

# JUDICIALIZAÇÃO DAS LIDES CONCORRENCIAIS NO BRASIL: limites e possibilidades

*Fabio Queiroz Pereira*

## 1. Introdução

O Direito Concorrencial tem por finalidade a manutenção das adequadas condições de competição dentro de um determinado mercado, possibilitando a formação de um ambiente econômico sadio. Assentou-se, doutrinária e jurisprudencialmente, um padrão “eficientista” para a solução dos casos concretos, buscando-se sempre o sopesamento de potenciais ganhos econômicos de um ato, com os seus também virtuais malefícios à economia. Nessa perspectiva, a preservação da concorrência é um meio para a consecução de resultados específicos; sua índole é eminentemente instrumental.

A utilização do instrumental econômico pela Ciência Jurídica é elemento intrínseco ao Direito Concorrencial. Para se perquirir sobre a ocorrência de um ilícito na seara econômica, é de extrema relevância que o operador do direito se valha da linguagem econômica, marcada, em seu cerne, pelo emprego de conceitos específicos, permeados, muitas vezes, pela fluidez e indeterminação.

A Lei 8.884/94, principal instrumento normativo de defesa da concorrência, carrega em seu corpo diversos dispositivos associados ao uso dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”. É utilizando-se desses conceitos que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no exercício de sua função judicante, efetiva o controle de estruturas e o controle de condutas no Brasil. A lei concorrencial vale-se, nessa linha, de muitos dispositivos com grande incerteza semântica, como: “prejudicar a livre concorrência”, “melhorar a qualidade de bens”, “motivo preponderante da economia nacional”, “resultar dominação de mercados”, entre outras aduções.

Pautando-se no fato de que as decisões proferidas pelo CADE possuem natureza administrativa, a indagação acerca da discricionariedade ou vinculação desses atos revela-se essencial para delimitar as possibilidades de revisão pelo Poder Judiciário. A discussão ganha impulso com a disseminação

de entendimentos jurisprudenciais que consolidam a insindicabilidade jurisdicional de atos discricionários. Nesses casos, ao Poder Judiciário caberia, apenas, averiguar a legalidade, não podendo adentrar o mérito das decisões proferidas pela Administração.

Indagação hodierna centra-se nos seguintes questionamentos: havendo a fluidez no enunciado legal, ter-se-ia, por conseguinte, uma indeterminação na aplicação? Ou se permitiria apenas uma única solução? A controvérsia tem por núcleo a relação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados: a utilização de tais conceitos teria o condão de ratificar a existência da discricção?

## 2. Lógica econômica e discurso concorrencial

O fenômeno da globalização tem influenciado uma crescente integração entre Direito e Economia.<sup>1</sup> A interface entre as duas ciências é cada vez mais intensa e demanda um estudo sistemático baseado nas distintas lógicas lingüísticas presentes em ambas as matérias.

Uma análise preliminar e superficial poderia encaminhar o leitor a concluir por um embate inconciliável entre Direito e Economia. O professor George Stigler, apresentando um panorama que contribui para essa primeira impressão, aduz que:

“enquanto a eficiência constitui-se no problema fundamental dos economistas, a justiça é a preocupação que norteia os homens do Direito (...) é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, todo o comportamento racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os

---

<sup>1</sup> Segundo o professor Armando Castelar Pinheiro, a globalização é um fenômeno que tem economistas e profissionais do direito como alguns de seus principais atores, na medida em que é um processo caracterizado pela integração econômica e que, diferentemente do processo de integração do século XIX, é cada vez mais regulamentado e dependente de contratos, contratos e regulamentações estes que envolvem essencialmente economistas e profissionais do Direito. Dentro de cada país, a busca de um modelo econômico capaz de produzir uma integração competitiva na economia mundial tem levado à crescente interação entre o Direito e a Economia (PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* 2003. Disponível em: [http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando\\_Castelar\\_Pinheiro.pdf#search=%22Armando%20Castelar%20Pinheiro%22](http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro.pdf#search=%22Armando%20Castelar%20Pinheiro%22). Acesso em: 9 out. 2006.

aspectos da conduta humana. Esta diferença significa, basicamente, que o economista e o jurista falam diferentes línguas”.<sup>2</sup>

Contudo, a interconexão das duas ciências é totalmente plausível, sendo até mesmo desejável. Apesar da diferença de estrato ideológico e lingüístico, Direito e Economia podem relacionar-se, denotando a identificação de um caráter de completude. Tal relação é usualmente perfilhada no estudo de temas relativos ao Direito Econômico. A apreensão da lei concorrencial, as questões envolvendo comércio internacional, a propriedade intelectual e os regulamentos econômicos são estudados por esse ramo do Direito que se apresenta pela utilização de um discurso próprio marcado por caráter aglutinador, incorporando normas e conceitos de natureza essencialmente econômica.

Assim preleciona o professor e justice da Suprema Corte Americana Stephen Breyer:

“I shall consider the older, unfashionable practical problem of bringing economic reasoning to bear in legal fields that undoubtedly call for it, for example, antitrust law, intellectual property law, and economic regulation. In these areas of law, I side with those who favor greater judicial use of economic reasoning. Economics will not necessarily determine the outcome of such cases, but if courts and agencies get the economics right, at the least they may more intelligently consider the role of non-economic ingredients of sound public policy”.<sup>3</sup>

A Economia, por conseguinte, apresenta-se suscetível de investigação pela Ciência do Direito, que, entretanto, emprega metodologia e corte metodológico próprios. Isso importa dizer que a Ciência do Direito possui as suas adequadas regras do jogo, utilizando-se da lógica econômica, mas tornando impossível confirmar ou explicar enunciados da Ciência Econômica em sentido estrito por enunciados jurídicos.

Reside aqui o estabelecimento pelo próprio sistema jurídico de um mecanismo de triagem, responsável pelo acolhimento de enunciados econômicos, até então exteriores ao seu corpo normativo. As questões envolvidas

<sup>2</sup> STIGLER, George. Law or economics?, *The Journal of Law and Economics*, Oct. 1992, v. 35, n. 22, 455-68. *Apud* PINHEIRO, Armando Castelar, op. cit.

<sup>3</sup> BREYER, Stephen. *Economic reasoning and judicial review*. p. 2. Disponível em: <http://www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=840>. Acesso em: 15 nov. 2005.

nas relações de mercado, e mais particularmente as questões relativas à concentração, ao poder econômico e ao abuso desse poder, não podem ser resolvidas somente com base na legislação, por meio de critérios meramente jurídicos. Ao decidir por uma opção, o homem deve fazer uma escolha e deve fazê-la racionalmente. Para a viabilização dessa escolha não bastam os instrumentos jurídicos; deve intervir também a Economia como ciência da escolha racional.<sup>4</sup>

O direito da concorrência, portanto, deve ser analisado sob um prisma interdisciplinar. Verifica-se a necessidade de ponderações acerca dos aspectos econômicos na análise de um caso concreto, pois a norma jurídica em abstrato não é apta a levar à conclusão pela ocorrência de um ilícito concorrencial.

### **3. A estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**

A Constituição da República de 1988 positivou a livre concorrência e a livre-iniciativa como princípios informadores da Ordem Econômica. Procurou-se moldar um mercado dotado de equilíbrio, autorizando o Estado a intervir nos meandros econômicos para preservar a liberdade de concorrência e coibir abusos oriundos da atuação dos agentes.

Tem-se, por conseguinte, uma nova fase para o Direito da Concorrência. Não mais se busca, apenas, a defesa da economia popular. Busca-se, no atual cenário, a repressão ao abuso do poder econômico, com ênfase na prevenção dos delitos e na defesa do consumidor. São de relevo as palavras da professora Isabel Vaz acerca da modificação da ótica concorrencial:

Importa ressaltar a mudança de enfoque e a ampliação temática, podendo-se identificar uma gradual e relativa superação das técnicas abrigadas pelo Direito penal e administrativo em favor da constitucionalização dos preceitos nucleares da legislação antitruste, mediante a adoção de princípios informadores do Direito Econômico.<sup>5</sup>

O principal instrumento normativo a consolidar essa mudança de enfoque é a Lei 8.884/94. A referida norma transformou o CADE em autarquia, conferindo-lhe maior autonomia e independência. O Conselho, instituído

---

<sup>4</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência. *Revista de Direito Econômico*, n. 26, 1997, p. 25.

<sup>5</sup> VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 250.

dessa maneira, obteve expansão de suas funções, e passou a atuar de forma mais concatenada e incisiva na defesa da concorrência.<sup>6</sup>

Tem-se, assim, estabelecida uma nova estrutura antitruste,<sup>7</sup> convencionalmente chamada de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelo já mencionado Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF).

Observa-se a seguinte divisão de funções entre os órgãos do SBDC: (i) CADE – profere decisões definitivas no campo administrativo, reprimindo práticas anticoncorrenciais e acompanhando os atos de concentração; (ii) SDE – instaura e instrui os processos administrativos concedendo pareceres e fiscaliza o cumprimento das decisões do CADE; (iii) SEAE – emite pareceres técnicos acerca dos aspectos econômicos envolvidos.

A evolução histórica no número de julgados da autarquia consubstancia o novo papel perfilhado pelo Direito da Concorrência no Brasil.<sup>8</sup> Esse desempenho, por sua vez, possibilitou a disseminação da cultura da concor-

<sup>6</sup> Destaca-se que desde a criação do CADE, em 1962, até a promulgação da Lei de Proteção da Concorrência, a atuação do Conselho demonstrou-se ausente de importância e de destaque. Com a Lei 8.884/94, o CADE passa a ser detentor de autonomia decorrente de sua natureza autárquica. Observa-se, assim, a *ausência* de subordinação a qualquer órgão da Administração, possibilitando uma atuação dotada de maior presteza e incisão.

<sup>7</sup> A Professora Isabel Vaz destaca que, embora a expressão “legislação antitruste” não coincida exatamente com o tipo de institutos que a lei queira reprimir, ela pode ser usada em seu sentido mais amplo, para indicar o conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso do poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência (*Direito econômico...* cit., p. 243).

<sup>8</sup> Tem havido um grande aumento no número de decisões após 1996 associadas ao novo ambiente criado com a estabilização da economia e a modernização do CADE. A média mensal, a partir daquele ano, ultrapassou em mais de dez vezes o pico do período anterior desde 1962. Os casos referentes à conduta têm prevalecido durante todo o período (77% de todos os casos antitruste), mas as decisões referentes a fusões chegaram a 51% no período de junho a dezembro de 1998. Isso reflete, em parte, a análise relativamente mais eficiente dos casos de fusão; à medida que a qualidade e a velocidade da investigação de práticas anticompetitivas melhoram, deve-se esperar uma porcentagem maior de casos referentes à conduta.

rência.<sup>9</sup> Vislumram-se, inclusive, dispositivos que realçam a importância da promoção da concorrência por meio da instrução do público acerca das formas de infração da ordem econômica.<sup>10</sup>

#### 4. A função administrativa do CADE

A Lei 8.884/94, instrumento normativo concorrencial brasileiro, dispõe em seu art. 3.º que o “Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão judicante com jurisdição em todo território nacional, criado pela Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta Lei”.

Do referido dispositivo é possível se extrair característica essencial vislumbrada na atuação do CADE. Trata-se de sua função administrativa. O caráter autárquico remete à personalidade jurídica pública e à natureza essencialmente administrativa do órgão concorrencial. Diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, o controle relativo à ordem concorrencial reside, precipuamente, na esfera de atuação do Poder Executivo. Tem-se, assim, um sistema de índole administrativa, que, no entanto, não escapa ao controle jurisdicional dos atos lesivos à concorrência. Em alguns países esse controle se dá unicamente por meio do Poder Judiciário. Já em outros ordenamentos é possível identificar sistemas mistos, mas de índole essencialmente judiciária.

Pelo caráter administrativo do Direito da Concorrência, observa-se que o CADE detém capacidade para exercer função semelhante à do Poder Judiciário. Conseqüentemente, verifica-se sua maior especialização, em virtude das especificações técnicas encontradas no Direito Concorrencial. As decisões finais do Conselho produzem coisa julgada na esfera administrativa. Anteriormente, pela Lei 8.158/91, era possível um último recurso ao Ministro da Justiça. Hoje, apesar de estar vinculado ao Ministério da Justiça, o CADE é administrativamente soberano em suas decisões, não havendo possibilidades de revisão hierárquica no corpo da Administração. Nesse âmbito, só cabe a interposição de recurso interno para o próprio Conselho.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 6.

<sup>10</sup> “Art. 7.º Compete ao Plenário do CADE: (...) XVIII – instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica; (...)”.

A doutrina não apresenta maiores discussões acerca da natureza administrativa das decisões proferidas pelo CADE. As controvérsias surgem no momento da caracterização desses atos em discricionários ou vinculados. É essa distinção que dará os alicerces para uma possível revisão fora da esfera da Administração. Se for identificado o caráter vinculado das decisões, ao Judiciário é lícito rever as decisões proferidas pelo Conselho. Contrariamente, reconhecendo-se a discricionariedade e utilizando-se o órgão de critérios de conveniência e oportunidade, não haveria que se falar em possibilidade de revisão jurisdicional.

## 5. Atos administrativos vinculados e discricionários

Os atos administrativos podem ser classificados como discricionários ou vinculados. Essa diferenciação é prerrogativa para analisar os possíveis limites da revisão jurisdicional. Celso Antônio Bandeira de Melo assevera que

“haveria atuação vinculada e, portanto, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu objetivo reconhecimento. Opostamente, haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma inteligência, cujo acerto seja irreduzível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa. Diz-se que, em tais casos, a Administração dispõe de um ‘poder’ discricionário”.<sup>11</sup>

Assim, a vinculação é identificada quando a lei define todos os pressupostos requeridos para a prática de um ato e o seu conteúdo obrigatório, no caso de incidência naquela hipótese legal. Em outras palavras: a lei não dá margem de liberdade para a Administração, pois, verificados os pressupostos, a norma determina qual será o único ato possível. A forma discricionária,

<sup>11</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 9.

por sua vez, consiste na definição legal de algumas condições do exercício do ato, mas inclui a possibilidade de estimativa subjetiva da Administração no restante das suas condições.

Nos atos administrativos vinculados não é dada ao aplicador nenhuma margem de opções de atuação. Há, na verdade, uma imposição legal para que, diante de uma determinada situação, aja de uma única e determinada maneira. Não existem espaços para juízos de oportunidade ou conveniência. A Administração é obrigada a atuar de uma única maneira.

A discricionariedade, por sua vez, justifica-se tendo em vista que ao legislador não é possível prever todas as possibilidades de aplicação da lei no âmbito da Administração. Observa-se que apesar do Direito Administrativo compor um ramo de viés extremamente legalista, é dada ao aplicador da norma uma determinada margem de liberdade, para que adapte seus procedimentos à realidade dos fatos. Ademais, vislumbra-se a necessidade de certa autonomia por parte do Poder Executivo, em virtude da dinâmica do interesse público, que exige muitas vezes um posicionamento rápido e flexível por parte do Administrador.

A discricionariedade levaria, por conseguinte, à imunidade judicial. O Poder Judiciário só estará legitimado a revisar atos administrativos nos casos em que se reconheça a vinculação do ato, restringindo-se, assim, ao exame da legalidade do ato. Se, contrariamente, identificar-se o caráter discricionário, deve-se afastar qualquer possibilidade de exame pelo Judiciário da matéria, uma vez que se trata de aplicação por parte do Administrador de critérios de conveniência e oportunidade. A justificativa encontra-se nas palavras da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para a livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto”.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 202.

A conveniência e a oportunidade são os elementos principais adotados na caracterização da discricionariedade e que visam consubstanciar um interesse público específico contido no texto normativo. Desse modo, a discricionariedade define os aspectos que devem ser deixados ao arbítrio da Administração, não podendo o Poder Judiciário adentrar essa seara alterando os ditames proferidos pelo Poder Executivo.

## 6. Conceitos jurídicos indeterminados

Verifica-se no estudo da diferenciação entre os atos administrativos discricionários e os atos administrativos vinculados o surgimento de uma controvérsia que se materializa nos chamados “conceitos indeterminados”, “conceitos fluidos” ou, ainda, “conceitos imprecisos”. A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dispõe que:

“a expressão conceito jurídico indeterminado, embora bastante criticável, ficou consagrada na doutrina de vários países, como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e mais recentemente, no Brasil, sendo empregada para designar vocábulos ou expressões que não têm um sentido preciso, objetivo determinado, mas que são encontrados com grande frequência nas normas jurídicas dos vários ramos do direito. Fala-se em boa-fé, bem comum, conduta irrepreensível, pena adequada, interesse público, ordem pública, notório saber, notória especialização, moralidade, razoabilidade e tantos outros”.<sup>13</sup>

O sentido e o alcance dos conceitos empregados são construídos por meio de sua aplicação. Ocorre que se deve ponderar se ao aplicar a norma em face de um termo indeterminado, estará o intérprete utilizando-se da discricionariedade ou operando uma simples interpretação do texto legal.

Como já explanado, a Lei 8.884/94 carrega em seu corpo várias expressões de natureza indeterminada. O art. 54, a título de exemplo, utiliza-se de expressões com “prejudicar a livre concorrência”, “melhorar a qualidade de bens” ou “motivo preponderante da economia nacional”. A indeterminação e o economicismo permeiam a análise concorrencial. É necessário que se identifique se a fluidez do enunciado perfaz uma indeterminação na aplicação ou se permite apenas uma única solução.

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 97.

Na visão da doutrina tradicional, identificados os conceitos jurídicos indeterminados nas disposições de um texto normativo, estar-se-ia diante de uma situação ensejadora de utilização de critérios de discricionariedade. Em outras palavras, o intérprete da norma, ao se deparar com um conceito fluido, poderia utilizar-se de margem de discricionariedade em sua aplicação diante de um fato concreto. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos doutrinadores que encampam a tese tradicional, assevera que

“casos há, embora excepcionais, em que a regra de Direito se omite em mencionar a situação de fato. O normal, sem dúvida, é que a lei a refira, entretanto, ao fazê-lo, freqüentemente descreve-a mediante expressões que recobrem conceitos algo fluidos, algo imprecisos, também chamados de vagos ou indeterminados ou elásticos, tais como ‘situação urgente’, ‘notável saber’, ‘estado de pobreza’, ‘ordem pública’ (portanto suscetíveis de interpretações ou inteleccões variadas) ou ainda quando a descreve em termos estritamente objetivos, defere, no comando da norma certa margem de liberdade ao administrador. (...) Nestes casos, diz-se que há discricionariedade, porque cabe a interferência de um juízo subjetivo do administrador”.<sup>14</sup>

Denota-se, assim, o entendimento de que a discricção residiria na simples constatação dos conceitos indeterminados. A liberdade administrativa seria identificada ao longo da fluidez do conceito empregado.

Entretanto, mesmo admitindo essa possibilidade, Celso Antônio Bandeira de Mello alerta que a previsão de discricionariedade na norma não significa que haverá discricionariedade no caso concreto, já que este pode deixar margem apenas a uma solução capaz de atingir a finalidade da regra. Destarte, a discricção suposta na norma é condição necessária, mas não suficiente, para que haja discricção no caso concreto. Ainda segundo o autor, não basta que o agente alegue discricção para que seu ato seja regular e se livre das análises do Poder Judiciário. Uma vez provocado, e com base na argumentação da parte, o juiz poderá verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento adotado, além de figurar nas hipóteses legais, revelou-se, *in concreto*, adequado à finalidade da lei. Trazendo esse raciocínio para a esfera concorrencial brasileira, concluir-se-ia pela impossibilidade de revisão jurisdicional das decisões proferidas pelo CADE. A interseção entre os conceitos jurídicos indeterminados e os atos discricionários impede que

---

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade...* cit., p. 9.

Judiciário revise o mérito das decisões administrativas, mesmo que estas se operem por meio da função judicante exercida pelo CADE.

Em lado oposto, expõe-se doutrina marcada pela possibilidade de controle mais extenso dos atos praticados pela Administração. Tal teoria é identificada na inteligência dos juristas espanhóis Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández. Para essa corrente, a imprecisão existiria apenas de forma abstrata. Diante de uma situação concreta, haveria apenas uma solução correta aferida através de um juízo de inteligência.

Hoje vê-se que, justamente em tais casos, a discricionariedade está excluída e, mais que remeter a lei a uma decisão livre da Administração, em cujo exercício sairiam indiferentes jurídicos ou conteúdos igualmente justos, trata-se, pelo contrário, de delimitar uma única solução justa cuja procura regulada deve fazer a Administração quando a ela corresponde sua aplicação, e cujo controle último, por ser um controle de legalidade, é acessível ao juiz.<sup>15</sup>

Assim, discricionariedade é liberdade de escolher entre uma pluralidade de opções justas, que são juridicamente indiferentes, tendo como único critério o juízo de oportunidade e conveniência do administrador. Enquanto, no caso dos conceitos fluidos, a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma solução justa em cada caso. A prerrogativa da Administração será apenas a de aplicar previamente esses conceitos, mas isso não se confunde com o poder discricionário, pois essa aplicação se dará por meio de um processo intelectual e não volitivo.

Essa distinção repercute de modo importante na possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos: no caso de aplicação de conceitos indeterminados, a fiscalização jurisdicional é, mais do que possível, desejável, enquanto em relação a atos discricionários, não cabe apreciação do juiz quanto ao chamado “mérito” do ato, mas apenas quanto aos limites legais de sua aplicação.

Apesar de reconhecer que, em face desses conceitos, existe apenas uma solução justa, é preciso considerar que, a par de casos localizados em uma “zona de certeza”, existirão casos limítrofes, em que haverá dificuldade de determinar se houve ou não incidência do conceito. Entretanto, mesmo

<sup>15</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 395.

que o caso ora analisado esteja nessa “zona de imprecisão”, a definição da incidência do conceito também caberá ao Poder Judiciário, que tem como uma de suas funções precípua a solução definitiva de litígios suscitados na aplicação da lei. Assim, por meio da utilização do raciocínio intelectual seria possível encontrar o recurso adequado, consubstanciador do interesse público, fim último da Administração. Empregando-se esse raciocínio podemos observar a redução da atuação discricionária. Ter-se-ia, assim, reconhecida a vinculação em várias hipóteses que, por conterem conceitos indeterminados, poderiam ser taxadas de discricionárias.

Inserindo a discussão no cenário de atuação do CADE, verifica-se que, diante de um caso concorrencial concreto, o intérprete, por meio de um juízo de inteligência, pode precisar uma solução única. À guisa de exemplo, a expressão “motivo preponderante da economia nacional e do bem comum”, prevista no art. 54, § 2.º, da Lei 8.884/94, só admite uma singular aplicação do conceito à circunstância do fato. Conseqüentemente, estariam vinculadas as decisões do CADE, admitindo, por conseguinte, a revisão jurisdicional relativamente aos critérios adotados para interpretação do conceito fluido.

## 7. Discricionariedade técnica

Parte da doutrina administrativista concebe, ainda, a chamada discricionariedade técnica. Esta ocorre quando ao Executivo é exigida a apreciação de critérios de natureza técnica para que atue em um determinado cenário. A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que “a idéia original de seu idealizador – Bernatzik – era a de que a discricionariedade técnica se referia a decisões que, por sua alta complexidade técnica, eram retiradas do controle jurisdicional. Trata-se de matérias que só o administrador público, em contato com a realidade do dia-a-dia, tem condições de apreciar de forma adequada”.<sup>16</sup>

Verifica-se, assim, um atrelamento entre os conceitos indeterminados e a discricionariedade técnica. Estando o intérprete diante de um conceito indeterminado, necessariamente estará frente a uma situação balizada pela discricionariedade. Dessa forma, impossibilitada está a revisão do ato pelo Judiciário. Afasta-se, pois, a vinculação.

Os conceitos técnicos ligar-se-iam aos critérios administrativos através de duas maneiras. Um primeiro cenário é desenhado por uma decisão admi-

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade...* cit., p. 112.

nistrativa calcada necessariamente em critérios técnicos. Assim, à guisa de exemplo, um órgão técnico se manifesta acerca da ameaça de um prédio cair e a Administração opta ou não pelo seu desabamento. Já em um segundo plano, verificam-se aquelas decisões baseadas em critérios administrativos, mas que levam em conta aspectos técnicos. Como exemplo vislumbra-se a escolha de modalidade técnica na implementação de obra pública.<sup>17</sup> Verificando-se a discricionariedade técnica, estaríamos diante de um ato que não enseja reapreciação na esfera judicial. Como conseqüência, poder-se-iam considerar as decisões proferidas pelo CADE no controle de estruturas como atos marcados pela discricionariedade técnica. Nesse compasso, seriam constatadas situações marcadas pela impossibilidade de revisão jurisdicional.

Em ponto análogo a essas considerações, vislumbra-se uma distinção de conceitos objetivando aclarar a matéria. O professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior insere uma nova discussão doutrinária, trazendo a diferenciação entre “discricionariedade técnica própria” e “discricionariedade técnica imprópria”. Demonstra-se de elevada importância a transcrição de suas palavras:

“Aqui, no entanto, é preciso distinguir entre a impropriamente chamada discricionariedade técnica e a discricionariedade técnica própria. A primeira ocorre quando a lei usa conceitos que dependem da manifestação de órgãos técnicos, não cabendo ao administrador se não uma única solução juridicamente válida. Nesse caso o ato, embora com base em conceitos empíricos sujeitos à interpretação técnica, é vinculado. Por exemplo, o CADE, para constatar prejuízo à concorrência de um ato de concentração recorre a critérios técnicos, como o de barreira à entrada. ‘Prejuízo à concorrência’ é aí um conceito indeterminado a ser interpretado tecnicamente. Já a discricionariedade técnica própria ocorre quando o administrador se louva em critérios técnicos, mas não se obriga por eles, podendo exercer seu juízo conforme critérios de conveniência e oportunidade. Por exemplo, os laudos técnicos recomendam o tombamento de determinado bem pelo seu valor cultural, mas em virtude de outros critérios (segurança, finanças etc.) a autoridade opta por não realizá-lo. O que guia a decisão são conceitos que tomam sentido, renovadamente, em cada caso”.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Idem, *ibidem*, p. 113.

<sup>18</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Discricionariedade das decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, v. 6, n. 4, 1997, p. 88.

Dentro dessa concepção, os critérios técnicos não estão atrelados aos critérios administrativos. O Poder Executivo deve decidir de acordo com as condições técnicas estabelecidas em lei. Assim, transportando essa assertiva para a esfera concorrencial, as decisões do CADE estariam vinculadas aos dispositivos legais, quais sejam os presentes na Lei 8.884/94. Não se percebe margem para aferir conveniência ou oportunidade. Tem-se verdadeira vinculação, permitindo, como conseqüência, a reapreciação no âmbito do Poder Judiciário.

## **8. Controle interno das decisões de cunho concorrencial**

Pelo entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal,<sup>19</sup> a Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Tal asseveração vem contribuir para o entendimento de que, internamente, a Administração está apta a revisar seus atos.

No mesmo sentido, a Lei 9.784/99, que estabelece os ditames relativos aos processos administrativos no âmbito federal, dispõe que “das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito”. Assim, é candente a conclusão de que, internamente, cabe à Administração revisar seus atos. Demonstra-se possível, pois, a recorribilidade das decisões proferidas pelo CADE no controle de estruturas. Não anuindo com entendimento exarado pela entidade autárquica, os Requerentes em um ato de Concentração podem sempre se utilizar dos recursos internos, tentando a reforma da decisão.

Verifica-se, no atual ordenamento, que o CADE possui apenas vinculação ao Ministério da Justiça. Não se denota, portanto, a existência de órgão superior apto a analisar recursos referentes a decisões do Conselho. O art. 50 da Lei 8.884/94 estabelece que as decisões do Conselho não são passíveis de revisão no âmbito do Poder Executivo.<sup>20</sup> Dessa forma, não há

---

<sup>19</sup> Súmula 473 do STF.

<sup>20</sup> “Art. 50. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.”

recurso hierárquico na esfera administrativa concorrencial, não se identificando, por conseguinte, instância administrativa superior com competência para reexaminar as decisões proferidas pelo CADE.

O ordenamento jurídico concorrencial anterior, tendo por escopo a Lei 8.158/91, admitia a possibilidade de tutela recursal pelo Ministro da Justiça. Isso significa dizer que as decisões do CADE podiam ser reformadas pelo Ministro da Justiça. A lei dispunha em seu art. 21: “As decisões administrativas previstas nesta Lei serão passíveis de recurso, voluntário ou de ofício, interposto ao Ministro da Justiça, no prazo de 10 dias”. Salienta-se que a referida disposição normativa encontra-se revogada, não produzindo mais efeitos no processo administrativo concorrencial.<sup>21</sup>

Tendo por objeto de análise os atos de concentração, observa-se o cabimento de dois recursos dentro da esfera administrativa, quais sejam os embargos de declaração e o pedido de reapreciação.

## **9. Vinculação e discricionariedade: limites à apreciação judicial**

Como ressaltado, a análise dos atos de concentração é permeada pela utilização de conceitos jurídicos indeterminados. O instrumento normativo concorrencial, supedâneo para o controle de estruturas, traz em seu corpo diversas expressões marcadas pela fluidez de seu conteúdo. Assim, tem-se: “livre concorrência”, “dominação de mercados”, “mercados relevantes”, “aumentar a produtividade”, “melhorar a qualidade”, “eficiência”, “desenvolvimento tecnológico”, “desenvolvimento econômico”, entre outras expressões.

A análise das questões antitruste é, ainda, marcada pela existência de diversas outras indeterminações intrínsecas à linguagem econômica presente no discurso da concorrência. A necessidade de ponderações acerca dos aspectos econômicos na análise de um caso concreto revela, por vezes, conceitos fluidos de difícil aceção em abstrato.

<sup>21</sup> Em novembro de 1995, o grupo Gerdau pediu ao então ministro Nelson Jobim que modificasse a decisão do órgão antitruste que vetou a compra da siderúrgica Pains. O recurso foi interposto após duas negativas do CADE ao grupo Gerdau. Jobim interferiu no processo e pediu uma nova apreciação ao órgão antitruste. Os conselheiros que votaram contra a Gerdau não foram reconduzidos para os seus mandatos. No caso, denota-se a ocorrência de um equívoco recursal e a utilização de um instrumento não previsto em lei. Tal ambigüidade é decorrência de um período em que o CADE não possuía estrutura adequada para sustentar sua autonomia, não estando fundado na cultura da concorrência.

Isto posto, tem-se que o CADE exerce o controle de estruturas dos atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência baseando-se na análise dos referidos conceitos imprecisos. É na indeterminação presente no art. 54 da Lei 8.884/94 que o controle de estruturas realiza-se.

Por se tratar de atos administrativos, deve-se analisar se as decisões exaradas pelo CADE possuem caráter discricionário ou vinculado. É exatamente nesse ponto que se encontra o cerne da discussão acerca da revisão jurisdicional das decisões proferidas pelo Conselho. A distinção entre atos vinculados e discricionários, no Brasil, assume extrema relevância, na medida em que se formou na jurisprudência o entendimento de que ao Poder Judiciário não é dado apreciar o mérito do ato discricionário. Em outros termos, ao poder Judiciário não é dada a possibilidade de examinar os aspectos de conveniência e oportunidade que presidiram a prática do ato pelo administrador, vez que, se assim o fizesse, estaria invadindo a esfera de competência do Poder Executivo. Desse modo, o Poder Judiciário somente poderia examinar o mérito dos atos administrativos vinculados, pois então se estaria no âmbito da legalidade, portanto, na esfera de competência do Poder Judiciário.

Logo, existe consolidado entendimento de que os atos administrativos discricionários não comportam revisão no âmbito do Poder Judiciário. Contrariamente, estando-se diante de ato marcado pela vinculação, o juiz poderia adentrar o seu conteúdo. Dizer se essa margem fornecida pelo legislador está calcada em discricionariedade ou vinculação é o alicerce para o exame da questão.

Como outrora assinalado, para o professor Celso Antônio Bandeira de Mello a discricção pode residir na simples identificação de um conceito indeterminado. Assim, estando o administrador diante de expressões de conteúdo fluido, a ele seria dada margem discricionária para atuar dentro de seus critérios de conveniência e oportunidade.

Sendo impossível à norma legal – pela própria natureza das coisas – furtar-se ao manejo de conceito das duas ordens, a discricção resultaria de um imperativo lógico, em função do que sempre remanesceria em prol da Administração o poder e encargo de firmar-se em um dos conceitos possíveis. Vale dizer, a liberdade administrativa estender-se-ia ao longo do percurso da imprecisão do conceito utilizado.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 755.

Considerando a questão das autorizações proferidas pelo CADE no controle de estruturas sob essa fundamentação, resta claro que a autarquia estaria agindo dentro de sua margem discricionária, estando o mérito de suas decisões isento de apreciação pelo Poder Judiciário. A lei concorrencial ofereceria em seu corpo o supedâneo para a discricção e precariedade verificadas na atuação do Conselho. Ao falar em “livre concorrência”, “dominação de mercados” ou “aumento de produtividade”, a norma deixaria ao administrador margem de liberdade para que pudesse agir dentro de seus critérios de oportunidade e conveniência. Logo, visualiza-se um leque de variadas decisões que poderiam ser tomadas pelos conselheiros, sem que nenhuma delas estivesse, necessariamente, contrária ao Direito.

Se se reconhecer que o Direito Econômico cinge-se a consubstanciar políticas públicas, um novo argumento jurídico tende a fortalecer a linha doutrinária apresentada.

Baseando-se em políticas públicas, o CADE poderia aplicar ou, até mesmo, deixar de aplicar a legislação antitruste. O Conselho, como órgão inserido no corpo do Poder Executivo, estaria apto a atuar dentro de sua prerrogativa discricionária, implementando as políticas estabelecidas pelo governo. Esse posicionamento corroboraria com o entendimento exarado pela doutrina tradicional, pois, analisando o mérito das autorizações concedidas pelo CADE no controle de estruturas, o Poder Judiciário estaria, por conseguinte, atentando contra o princípio da separação de poderes. Nesse ponto, a professora Isabel Vaz destaca que:

“É uma questão extremamente delicada reconhecer ao Poder Judiciário, em tema de lei antitruste, a plenitude de jurisdição, pois, antes de sua apreciação, a matéria já terá também sido objeto de ação dos órgãos antitruste tendente a permitir ao Estado a implementação de uma política econômica julgada adequada ao cumprimento, por exemplo, do disposto no art. 3.º, incisos I a IV, da Constituição Federal. Assim sendo, a menos que as políticas públicas portem ofensa aos princípios constitucionais, o caminho mais adequado parece ser circunscrever a ação do Poder Judiciário ao controle de legalidade dos atos das autoridades antitruste”.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> VAZ, Isabel. O Poder Judiciário e a aplicação da lei antitruste. *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 313.

Há quem afirme que a atuação do Conselho deve sempre se operar de acordo com as políticas econômicas estabelecidas pelo Presidente da República. O CADE, portanto, estaria vinculado aos ditames do chefe do Poder Executivo, não podendo a sua atuação permanecer em descompasso com a política imposta pelo Presidente. A atuação da chefia do Poder Executivo consubstanciaria a vontade popular de ver realizado determinado plano de governo. O órgão concorrencial estaria obstado de tomar decisões não consentâneas com a atuação política do governo. O professor Fábio Ulhoa Coelho representa o pensamento exarado por essa linha doutrinária:

Considere-se a hipótese de Presidente da República eleito com programa fundado claramente na geração de empregos como forma de desenvolvimento regional. Configure-se, por outro lado, o estabelecimento de um grande complexo empresarial dedicado a setor não essencial da economia, como a lapidação de pedras preciosas, com enorme potencial para empregar expressivo número de trabalhadores em região não industrializada do País. Suponha-se, também, que esse complexo resulta de consórcio entre todas as empresas de maior porte atuantes no ramo, consórcio este, aliás, cuja constituição foi de pública voz motivada pelo próprio Presidente da República e sua equipe econômica no contexto de seu programa de governo. Nesse quadro hipotético, a atuação do CADE sancionando a concentração econômica estaria em flagrante descompasso com a vontade popular, expressa no resultado das eleições. Nesses casos, embora tipificada a infração contra a ordem econômica, deve o CADE discricionariamente deixar de aplicar qualquer tipo de sanção.<sup>24</sup>

Percebe-se do posicionamento apresentado uma perigosa tendência de “manetear” a atuação do Conselho. Vincular a atuação do CADE aos ditames presidenciais revela entendimento controvertido que atenta, inclusive, contra a própria autonomia do órgão autárquico. O fato de estar inserido no seio do Poder Executivo não significa que suas decisões tenham que se dar de acordo com o que opta o Presidente da República. A função precípua do CADE é zelar por um adequado ambiente concorrencial. Não possui pertinência o brocardo que tende a compelir o Conselho a atuar sempre de maneira assente ao que prescreve a Administração Federal.

---

<sup>24</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 25.

## 10. Princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário

Apesar das decisões proferidas pelo CADE estarem pautadas pela implementação de políticas econômicas, elas não prescindem de um controle realizado pelo Poder Judiciário. Toda lesão, toda ameaça a direito e toda controvérsia podem e devem ser aduzidas em juízo.

Está-se diante de imperativo constitucional, verificado no art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição da República: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, qualquer decisão do CADE que preencha o estabelecido na referida disposição poderá ser levada ao conhecimento do judiciário.

Ao assegurar o exame de lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário, o Poder Constituinte pretendia garantir que nenhuma lei ordinária ou complementar pudesse excluir liminarmente esse controle.<sup>25</sup> Assim, é garantida a amplitude de atuação do Poder Judiciário para rever as decisões de conteúdo econômico proferidas pelo CADE.<sup>26</sup> A possibilidade de revisão da decisão é preceito insculpido no texto constitucional, não podendo ser derogada por lei ou por viés interpretativo da matéria.

Demonstra relevo o posicionamento carreado por José Ignácio Gonzaga Franceschini:

<sup>25</sup> ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002, p. 309.

<sup>26</sup> O Direito europeu não trabalha com a amplitude de controle pelo Poder Judiciário. A atuação da Corte de Justiça limita-se ao exame da legalidade dos atos emanados pela Comissão Européia. A revisão judicial, portanto, restringe-se ao exame da regularidade formal do ato. A professora Isabel Vaz assim se manifesta acerca da jurisdição contida: “No Direito comparado, alguns autores dão notícias de hipóteses em que o Poder Judiciário é titular de jurisdição contida, tendo competência apenas para conhecer da adequação de um ato a normas processuais ou formais. Ou seja, o Poder Judiciário poderia examinar apenas se – no caso de uma instrução processual, por exemplo – os prazos para apresentação de defesa, documentos ou outras peças de interesse do representado foram observados. Ou, ainda, se a imputação de ofensa a determinada norma da legislação de regência foi observada, se a sanção foi adequada à infração cometida, se houve respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, se o despacho de instauração do processo administrativo foi motivado”. VAZ, Isabel. *O Poder Judiciário... cit.*, p. 308.

“Diga-se desde logo que o recurso ao Judiciário não poderia ser impedido pela legislação de defesa da concorrência, posto que a isto se opõe o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário consagrado no art. 5.º, inciso XXXV, cujo teor não deixa margem a dúvidas: ‘A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. À função jurisdicional do Estado cabe o papel de fazer valer o ordenamento jurídico toda vez que seu cumprimento não se dê sem resistência. Tendo o Estado subtraído à parte a faculdade de exercer seus direitos pelas próprias mãos, compareceu esta perante a autoridade judiciária competente que lhe substituiria a vontade, para que esta dirimisse a lide. Agiu no lícito exercício de seu direito de ação e nos limites estritamente necessários para alcançar a prestação jurisdicional. Nada mais escorreito e legítimo”.<sup>27</sup>

Portanto, o referido ditame tem por cerne a proteção do cidadão. Ao obstar a realização de um ato de concentração, a Administração pode estar lesionando direito dos requerentes. Demonstra-se demasiado injusto afastar da instância judicial a apreciação de uma situação como a apresentada. Se a Constituição da República instituiu a proteção do cidadão, e a conseqüente proteção do requerente, não há por que se elocubrar buscando impossibilitar a análise da questão pelo Poder Judiciário.<sup>28</sup>

## 11. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade

O principal supedâneo doutrinário a alicerçar a revisão jurisdicional das decisões proferidas pelo CADE encontra-se na doutrina alemã, explicitada alhures, que tem por principal expoente o jurista Karl English. A referida linha de pensamento chegou até a Espanha e é identificada,

<sup>27</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 26.

<sup>28</sup> O professor José Inácio Gonzaga Franceschini aduz, nesse ponto, a inexistência de litispendência no curso simultâneo do processo administrativo e do processo civil cominatório e/ou indenizatório eventualmente ajuizado pelo prejudicado direto do abuso do poder econômico ou por seu legitimado, como aliás expressamente admite o art. 29 da Lei n. 8.884/94. Todavia, o mesmo não se poderia dizer em relação a processos criminais. Para o autor, em face da natureza penal do Direito da Concorrência e especialmente diante da derrogação da Lei n. 8.137/90 pela Lei n. 8.884/94, no que tange aos crimes contra a ordem econômica, não se concebe a existência de duplo procedimento penal contra a mesma pessoa (op. cit., p. 27).

principalmente, nas palavras dos professores Eduardo García de Enterría e Tomás Ramon Fernández. De acordo com os últimos, “sendo a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados um caso de aplicação e interpretação da lei que criou o conceito, o juiz pode fiscalizar sem esforço algum tal aplicação, avaliando se a solução a que com ela tem-se chegado é a única solução justa que a lei permite”.<sup>29</sup>

A indeterminação de um conceito, para essa teoria, permaneceria apenas em abstrato. Diante de uma situação em concreto seria sempre possível ao administrador encontrar uma única solução capaz de atender os preceitos do Direito. A concretude de um fato seria o supedâneo para que o administrador realizasse uma intelecção e verificasse a singular decisão a ser tomada.

Conceitos indeterminados, portanto, não se confundem com discricionariedade. A utilização da fluidez pelo texto legal não denota margem de atuação da Administração calcada em critérios de conveniência e oportunidade. Contrariamente, é possível aduzir uma única forma capaz de solucionar o problema de maneira ideal.

O professor Florivaldo Dutra de Araújo apresenta a adequada ilação que deve permear o tratamento da matéria:

“O que se quer, com a exata compreensão da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, não é que o juiz se substitua ao administrador, mas que exerça a função que é a sua própria razão de ser, ou seja: que verifique, nos casos concretos, se o suporte fático do ato dava margem à aplicação que deu a Administração ao conceito contido na regra de direito. E não o fará o juiz substituindo um critério puramente voluntarista do administrador, acaso aplicado, pelo seu próprio voluntarismo. Examinará, ao contrário, em procedimento contraditório amplo, os fatos levados ao seu conhecimento e o ato praticado, bem como sua motivação, para verificar se o conceito indeterminado da regra abstrata comportava o sentido que lhe foi dado na situação em exame. E não infirma o que se sustenta aqui o fato de poder o juiz, eventualmente, falhar no exame do ato administrativo e seu suporte fático, assim com ninguém proporá deixar de lado a teoria do Direito Penal pelo motivo de que possa haver erros no julgamento da culpabilidade do réu, em um ou outro caso”.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. Op. cit., p. 394.

<sup>30</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 74.

Transportando a inteligência da referida doutrina para o caso em análise, chegar-se-á a conclusão de que a atuação do CADE é, notadamente, uma atuação vinculada. As decisões administrativas proferidas pelo Conselho não se pautam em juízo de conveniência e oportunidade. Diante de uma situação fática, cabe ao intérprete buscar a melhor solução possível, seguindo as disposições da lei de proteção à concorrência. Só existe uma maneira de atender aos enunciados descritos na Lei 8.884/94, e aos conselheiros do CADE é dada a responsabilidade de perquirir a ideal aplicação dos preceitos transcritos no corpo do enunciado legal.

A vinculação, adotando o entendimento exarado pela jurisprudência pátria, tem por consequência direta a possibilidade de se rever os atos administrativos exarados pelo CADE no âmbito jurisdicional. A indeterminação presente na lei não gera a imunidade do Conselho, podendo seus atos serem revistos pelo Poder Judiciário.

O controle de estruturas, realizado principalmente com base no art. 54 da lei concorrencial, não foge a essa regra. A fluidez identificada nas expressões “dominação de mercado”, “aumento de produtividade” ou “melhora da qualidade”, quando identificada em um caso concreto, permite apenas uma deliberação pelo administrador, nesse caso pelo conselheiro. Assim, os requerentes que tiverem seu ato concentração obstado por uma decisão do CADE podem recorrer ao Poder Judiciário, que terá ampla possibilidade de reformar o veredicto proferido pela autarquia.

Argumento falacioso tendente a obstar o direito do requerente de ter sua questão analisada no âmbito do Poder Judiciário reside na relativa incapacidade do juiz comum para a apreciação das questões concorrenciais. Aduz-se que não se pode dele requerer preparação técnica suficiente para examinar a questão. Um magistrado comum não deteria necessários conhecimentos técnicos em economia para a aplicação do bom direito.

Contudo, o que se tem é um comportamento diferenciado do juiz quando diante de matéria concorrencial. O juiz tem a prerrogativa de modificar uma decisão de cunho econômico, mas sua atuação realizar-se-á dentro das especificidades da matéria.

Uma atitude diferenciada deve ser demandada do exercício dos juízes. Assim como o magistrado tem que se debruçar sobre questões de conteúdo complexo, pode atuar de forma tranqüila nas lides de conteúdo econômico. Apenas a forma como apreciará a matéria deverá realizar-se de maneira diferente, perquirindo sempre a teoria econômica e aplicando-a com o objetivo de oferecer a melhor solução para o caso concreto.

Nesse viés, reconhece-se ao Poder Judiciário chancela para atuar junto aos problemas de ordem concorrencial. Demonstra-se inadequado afastar a decisão de um ente administrativo de um possível reexame judicial. Ainda que se utilize dos critérios presentes na doutrina da discricionariedade técnica, consubstanciada no pensamento do jurista Tercio Sampaio Ferraz Júnior, outra não seria a solução:

“No caso dos atos de aprovação ou desaprovação de atos de concentração, entendo que se trata de atos impropriamente chamados de tecnicamente discricionários. Na verdade, o CADE, ouvida a SDE e a SEAE, com base no(s) laudo(s) técnico(s) expresso(s) pelo relator (ou pelo relator designado se o primeiro voto for vencido), toma uma decisão cujo fundamento técnico não expressa um juízo de conveniência e oportunidade, mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre-iniciativa e da livre concorrência. Sua decisão, assim, não é ato político de governo conforme diretrizes ocasionais, mas ato que cumpre uma política do Estado, conforme diretrizes constitucionais legais. (...) Se tais atos são vinculados, a possibilidade de recurso ao Judiciário deve ser aprovada. O juiz há de apreciar o mérito da decisão e não apenas os aspectos formais de competência e moralidade. Cabe-lhe, assim, examinar a solidez dos critérios técnicos embasadores da decisão”.<sup>31</sup>

Tal entendimento é consentâneo com o espírito do atual Estado Democrático de Direito. Possibilitar o mais amplo controle por parte do Poder Judiciário significa, em última análise, proteger os interesses de todos os cidadãos. Não se está diante de usurpação de competência, mas sim de exercício regular de função de acordo com os ditames e princípios presentes no corpo da Constituição da República.

A jurisprudência brasileira já tem apresentado julgados que consubstanciam entendimento que aparta discricionariedade de conceitos jurídicos indeterminados. O Poder Judiciário avança sobre questões que, até há pouco tempo, eram consideradas imunes ao controle externo. As indeterminações passam a ser examinadas perquirindo-se a sua justa e correta aplicação no caso concreto.

Em recente julgamento, o Superior Tribunal de Justiça exarou entendimento que coaduna com a possibilidade do Poder Judiciário adentrar o mérito quando a Administração está calcada em conceitos jurídicos indeterminados.

<sup>31</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Op. cit., p. 88.

O acórdão remete a expressão fluida “interesse público”. Para o eminente Ministro Félix Fischer, a indeterminação presente na assertiva não conduz à atuação discricionária da Administração. Vale transcrever trecho do excerto jurisprudencial:

“Resta saber se esta imprecisão do termo ‘relevante interesse público’ conduz à dita discricionariedade administrativa ou, ao contrário, à vinculação. Essa distinção torna-se imprescindível, pois há quem defenda que caso se refira a esta e não àquela, o Poder Judiciário poderá dizer se se adotou a decisão adequada. É que a peculiaridade da discricionariedade está, exatamente, na existência de opções que conduzem a indiferentes jurídicos, os quais, por serem de tal natureza, inviabilizam a intromissão do Poder Judiciário. (...) Veja que o fato de o conceito jurídico indeterminado resultar em uma modalidade de vinculação administrativa não engessa a atividade administrativa, vez que possibilita a adequação às peculiaridades de cada caso concreto”.<sup>32</sup>

Em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Paulo Medina exarou entendimento consentâneo com a sistemática defendida pelo professor Eduardo García de Enterría. Por meio de Medida Cautelar tentava-se conferir efeito suspensivo ativo ao Recurso Especial interposto na origem. Buscava-se o restabelecimento de liminar suspensa sob o argumento de “lesão às ordens jurídica e econômica”. Refutada foi a tese de que a utilização desses conceitos indeterminados geraria discricionariedade para o Presidente do Tribunal e, conseqüentemente, impossibilitariam a interposição do Recurso Especial. Observa-se proficuidade nas palavras carreadas no acórdão:

“Tais conceitos são plurissignificativos, ressentindo-se de certa fluidez, de alguma incerteza. Por serem atinentes ao mundo da razão prática, da sensibilidade, não possuem, sempre e literalmente, significado objetivo ou unívoco, sendo, por isso, denominados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. No entanto, se, em abstrato, esses conceitos se revestem de relativa certeza, no caso concreto é possível aferir o único sentido possível em que podem ser tomados e, por isso, na esteira da moderna doutrina administrativista, pátria e estrangeira, a hipótese

---

<sup>32</sup> Recurso em Mandado de Segurança 19.590-RS, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 20.03.2006.

analisada é entendida como caso de vinculação (ou regulação direta) e não campo de exercício da discricionariedade”.<sup>33</sup>

Na esfera concorrencial, a atuação do Poder Judiciário como revisor de atos proferidos pela Administração ainda encontra dificuldades. Relativamente à revisão das decisões proferidas pelo CADE no controle de estruturas, pode-se dizer que raros são os julgados. Percebe-se, assim, formação jurisprudencial de salutar tendência ao se revisar os atos administrativos quando informados pelos conceitos jurídicos indeterminados. Seguindo-se esse liame, será possível vislumbrar, em breve, a atuação dos magistrados reapreciando matéria econômica. O fato das decisões exaradas pelo CADE se pautarem em conceitos fluidos não mais justifica sua imunidade a um controle jurisdicional.

## 12. Sínteses conclusivas

Em síntese conclusiva, podem ser traçadas as seguintes assertivas:

1. A Ciência do Direito e a Ciência Econômica demonstram-se cada vez mais integradas, suscitando, de modo candente, a necessidade de um estudo sistemático que utilize os instrumentais e as lógicas pertinentes a ambas as matérias. O Direito Econômico parece despontar como a síntese da interface entre as duas matérias. Tal ramo da Ciência Jurídica trabalha com normas e conceitos de natureza essencialmente econômica.

2. A análise antitruste oferece ao intérprete uma série de conceitos jurídicos indeterminados. A Lei 8.884/94 traz em seu corpo diversas expressões dotadas de fluidez. O art. 54 desse instrumento normativo, supedâneo para o controle de estruturas, a título de exemplo, carrega expressões como “resultar dominação de mercados”, “prejudicar a livre concorrência”, “resultar na dominação de mercados”, “aumentar a produtividade”, entre outras tantas. Percebe-se, pois, que a análise dos atos de concentração é permeada pelo uso de indeterminações. Conceitos fluidos e imprecisos, além de serem encontrados na lei, estão intrínsecos à análise concorrencial, uma vez que esta se realiza com a utilização do instrumental econômico, muitas vezes pautado pela indeterminação.

<sup>33</sup> Agravo Regimental em Medida Cautelar 4053-RS, 2.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Paulo Medina, *DJ* 12.11.2001.

3. O Direito Econômico possui em seu núcleo a concretização de políticas públicas. Há quem afirme que o CADE, por ser órgão que compõe o Poder Executivo, deveria manter sua atuação adstrita às políticas econômicas estabelecidas por determinado governo. O Chefe do Poder Executivo, atuando como representante do povo, fixaria atuações políticas às quais estaria vinculado o Conselho. É interpretação do sistema antitruste que não pode prosperar. Compelir os conselheiros a atuarem conforme os ditames do chefe do Executivo significa colocar em xeque a própria autonomia da entidade autárquica. Dizer que a atuação do CADE consubstancia implementação de políticas econômicas não significa dizer que a atuação do Conselho estará vinculada aos ditames do Presidente da República. O CADE deve estar adstrito, primordialmente, à formação de um saudável ambiente concorrencial.

4. Os atos exarados pela Administração ou são dotados de discricionariedade ou de vinculação. A discricionariedade ocorrerá quando ao administrador for oferecida margem de liberdade para atuar dentro de seus critérios de conveniência e oportunidade. Contrariamente, a vinculação será identificada nas situações em que o ente administrativo encontrar-se vinculado a norma de direito positivo, devendo agir da maneira especificada pela disposição legal. A jurisprudência brasileira fixou entendimento de que ao Poder Judiciário não é dada a possibilidade de rever os atos administrativos dotados de discricionariedade. Identificar se as decisões do CADE são atos vinculados ou discricionários revela extrema importância, uma vez que justifica, ou não, a atuação do Poder Judiciário na reapreciação da matéria concorrencial.

5. Os conceitos jurídicos indeterminados são expressões comumente encontradas nos textos legislativos e que não possuem um sentido preciso. São também chamados de conceitos fluidos ou imprecisos. A doutrina administrativista tradicional assevera que se identificados os conceitos jurídicos indeterminados nas disposições de um texto legal, estar-se-ia diante de situação pautada pela discricionariedade. Assim, deparando-se com conceitos fluidos, a Administração teria margem para atuar de acordo com seus critérios de conveniência e oportunidade.

6. As decisões proferidas pelo CADE no controle de estruturas são sempre pautadas pela fluidez. A indeterminação está presente nas disposições da Lei 8.884/94, e até mesmo na utilização do instrumental econômico intrínseco à análise concorrencial.

7. A teoria encampada pelos espanhóis Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández vem acrescentar elementos a essa discussão. Para essa doutrina, a imprecisão existiria apenas em abstrato. Diante de uma situa-

ção concreta, cabe ao administrador optar pela única solução correta, aferida por meio de um juízo de inteligência. A indeterminação do enunciado não traduz indeterminação da aplicação do mesmo. Haverá apenas uma solução justa e apta a dirimir a situação concreta. Não há que se concluir pela existência de discricionariedade. Conceitos jurídicos indeterminados e discríção possuem acepções diversas, não podendo ser confundidos.

8. Transpondo a inteligência da doutrina administrativista para a seara concorrencial, conclui-se que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados pela legislação pertinente não consubstancia hipótese de atuação discricionária do administrador. Quando um conselheiro depara-se com um caso concreto, só haverá uma única solução capaz de atender os desígnios da lei antitruste. O controle de estruturas não foge à regra. A fluidez presente na análise não possibilita ao ente administrativo atuar sob critérios de conveniência e oportunidade. Não se concebem as decisões proferidas pelo CADE em atos de concentração como dotadas de discríção. Tem-se que uma única decisão se ajusta ao caso concreto, não podendo a Administração se furtar do controle exercido pelo Poder Judiciário. Sendo lesionado, cabe ao requerente aduzir seu anseio de revisão em juízo.

9. Analisando-se a questão sob o prisma doutrinário explicitado por Tercio Sampaio Ferraz Júnior, outra não seria a conclusão. A atuação do CADE revelaria discricionariedade técnica imprópria. Caberia ao administrador uma única solução juridicamente válida quando a lei utiliza conceitos que dependem da manifestação de órgãos técnicos. Os conselheiros deveriam decidir sempre de acordo com as condições técnicas estabelecidas pela lei concorrencial. Não há margem para utilização de critérios de conveniência e oportunidade.

10. A Análise Econômica do Direito oferece substrato interpretativo para as normas jurídicas, notadamente para a Lei 8.884/94. Transpondo essa doutrina para a questão em análise, tem-se que a revisão jurisdicional das decisões proferidas pelo CADE no controle de estruturas consubstancia hipótese de eficiência alocativa. A possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário objetivando reformar decisão proferida pelo Conselho revela, do ponto de vista do mercado, um aumento no bem-estar social. A sociedade que se baseia na maximização de eficiências alocativas oferece mercado mais adequado e dotado de qualificação.

11. O art. 5.º do texto constitucional, em seu inciso XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A referida assertiva é escopo de aplicação do princípio da “Inafastabilidade

do Poder Judiciário”. Assim, sendo identificada lesão ou ameaça de lesão, é garantido o recurso ao Judiciário, que terá amplitude para decidir acerca da demanda. As decisões do CADE não fogem a esse princípio. Se um requerente se sentir lesado, poderá utilizar as medidas judiciais cabíveis procurando se proteger. Não há que se afastar a apreciação do Poder Judiciário, sob pena de descumprir um preceito insculpido na Constituição da República.

12. Conclui-se, por conseguinte, que as decisões proferidas pelo CADE no controle de estruturas estão calcadas em conceitos jurídicos indeterminados, que, por sua vez, não conduzem à atuação discricionária do ente administrativo. Revelam-se, portanto, como decisões dotadas de vinculação aos ditames preceituados na lei concorrencial. Justifica-se, pois, a revisão no âmbito do Poder Judiciário dos atos proferidos pelo CADE no controle de estruturas. Reconhecendo-se a vinculação, abre-se margem para o juiz adentrar o mérito da questão e examinar os elementos que conduziram à aprovação ou desaprovação de um ato de concentração.

### **Bibliografia**

ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BREYER, Stephen. *Economic reasoning and judicial review*. Disponível em: <http://www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=840>. Acesso em: 15 nov. 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Discricionariedade das decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, v. 6, n. 4, 1997.

- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência. *Revista de Direito Econômico*, n. 26, 1997.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* 2003. Disponível em: [http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando\\_Castelar\\_Pinheiro.pdf#search=%22Armando%20Castelar%20Pinheiro%22](http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro.pdf#search=%22Armando%20Castelar%20Pinheiro%22). Acesso em: 9 out. 2006.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- \_\_\_\_\_. O Poder Judiciário e a aplicação da lei antitruste. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001.

