Em primeiro lugar, sem dúvida, a garantia do juiz natural,³⁵ por força da qual se exige que a definição do julgador competente em cada caso decorra de normas gerais, abstratas e prévias à disputa a ser por ele decidida.³⁶ Por esse mecanismo,

³⁴ Reis Friede, *Vícios de capacidade subjetiva do julgador: Do impedimento e da suspeição do magistrado (no processo civil, penal e trabalhista)*, 2001, p. 45: “Ainda que reconhecida a *capacidade subjetiva* do julgador como o seu mais considerável atributo, a mesma – na condição de lastro último do mais importante princípio que instrui o processo (e o direito processual, de modo geral) – se constitui, inegavelmente, em um elemento subjetivo complexo, no mínimo, de difícil aferição. (...) Todavia – não obstante todo o sistema de acautelamento constitucionalmente assegurado em nosso ordenamento jurídico maior –, existe uma série de fatores – atinentes a cada juiz como pessoa física, política e ideologicamente consciente – que não pode ser prevista (e disciplinada) de forma objetiva e completa pela lei no seu sentido mais amplo. A legislação processual em vigor – mesmo sem a possibilidade efetiva de antecipar de modo absoluto todas as hipóteses onde fosse possível ocorrer o vício de imparcialidade do julgador – procura atentar, de todas as formas, a este desiderato, elencando, por seu turno, de maneira clara, alguns dos elementos básicos de frustração da necessária isenção do magistrado”.

³⁵ CF, art. 5.º, LIII: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; XXXVII: “Não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

³⁶ Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 2002, p. 66-7: “A garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que 1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na

como se sabe, se busca impedir eventuais direcionamentos ou manipulações das partes, ou de terceiros, no que diz respeito a quem será o órgão julgador.³⁷ É preciso reconhecer que o respeito às regras que definem quem será o juiz natural em cada caso não asseguram, necessariamente, a isenção do julgador. Por isso mesmo o sistema jurídico prevê um mecanismo adicional: as exceções de impedimento e suspeição, que visam a eliminar possíveis parcialidades que as partes foram capazes de perceber e demonstrar.³⁸

Em segundo lugar, a possibilidade de revisão da decisão por um órgão diverso daquele que a proferiu, amplamente admitida pela Constituição e pelas leis é também uma forma de minimizar o risco de parcialidades, garantindo uma segunda apreciação do caso.³⁹ Não se ignora a controvérsia

forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial”. V. também Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil interpretada*, 2002, p. 304, para quem decorre da garantia do juiz natural “a necessidade de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a imparcialidade do órgão julgador”.

³⁷ V. STJ, *DJU* 26/08/2002, HC 20927/SE, Rel. Min. Gilson Dipp: “O Princípio do Juiz Natural objetiva banir os chamados tribunais de exceção, pretendendo impedir que o Estado direcione o julgamento, afetando a imparcialidade da decisão”; STJ, *DJU* 10/09/2001, HC 12403/SE, Rel. Min. Felix Fischer: “I – Segundo o Princípio do Juiz Natural, não pode um tribunal ou um juízo ser criado ou designado para o julgamento de um caso concreto (art. 5.º, incisos XXXVII e LIII da *Lex Fundamental*). II – A inobservância do critério normativo de distribuição aleatória ofende o princípio do juiz natural, tornando nulo todos os atos praticados após a designação do juízo”. V. também STF, *DJU* 17/05/1996, AI-AgR 177313/MG, Rel. Min. Celso de Mello: “O postulado do juiz natural, por encerrar uma expressiva garantia de ordem constitucional, limita, de modo subordinante, os poderes do Estado – que fica, assim, impossibilitado de instituir juízos *ad hoc* ou de criar tribunais de exceção –, ao mesmo tempo em que assegura, ao acusado, o direito ao processo perante autoridade competente abstratamente designada na forma da lei anterior, vedados, em consequência, os juízos *ex post facto*”.

³⁸ CPC, art. 304: “É lícito a qualquer das partes argüir, por meio de exceção, a incompetência (art. 112), o impedimento (art. 134) ou a suspeição (art. 135)”.

³⁹ Não só de parcialidades, mas também de erros. V. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 2006, p. 237: “É dado da experiência comum que uma segunda reflexão acerca de qualquer problema freqüentemente conduz a mais exata conclusão, já pela luz que projeta sobre ângulos até então ignorados, já pela oportunidade que abre para a reavaliação de argumentos a que no primeiro momento talvez não se tenha atribuído o justo peso”.

sobre a existência⁴⁰ ou não⁴¹ de um “direito constitucional ao duplo grau de jurisdição”, em qualquer caso ou procedimento. Seja como for, além de um meio inerente à defesa, não há como negar sua contribuição para assegurar a imparcialidade do julgamento.

Em terceiro lugar, o sistema também não admite que uma mesma pessoa participe mais de uma vez, ainda que em funções públicas distintas, do processo decisório de um mesmo caso. Assim, como é corrente, o juiz não pode participar, já como desembargador, da revisão de seu próprio julgado.⁴²

⁴⁰ Em favor da existência de um direito constitucional ao duplo grau de jurisdição v., exemplificativamente, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, *Processo administrativo*, 2007, p. 221-2: “Não temos dúvida em afirmar que deflui cristalinamente dos incisos LIV e LV do art. 5.º da Constituição da República que o duplo grau constitui princípio constitucional e garantia fundamental tanto para o processo jurisdicional quanto para o administrativo. Note-se bem: não estamos a falar em ‘duplo grau obrigatório’, expressão que traduz uma condição de validade, eficácia e eficiência da sentença jurisdicional proferida contra a Fazenda Pública (...). Mas o duplo grau entendido como a dualidade de instâncias, com a garantia, conferida ao interessado, de promover o reexame recursal, está posto, com letras candentes, nos pré-falados incisos LIV e LV do art. 5.º da Lei Maior”.

⁴¹ Sustentando a inexistência do direito ao duplo grau de jurisdição, confira-se Paulo Roberto de Gouvêa Medina, *Direito processual constitucional*, 2003, p. 31: “Segundo o texto constitucional, a ‘ampla defesa’ deve ser observada, ‘com os meios e recursos a ela inerentes’ (art. 5.º, LV). O termo *recurso* está, aí, empregado na sua acepção comum, a significar os instrumentos ou faculdades com que deve contar o litigante para a defesa. Não implica, assim, a indispensabilidade do duplo grau de jurisdição, embora não falte quem vislumbre essa garantia no preceito constitucional referido. A possibilidade de recorrer de uma decisão desfavorável deve existir para que o processo se estruture consoante o ideal do *due process of law*. Não é essencial, contudo, mesmo sob essa ótica, que o recurso cabível seja para um órgão hierarquicamente superior, bastando que a impugnação feita tenha o caráter de um pedido de reexame da decisão proferida, ainda que endereçada ao próprio julgador ou, como sucede no Juizado Especial, para uma turma de três juízes do mesmo nível do magistrado que o preside”.

⁴² CPC, art. 134: “É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: (...) III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão”. Trata-se de aplicação do princípio do juiz natural. Nesse sentido, v. STF, *DJU* 25/08/2006, HC 85056/MG, Rel. Min. Carlos Britto: “Muito embora o inciso III do art. 252 do Código de Processo Penal não se aplique às Turmas Recursais integrantes dos Juizados Especiais (ante a inexistência de dualidade de instâncias), é de se ter como inconstitucional, por ofensiva ao inciso LIII do art. 5.º da Constituição Federal, norma regimental que habilita o magistrado

Também o membro do Ministério Público não pode participar como juiz de caso no qual já tenha proferido parecer ou opinião.⁴³ A lógica aqui é bastante semelhante. Uma vez que é impossível controlar as convicções íntimas das pessoas, o melhor que se pode fazer é minimizar o risco de parcialidade. Admitir que uma mesma pessoa influencie duplamente a decisão de um caso multiplica esse risco, em vez de reduzi-lo, ainda mais considerando a probabilidade de, já havendo se manifestado sobre o tema, tais indivíduos terem especial dificuldade de formular um juízo imparcial.⁴⁴

Em quarto lugar, também a previsão de órgãos julgadores colegiados desempenha papel semelhante na garantia da imparcialidade. Por meio dos colegiados reduz-se o impacto de eventuais idiosincrasias pessoais e fomenta-se o controle recíproco, sobretudo argumentativo, entre seus membros.⁴⁵ Adicionalmente, a ordem jurídica constitucional ou infraconstitucio-

prolator do ato impugnado a participar, já no âmbito das Turmas Recursais, da revisão do mesmo *decisum* que proferiu. Revela-se obstativa da automática aplicação da garantia fundamental do juiz natural a autorização de que, entre os três integrantes de Turma Recursal, figure o próprio autor do provimento questionado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 3.º do art. 6.º do Regimento Interno das Turmas Recursais do Estado de Minas Gerais (redação dada pela Instrução n. 1, de 14 de agosto de 2002). Ordem concedida para que novo julgamento seja proferido, desta feita sem a participação da autoridade tida como coatora”.

⁴³ CPC, art. 134: “É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: (...) II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha”. V. tb. STJ, *DJU* 11/04/2005, REsp 529771/PR, Rel.^a Min.^a Denise Arruda. Na hipótese, entendeu-se que a simples presença do membro do Ministério Público em sessão de julgamento é suficiente para torná-lo impedido de apreciar a causa, posteriormente, como desembargador.

⁴⁴ Nesse sentido, veja-se a advertência do Min. Luiz Fux, manifestada quando de seu voto em STJ, *DJU* 11/04/2005, REsp 529771/PR, Rel. Min. Denise Arruda: “O art. 134, inciso II, é hermético ao interditar ao juiz e ao Ministério Público a possibilidade de atuar nos processos em que já atuaram anteriormente pela simples razão de que o Ministério Público, como juiz, evidentemente, tentará fazer prevalecer a opinião que externara na qualidade em caso de *custos legis*”.

⁴⁵ V. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 2006, p. 237: “Acrescente-se a isso a circunstância de que, em regra, o julgamento do recurso compete a juízes mais experientes, em regime colegiado, diminuindo a possibilidade de passarem despercebidos aspectos relevantes para a correta apreciação da espécie”. Esses aspectos, é claro, não se restringem às questões de fundo, mas envolvem também as de procedimento, entre as quais se incluem as relativas à

nal exige ainda, em determinadas hipóteses, a manifestação do colegiado por uma maioria qualificada, subordinando a decisão à formação de um consenso mais abrangente dentre os membros.⁴⁶ E em quinto lugar, por fim, também a publicidade dos julgamentos e a necessidade de fundamentação das decisões contribuem para reduzir eventuais parcialidades.⁴⁷ Embora tais garantias visem sobretudo a permitir o controle das decisões tomadas pelo Poder Público, é fato que elas reprimem as manifestações mais grosseiras de parcialidade que, no mínimo, terão de ser dissimuladas pelo julgador.⁴⁸

imparcialidade dos julgadores. Na mesma linha, v. Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 2007, p. 81; e Arruda Alvim, Anotações sobre a teoria geral dos recursos, in Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, 1999, p. 93: “Ademais, no Tribunal, os recursos são julgados por órgãos colegiados, circunstância significativa, *per se*, de que a convergência de opiniões, num mesmo sentido (...) admite se concluir que o grau de perfeição do que tenha sido decidido aumenta sobremaneira”.

⁴⁶ Trata-se da mesma lógica que permeia o instituto das leis complementares. Sobre o tema, v. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, 1984, p. 260: “A lei complementar só pode ser aprovada por maioria qualificada, a maioria absoluta, para que não seja, nunca, o fruto de u’a minoria ocasionalmente em condições de fazer prevalecer sua voz. Essa maioria é assim um sinal certo da maior ponderação que o constituinte quis ver associada ao seu estabelecimento”; Michel Temer, *Elementos de direito constitucional*, 1990, p. 150: “Já entretanto, o art. 69 exige a ‘maioria absoluta’. (...) Isto significa que a aprovação de lei complementar demanda manifestação de vontade mais qualificada do que a manifestação de vontade que se exige para aprovação de uma lei ordinária (...). E por que o constituinte estabeleceu esta distinção? É porque, na verdade, valorizou estas matérias. Deu-lhes maior relevo. Sendo essas matérias relevantíssimas (...) estabeleceu uma fórmula que exige uma aprovação especial, manifestação mais significativa”.

⁴⁷ CF, art. 5.º, LX: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”; art. 93, IX: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

⁴⁸ STF, *DJU* 15/03/1991, HC 68202/DF, Rel. Min. Celso de Mello: “É inquestionável que a exigência de fundamentação das decisões judiciais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional (art. 93, IX), reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz, pois, ao torná-la elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciados, quis o ordenamento

Retome-se uma questão importante, antes de concluir. O juiz “x”, para o qual foi distribuída demanda em violação ao juiz natural, poderia, eventualmente, processá-la e julgá-la com inteira imparcialidade. Igualmente, o membro do Ministério Público “y”, que oficiou em um caso, poderia ser capaz de abstrair de sua opinião anterior para apreciar isentadamente os elementos dos autos, agora como magistrado. Essas considerações, porém, não são relevantes para o sistema de garantias da imparcialidade. Na medida em que é impossível investigar a isenção de ânimo do juiz “x” ou do ex-membro do Ministério Público “y”, a garantia de imparcialidade dos julgadores dependerá basicamente do respeito às regras referidas acima, que haverão de ser observadas, independentemente de considerações subjetivas.⁴⁹

Em suma: sendo impossível controlar juridicamente a efetiva imparcialidade dos julgadores, o Direito – e o Direito Constitucional em particular – ocupa-se com especial cuidado de exigir o respeito a um sistema de garantias formais, na medida em que esse é, a rigor, o único meio disponível de minimizar o risco de parcialidade nos julgamentos. Isto é: o conteúdo jurídico essencial do direito à imparcialidade dos julgamentos é composto pelo respeito ao conjunto das regras referidas acima, sem as quais, afinal, não haverá praticamente nada que o Direito possa fazer para garantir aos indivíduos um tratamento imparcial nos julgamentos levados a cabo pelos órgãos estatais.

III. Atribuição de dois votos a uma mesma pessoa no âmbito de órgão julgante que decide sobre restrições a direitos e liberdades: violação da imparcialidade e do núcleo do devido processo legal

No tópico anterior procurou-se descrever o conteúdo jurídico do direito à imparcialidade, desdobramento necessário da garantia do devido processo legal. Um dos elementos identificados ali foi a impossibilidade de uma mesma pessoa influenciar mais de uma vez a solução de uma de-

jurídico erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos magistrados e Tribunais”.

⁴⁹ TRF – 4.^a Região, DJU 05/02/1997, IMP 96.04.51481-4, Rel.^a Des.^a Fed. Tânia Terezinha Cardoso Escobar: “1. As causas de impedimento arroladas nos incisos do ART-134 do CPC-73, em *numerus clausus*, decorrem de circunstâncias objetivas, não comprometendo a necessária imparcialidade no exercício da jurisdição a convicção pessoal do juiz sobre o objeto da causa”.

terminada disputa, ainda que desempenhando funções públicas distintas. Registrou-se também que a existência de órgãos judicantes colegiados contribui para minimizar o risco de parcialidades, na medida em que eventuais desvios pessoais são diluídos. É certo que a colegialidade não é uma garantia constitucional geral, e a própria Constituição prevê órgãos jurisdicionais monocráticos. Interessantemente, porém, de suas decisões sempre caberá algum tipo de recurso para órgãos revisores colegiados; as decisões que não desafiam recursos, como as do STF no âmbito de suas competências originárias, já são proferidas por órgãos colegiados, sujeitando-se ao controle interno próprio dessas estruturas.

Pois bem. Resta saber se a atribuição de dois votos a uma mesma pessoa, no âmbito de um órgão julgador administrativo, como é o CADE, viola ou não a imparcialidade e, portanto, o devido processo legal. A resposta é intuitivamente positiva por duas razões principais, ambas já discutidas, mas que cabe agora sistematizar.

No momento em que se admite que uma mesma pessoa vote duas vezes em um julgamento, estar-se-á admitindo, por óbvio, que um mesmo indivíduo influencie duplamente a decisão do caso. A repercussão negativa sobre a garantia de imparcialidade é clara. E se o julgador em questão, por qualquer motivo, não for imparcial na apreciação do feito? É impossível conhecer e controlar a motivação íntima das pessoas, como já referido; o certo é que a participação dupla terá multiplicado o risco de parcialidades, em vez de minimizá-lo. Já se examinou a questão acima e não há necessidade de retornar a ela. Há mais que isso, no entanto.

No exemplo referido – de participação de Desembargador em processo no qual oficiou anteriormente como membro do Ministério Público, caso a hipótese fosse possível –, o que se imagina como provável é que o indivíduo manteria a opinião anterior. É compreensível, do ponto de vista humano, que um indivíduo tenda a reproduzir o mesmo entendimento já esposado e tenha dificuldade, nesse contexto, de ser imparcial.⁵⁰ Isso não significa que

⁵⁰ V. também STJ, *DJU* 13/10/2003, RMS 14068/MT, Rel. Min. Jorge Scartezini (trecho do voto do Relator): “Assim, entendo que o voto de apenas um membro do Conselho Superior do Ministério Público, que, de alguma forma, esteja vinculado à causa ou tenha nela algum interesse particular, macula todo o julgamento, ensejando sua nulidade e a prolação de outro, em respeito ao princípio da imparcialidade do julgador, basilar ao exercício da cidadania e da justiça. Nulo o julgamento, nulo são os atos posteriores praticados em razão do mesmo”. No caso, o Procurador-Geral de

um Desembargador, na situação descrita, não poderia vir a modificar a conclusão manifestada no passado, após novo exame dos elementos dos autos e transcorrido algum tempo da análise anterior. Embora essa possibilidade teórica exista, ainda assim não se admite essa dupla influência de um mesmo indivíduo no processo decisório.⁵¹

É interessante observar ainda que o segundo voto do julgador, proferido no mesmo julgamento, no mesmo momento, será, obviamente, igual ao primeiro. Na realidade, o segundo voto será apenas a repetição do primeiro e não o resultado de uma apreciação nova dos elementos dos autos, levada a cabo por alguém descomprometido com qualquer conclusão. O prejuízo à imparcialidade e à isenção é evidente. E sendo a imparcialidade inerente à garantia do devido processo legal, também esta resta violada. Sobre o ponto, vale transcrever trecho de decisão do Supremo Tribunal Federal, ao examinar exatamente procedimento administrativo (no caso, levado a cabo pelo TCU, que resultou no cancelamento de pensão especial de funcionário público):

“(...) 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informa-

Justiça votou quando da análise da proposta de não-vitaliciamento de certo promotor. Como o Procurador-Geral havia examinado, anteriormente, representação criminal contra o mesmo promotor, tendo inclusive oferecido denúncia em face deste, o STJ teve-o por impedido e anulou o acórdão do Conselho Superior do Ministério Público.

⁵¹ Em caso interessante, o STF declarou a nulidade de acórdão em que houve a duplicidade de votos de um mesmo julgador, embora proferidos por pessoas diferentes – ambos substitutos do juiz. V. STF, *DJU* 20/09/1968, HC 45728/GB, Rel. Min. Adalício Nogueira: “Com efeito, verifica-se que o mesmo Desembargador ausente votou duas vezes, através dos seus dois substitutos. O primeiro destes após o seu *visto* ao processo, ficando vinculado ao feito, como relator. O segundo, que na ocasião do julgamento, substituíra o mesmo Desembargador, emitiu igualmente, o seu voto, o que não lhe dado fazer, sob pena de ocorrer, como ocorreu, duplicidade de manifestações emanadas do mesmo Juiz, com prejuízo possível para o réu”. Ora, se não se admite que alguém participe duas vezes de um mesmo julgamento por meio de substitutos (diferentes), é evidente que, com ainda maior razão, não se haverá de aceitar que o julgador profira, *pessoalmente*, dois votos no mesmo julgamento.

ção, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. (...) 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. (...) 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5.º LV).

(...)

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5.º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: (...) 3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (...).⁵²

Uma última observação. A atribuição de dois votos a um mesmo indivíduo no contexto de um órgão colegiado esvazia ainda a garantia associada à colegialidade.⁵³ É certo que a lei não estava obrigada a criar um órgão colegiado no caso, mas, uma vez previsto, a deliberação coletiva passa a integrar o devido processo legal pertinente na hipótese.⁵⁴ No caso, a Lei 8.884/94

⁵² STF, *DJU* 17/09/2004, MS 24268/MG, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes.

⁵³ Sobre o tema, v. STF, *DJU* 20/08/1993, Rcl 430/PI, Rel. Min. Celso de Mello: “Não se pode ignorar que os acórdãos proferidos pelos Tribunais consubstanciam decisões que emanam dos próprios órgãos colegiados existentes em segunda instância. Esses acórdãos refletem, no conteúdo decisório que veiculam, um julgamento necessariamente fundado no princípio da colegialidade. É imperioso observar que há, para esse efeito, um *iter* procedimental destinado a viabilizar ‘a formação da vontade coletiva na sentença colegial’”.

⁵⁴ STF, *DJU* 03/06/2005, RE 413327/BA, Rel. Min. Joaquim Barbosa: “Sistema de votação que previa a distribuição de duas cédulas a cada vereador, uma contendo a palavra ‘SIM’ e outra a palavra ‘NÃO’. Ausência, nos autos, de controvérsia acerca

prevê que o CADE é um órgão judicante colegiado que, a rigor, apenas pode decidir por maioria absoluta. O objetivo da colegialidade, como se viu, é diluir o peso da participação individual, na medida em que a decisão dependerá da formação de um consenso relativamente amplo entre os membros do colégio. A realização desse objetivo pressupõe que o exame do caso seja feito por pessoas diversas. Se uma mesma pessoa vota duas vezes, as metas associadas ao objetivo geral de minimizar as parcialidades individuais são esvaziadas.

O que se expôs até aqui pode ser resumido nos seguintes termos. Atribuir dois votos a um mesmo indivíduo no âmbito de um órgão judicante colegiado viola a garantia constitucional da imparcialidade, corolário do devido processo legal, porque: (i) confere influência dupla a uma pessoa na decisão, maximizando o risco de parcialidades, em vez de minimizá-lo; e (ii) o segundo voto será necessariamente igual ao primeiro e não resultado de uma nova apreciação, livre e autônoma, dos elementos apresentados pelos interessados nos autos.

IV. Invalidade do art. 8.º, II, da Lei 8.884/94 ou necessidade de interpretação conforme o dispositivo

Discute-se a constitucionalidade do art. 8.º, II, da Lei 8.884/94 (“Art. 8.º Compete ao Presidente do CADE: (...) II – presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário”), que, na interpretação que lhe deu o Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, confere ao Presidente do CADE voto duplo, inclusive para o fim de formar a maioria absoluta exigida pelo art. 49 da mesma lei.

De fato, a norma referida é inválida por dois fundamentos distintos. O primeiro já foi exposto no tópico anterior. É incompatível com as garantias essenciais da imparcialidade a atribuição a um mesmo indivíduo – Presidente ou não do órgão julgador – de dois votos em julgamento no qual se decidirá

da inexistência de recipiente para recolhimento dos votos remanescentes. Adotado formalmente pela Câmara de Vereadores o sigilo como regra do processo de cassação do mandato de vereador, é indispensável a previsão de mecanismo apto a assegurar, com plena eficácia, que os votos sejam proferidos de forma sigilosa, sob pena de violação do princípio do devido processo legal. Recurso provido” (negrito acrescentado). V. também STF, *DJU*

sobre restrições a liberdades e direitos. As pessoas, titulares das liberdades e dos direitos cuja restrição o órgão julgador está a decidir, têm o direito de ver respeitado o devido processo legal de que cuida a Constituição.⁵⁵

Note-se um aspecto importante do tema. Existem órgãos administrativos colegiados aos quais cabe deliberar sobre, e.g., a definição de políticas públicas, a elaboração de atos normativos gerais, dentre outros assuntos. Mesmo Tribunais têm competências administrativas, em cujo âmbito se tomam decisões que não produzem restrições a direitos ou liberdades de um indivíduo em particular. Nesses ambientes, poderá ser legítima a opção legislativa de atribuir a um dos membros do colegiado voto duplo, por qualquer razão. Não, porém, no caso de julgamentos que versem sobre pretensões individuais e que podem resultar em impacto relevante na esfera jurídica de pessoas. As razões pelas quais essa possibilidade viola o devido processo legal, na medida em que esvazia a garantia de imparcialidade, já foram expostas antes e não há necessidade de reproduzi-las.

Há, porém, um segundo fundamento que conduz igualmente à conclusão de que o art. 8.º, II, da Lei 8.884/94 é inválido. Na interpretação que lhe atribuíram o CADE, o TRF da 1.ª Região e o STJ, o dispositivo gera uma irracionalidade interna do próprio sistema legal, na medida em que, ao mesmo tempo em que o diploma exige maioria absoluta para qualquer deliberação do CADE, admite também o voto duplo, inclusive para a formação da maioria absoluta. Explica-se melhor.

A ação estatal, qualquer que seja ela, não pode ser irracional, ilógica, sem sentido ou contraditória, sobretudo quando essa irracionalidade prejudica de forma direta os particulares.⁵⁶ Exige-se um mínimo de coerência

⁵⁵ STF, *DJU* 16/06/2006, AC-AgR-QO 1033/DF, Rel. Min. Celso de Mello: “A imposição estatal de restrições de ordem jurídica, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo (como sucede com a inclusão de supostos devedores em cadastros públicos de inadimplentes), supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do ‘due process of law’, assegurada, pela Constituição da República (art. 5.º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária. Doutrina. Precedentes”.

⁵⁶ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 226: “A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas; será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Desse modo, são fatores

nas ações do Poder Público em geral,⁵⁷ exigência essa vinculada à própria idéia de ordenação estatal e ordenamento jurídico.⁵⁸ Dessa premissa, óbvia afinal em um Estado de Direito,⁵⁹ decorrem, como se sabe, os princípios da

invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disso, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos. Essa razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade *interna*, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins”.

⁵⁷ A matéria já mereceu menção expressa em decisão do Supremo Tribunal Federal. V. STF, *DJU* 09/06/1995, RE 160486/SP, Rel. Min. Celso de Mello: “Os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência”. Sobre o tema, v. Robert Alexy e Aleksander Peczenik, *The concept of coherence and its significance for discursive rationality*, *Ratio Juris* 3:130-47, 1990. No Brasil, v. Humberto Ávila, *Sistema constitucional tributário*, 2004, p. 27 e ss., e Marina Gaensly, *O princípio da coerência. Reflexões de teoria geral do direito contemporânea*, 2005 (Dissertação de mestrado apresentada à UERJ, mimeo.).

⁵⁸ A idéia de ordenação racionalmente apreensível está na raiz da própria idéia de sistema jurídico. Nesse sentido, v. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, 2002, p. 18-9: “A ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria idéia de Direito. Assim, a exigência de ‘ordem’ resulta directamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida de sua diferença; tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar ‘conseqüentemente’ os valores encontrados, ‘pensando-os, até ao fim’, em todas as conseqüências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais – ou, por outras palavras: estão adstritos a proceder com *adequação*. Mas a adequação racional é, como foi dito, a característica da ordem no sentido do conceito de sistema, e por isso a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na Ciência do Direito (...)”.

⁵⁹ Humberto Ávila também aponta a racionalidade da ordem jurídica como uma exigência do Estado de Direito. Nesse sentido, v. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico, *Diálogo Jurídico* 5, 2001. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 05/10/2007: “Além disso, a própria racionalidade imanente ao Estado

razoabilidade e da proporcionalidade, cuja violação conduz o ato estatal à invalidade.

A Lei 8.884/94 afirma que o CADE é composto de 7 (sete) membros, sendo 6 (seis) Conselheiros e um Presidente, e que suas deliberações deverão ser tomadas por maioria absoluta, isto é, por 4 (quatro) de seus membros. Por “maioria absoluta” entende-se – a própria Constituição emprega a expressão – a manifestação, em um mesmo sentido, da maioria dos membros que integram determinado colegiado.⁶⁰ Ora bem. Admitir que o voto duplo do Presidente do CADE, somados aos votos de 2 (dois) Conselheiros, possa produzir a maioria absoluta de que cuida a lei gera a irracionalidade do sistema, na medida em que apenas 3 (três) membros do colegiado terão se manifestado em um determinado sentido (o Presidente e mais dois membros), e não 4 (quatro). Nada obstante, tal resultado seria computado como a deliberação majoritária dos membros do CADE.

A atribuição de peso duplo ao voto de um indivíduo – afora a incompatibilidade com o devido processo legal, sobre o que se discutiu anteriormente – não tem o condão de transformá-lo em dois membros diversos do colegiado. Continuará havendo apenas a manifestação de 3 (três) pessoas de um total de 7 (sete), o que não configura, por evidente, maioria absoluta. Como compatibilizar as duas previsões? Em tais hipóteses a maioria absoluta deixaria de ser compreendida como maioria absoluta? Na realidade, a lei, na interpretação definida pelo TRF da 1.^a Região e pelo STJ, consagra previsões que tornam o sistema, por ela mesma organizado, contraditório e irrazoável, sendo também por isso inválida a previsão do voto duplo consagrada pelo art. 8.^o, II, da lei.

Uma última nota. Parece viável que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo não produza a alteração de seu texto, eliminando-se

de Direito conduz à idéia de previsibilidade do Direito. Previsibilidade essa que só é concebível se as normas puderem ser compreendidas: não é sequer praticável, para que cada norma venha a ser compreendida e seguida, fazer uma pesquisa histórica para ver se o legislador não pretendeu, talvez, dizer algo diferente do que acabou dizendo”.

⁶⁰ Nesse sentido, v. José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2005, p. 394: “Quando a norma fala em ‘aprovação por maioria absoluta’, ou ‘maioria de dois terços’, ou ‘maioria de três quintos’, entende-se que se trata de maioria absoluta ou qualificada da totalidade dos membros da Casa ou da Comissão. (...) *Maioria absoluta dos presentes* só se terá quando expressamente assim a norma se manifestar, o que não ocorre nenhuma vez na Constituição” (destacado no original).

apenas a interpretação que admite a atribuição de voto duplo ao Presidente do CADE. Como é corrente, a interpretação conforme a Constituição é técnica de decisão associada ao controle de constitucionalidade, cada vez mais empregada pela jurisprudência brasileira.⁶¹ Ela decorre da constatação – pacificamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência – de que, em muitos casos, os dispositivos normativos comportam mais de uma interpretação,⁶² sendo que, eventualmente, uma dessas interpretações possíveis (ou mais de uma) será inconstitucional, ao passo que outras são compatíveis com o texto constitucional.⁶³

Diante dessa circunstância, a técnica da interpretação conforme consiste, em suma, na declaração de inconstitucionalidade de um ou mais

⁶¹ A título de exemplo, v. STF, *DJU* 10/11/2006, ADI 3395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso: “Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária”. V. também, dentre muitos outros exemplos recentes: STF, *DJU* 17/11/2006, ADI 3188/BA, Rel. Min. Carlos Britto; STF, *DJU* 1.º/09/2006, ADI 3246/PA, Rel. Min. Carlos Britto.

⁶² Não é o caso de se fazer um desvio teórico, mas registre-se que a doutrina tem traçado uma distinção entre enunciado normativo e norma, baseada na premissa de que não há interpretação em abstrato. *Enunciado normativo* é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional ou legal. *Norma*, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação, isto é, a concretização do enunciado. De um mesmo enunciado é possível extrair diversas normas. Por exemplo: do enunciado do art. 5.º, LXIII, da Constituição – o *preso* tem direito de permanecer calado – extraem-se normas diversas, inclusive as que asseguram o direito à não auto-incriminação ao *interrogado* em geral (STF, *DJU* 14/12/2001, HC 80949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e até ao depoente em CPI (STF, *DJU* 16/01/2001, HC 79812/SP, Rel. Min. Celso de Mello). Sobre o tema, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1969, p. 270 e ss.; Friedrich Müller, Métodos de trabalho do direito constitucional, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1999, p. 45 e ss.; Riccardo Guastini, *Distinguendo*. Studi di teoria e metateoria del diritto, 1996, p. 82-3; e Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.

⁶³ Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 2001, p. 233.

sentidos que poderiam ser extraídos de seu texto, com a preservação dos demais.⁶⁴ Ou seja, embora o enunciado normativo – o texto – não seja afetado, ocorre a exclusão de uma determinada interpretação, que se mostra incompatível com a ordem constitucional. A técnica não constitui novidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a emprega com frequência. No julgamento da ADIn 581/DF, tendo por objeto a Lei 8.215/91, *e.g.*, a Corte admitiu a constitucionalidade da lei, desde que se lhe emprestasse interpretação harmônica com uma série de premissas que enunciou expressamente. Do voto do Ministro Celso de Mello extrai-se a seguinte e expressiva passagem:

“A incidência desse postulado permite, desse modo, que, reconhecendo-se legitimidade constitucional a uma determinada proposta interpretativa, excluam-se as demais construções exegéticas propiciadas pelo conteúdo normativo do ato questionado.

Em suma: o princípio da interpretação conforme a Constituição, ao reduzir a expressão semiológica do ato impugnado a um único sentido interpretativo, garante, a partir de sua concreta incidência, a integridade do ato do Poder Público no sistema de direito positivo. Essa função conservadora da norma permite que se realize, sem redução do texto, o controle de sua constitucionalidade.”⁶⁵

No caso, parece possível conferir interpretação conforme a Constituição ao dispositivo em questão para excluir o sentido inconstitucional referido e interpretá-lo na linha do que praticam os Tribunais do país.⁶⁶ Isto é: a norma atribui ao Presidente do CADE a competência de, verificado o empate, votar por último, para desempatar a deliberação, mas nesse caso votará ele apenas uma vez. Por natural que o Presidente da autarquia poderá

⁶⁴ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 1999, p. 182-3.

⁶⁵ STF, *RTJ 144/154*, ADI 581/DF, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁶⁶ A única exceção que se pode localizar, no âmbito de órgãos jurisdicionais, é o Regimento Interno do TST, que admite genericamente o voto duplo, embora sem mencioná-lo de forma expressa (v. RITST, art. 121: “Na ocorrência de empate nas sessões do Tribunal Pleno, da Seção Administrativa e das Seções Especializadas, prevalecerá o voto proferido pelo Presidente do Tribunal ou pelo Ministro que o estiver substituindo”). Caso o dispositivo seja interpretado para admitir o voto duplo na prestação jurisdicional ordinária (e não apenas em deliberações administrativas, por exemplo), haverá também inconstitucionalidade, na linha do que se expôs no texto.

votar também em outras circunstâncias, vedada em qualquer caso a possibilidade de voto duplo.

V. Conclusões

As conclusões do presente estudo podem ser compendiadas nas seguintes proposições objetivas:

A) Os processos administrativos estão sujeitos, por imposição constitucional, ao devido processo legal. A aferição dos elementos a ele inerentes se torna mais grave e relevante no caso de processos *quase*-judiciais, como ocorre nas hipóteses em que o CADE pode impor restrições severas a direitos e liberdades de indivíduos e empresas.

B) Integram o conteúdo do devido processo legal elementos como o direito de ação, o dever de motivação das decisões, o contraditório e a ampla defesa. Ao lado deles figura com destaque, em um Estado democrático de direito, a *imparcialidade* do julgador. A liberdade de conformação do legislador não pode afetar o núcleo do direito fundamental ao devido processo legal e, como consequência, não pode comprometer a imparcialidade de quem vai julgar.

C) Em resguardo da imparcialidade, o devido processo legal, no Brasil, tal como tradicionalmente interpretado, não admite que uma pessoa participe mais de uma vez no processo decisório de uma mesma causa, ainda que em funções distintas. Assim, um juiz não pode atuar, já como desembargador, da revisão do seu próprio julgado. Tampouco pode o membro do Ministério Público, que venha a ser investido em cargo de magistrado, funcionar como juiz da causa em que emitiu parecer. Pela mesma lógica, e com muito mais razão, não pode um julgador votar duas vezes no mesmo julgamento.

D) No contexto de processos administrativos como o que deu lugar ao presente estudo, atribuir dois votos a um mesmo indivíduo em um órgão julgante esvazia atributo essencial à colegialidade e vulnera a garantia constitucional da imparcialidade porque: (i) maximiza o risco de parcialidades, em vez de minimizá-lo, ao conferir influência dupla a uma pessoa na decisão; e (ii) o segundo voto será necessariamente igual ao primeiro e não resultado de uma nova apreciação, livre e autônoma, dos elementos constantes dos autos.

E) O art. 8.º, II, da Lei 8.884/94, no sentido que lhe deram o CADE, o TRF da 1.a Região e o STJ, e pelas razões resumidas supra, é inconstitucional por violação ao devido processo legal, na medida em que atribui ao Presidente do CADE voto duplo, inclusive para a formação da maioria absoluta de que cuida a lei. O dispositivo legal é inválido também por gerar uma irracionalidade interna no próprio sistema legal: ao mesmo tempo em que a lei exige maioria absoluta para qualquer deliberação, o dispositivo prevê o voto duplo, admitindo que a manifestação de 3 (três) membros – em um colegiado integrado por 7 (sete) pessoas – caracterize maioria absoluta.

F) Parece possível conferir interpretação conforme a Constituição ao dispositivo para o fim de estabelecer que a norma em questão atribui ao Presidente do CADE a competência de, verificado o empate, votar por último, para desempatar a deliberação. Nesse caso, como natural, votará ele apenas uma vez. A possibilidade aqui analisada e condenada é a de o Presidente votar para provocar o empate (1.º voto) e em seguida votar de novo para desempatar (2.º voto), invertendo a maioria que até então se formara. O Presidente da autarquia poderá votar também em outras circunstâncias, vedada em qualquer caso a possibilidade de voto duplo.