

# CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

*José Elaeres Marques Teixeira\**

## 1. Introdução

O Brasil vive momentos de afirmação do Direito da Concorrência. É natural, então, as muitas dúvidas sobre uma infinidade de questões que têm surgido, na medida em que as proposições legais são aplicadas aos casos concretos e, ao mesmo tempo, é revelada a gama de poderes que a legislação confere ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão capaz, por exemplo, de vetar operações entre grandes conglomerados econômicos e de aplicar pesadas multas às empresas acusadas de formação de cartel. Uma séria dúvida diz respeito à abrangência do controle judicial das decisões do tribunal administrativo da concorrência. É um tema delicado e, sem dúvida, um dos mais palpitantes do momento, o qual requer abordagem serena, isenta, sem extremismos, levando-se em conta o sistema jurídico ao qual nos filiamos. Essa é a pretensão do presente trabalho.

## 2. Unidade e dualidade da jurisdição

Em se tratando de atuação do Judiciário em face das decisões oriundas de entidade da Administração Pública, o ponto de partida das nossas reflexões deve ser a jurisdição, naqueles aspectos que interessam.

Existem hoje, basicamente, dois sistemas de jurisdição: o sistema da *unidade da jurisdição* e o sistema da *dualidade da jurisdição*. O primeiro, também conhecido como *sistema inglês*, confere ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição. O segundo, chamado de *sistema francês*, atribui a solução de certos litígios envolvendo a Administração Pública ou suas autarquias a tribunais administrativos, vinculados ao Poder Executivo.

A principal diferença entre um e outro é que, no *sistema inglês*, somente as decisões oriundas dos órgãos do Poder Judiciário é que adquirem autoridade de coisa julgada, ou seja, tornam-se imutáveis; as decisões administrativas apenas sofrem os efeitos da preclusão no âmbito da própria Administração, sujeitando-se, sem exceção, ao reexame, pelo Judiciário, quanto à sua legalidade e constitucionalidade.

---

\* (Mestre em Direito pela UFSC. Procurador Regional da República. Representante do MPF junto ao CADE)

Diversamente, no *sistema francês*, os juízes não detêm o monopólio da jurisdição: essa atividade é compartilhada com os chamados tribunais administrativos, que decidem as matérias de sua competência com eficácia vinculativa plena, o que significa dizer que seus pronunciamentos também transitam materialmente em julgado, não podendo, portanto, ser reexaminados pelos órgãos do Poder Judiciário.

O Brasil teve uma única experiência de contencioso administrativo no período do Império. O Conselho de Estado, além da tarefa de assessorar o Imperador, também decidia certas lides de Direito Administrativo. Registra Celso Agrícola Barbi<sup>1</sup>, entretanto, que não eram poucas as controvérsias sobre a fixação dos limites da jurisdição dos tribunais judiciais e dos tribunais administrativos, controvérsias essas que tinham origem, por um lado, na tradição lusitana de unidade da jurisdição, e, por outro, nas idéias extraídas de livros franceses que aqui chegavam abordando a dualidade da jurisdição vigente na França.

Com o advento da República, o Brasil optou definitivamente pelo sistema da *unidade da jurisdição*, embora a Constituição de 1969 tenha previsto, no art. 111, que a lei poderia criar contencioso administrativo para julgar as causas ali mencionadas, além de estabelecer, no art. 205, que lides entre entidades maiores de direito público e suas respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista seriam decididas, *com eficácia vinculativa plena*, pela autoridade administrativa, ressalvado ao acionista da sociedade de economia mista o direito de recurso ao Judiciário, por meio de ação anulatória. Mas a lei referida no art. 111 nunca foi editada e o art. 205 não chegou a ser implementado, porque, segundo o Supremo Tribunal Federal – STF, dependia de lei regulamentadora<sup>2</sup>, também não editada pelo Congresso Nacional.

Na vigente Constituição Federal, a regra da *unidade da jurisdição* está consagrada no art. 5º, inciso XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

É de se consignar que a mesma Constituição que consagra o sistema da *unidade da jurisdição* admite, entretanto, dois casos de *jurisdição anômala*, porque, conforme Athos Gusmão Carneiro, é exercida por “órgãos alheios ao Poder Judiciário”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 3. ed. Rio e Janeiro: Forense, 1977, p. 40.

<sup>2</sup> STF. Recurso Extraordinário nº 90.102/SP. Relator: Ministro Moreira Alves. *DJ* de 19/02/1979, p. 1.064.

<sup>3</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 13.

O primeiro caso de *jurisdição anômala* é aquele em que o Senado Federal, nos processos de *impeachment*, julga, por crimes de responsabilidade, o Presidente da República, o Vice-Presidente e os Ministros de Estado, depois de admitida a acusação pela Câmara dos Deputados. Nessa hipótese, também se inclui o processo e julgamento, ainda pelo Senado Federal, de Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, igualmente, nos crimes de responsabilidade (arts. 51, I, e 52, I e II, da CF).

O segundo caso de *jurisdição anômala* prevista na Constituição diz respeito ao Tribunal de Contas da União, incumbido de “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos” (art. 71, II, da CF). No que concerne ao *aspecto contábil – a regularidade das próprias contas* –, o julgamento do TCU impõe-se ao Judiciário.

Fora esses casos excepcionados na própria Constituição Federal, considerando o sistema ao qual nos filiamos, que é o da *unidade da jurisdição*, nenhum outro pode ser suprimido da apreciação do Judiciário, sempre que colocado sob a forma de um pleito judicial e no qual se alegue violação ou ameaça de violação a direito. Nas palavras de Athos Gusmão Carneiro:

“A existência de órgãos da *justiça administrativa* ou *contencioso administrativo* (Conselhos de Contribuintes, *Tribunais* de Recursos Fiscais) não implica ofensa ao monopólio exercido pelo Poder Judiciário. As decisões proferidas pelos colegiados administrativos não se revestem de caráter jurisdicional; portanto, não transitam materialmente em julgado, ficando sujeita a matéria ao reexame dos Tribunais, a instâncias de quem demonstre jurídico interesse”<sup>4</sup>.

### 3. Controle judicial dos atos administrativos

Firmado que no Brasil é o Poder Judiciário quem detém o monopólio da jurisdição e que a Constituição Federal excepciona apenas dois casos de *jurisdição anômala*, avancemos no tema, ingressando agora na seara da sindicabilidade das decisões emanadas da Administração Pública, focando a análise naquelas decisões que decorrem do exercício de um poder discricionário.

Vale lembrar que o instituto da discricionariedade administrativa tem origem no Conselho de Estado francês. Em um primeiro momento, o conceito era amplo, excluindo do controle dos tribunais todas as chamadas *matérias de*

<sup>4</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 9.

*polícia* que diziam respeito à segurança e à ordem pública<sup>5</sup>. Posteriormente, já na segunda metade do século XIX, houve um pequeno avanço, quando então apenas os *atos de pura administração* eram tidos como discricionários, não sujeitos ao controle jurisdicional. Essa característica de discricionariedade deixava de existir quando o ato, de alguma forma, tocasse em direitos individuais, submetendo-se, então, ao referido controle.

Mas o grande passo dado pelo direito francês no sentido de estabelecer limites à discricionariedade administrativa, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ocorreu com a elaboração da *teoria do desvio de poder*. Por meio dessa teoria, “o Conselho de Estado passou a examinar se os fins visados pelas autoridades supostamente competentes e obedecendo a forma legal estavam em consonância com o interesse público”. O entendimento que passou a vigorar é o de que o ato administrativo é passível de invalidação sempre que a autoridade dele se utiliza “com finalidade diversa daquela para a qual foi outorgado o poder de praticá-lo”<sup>6</sup>. Desde então, a idéia de *ato discricionário* perdeu força, preferindo o direito francês a expressão *atos praticados no exercício de poder discricionário*.

Essa doutrina foi acolhida no Brasil. Embora a maioria dos autores brasileiros admita a convivência das expressões *atos discricionários* e *atos praticados no exercício de poder discricionário*, entende-se que o ato administrativo pode ser controlado pelo Judiciário no tocante à sua finalidade.

Hely Lopes Meirelles afirmava que o *desvio de poder* ou *desvio de finalidade* ocorre sempre que a autoridade “pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público”<sup>7</sup>. Quando há *desvio de poder*, identifica-se na prática do ato *violação ideológica ou moral da lei*, posto que o agente deixa de observar os fins por ela pretendidos.

Por seu turno, Celso Ribeiro Bastos lembra que há desvio de poder administrativo na medida em que o agente “serve-se do ato para atingir finalidade alheia à sua natureza”. E acrescenta:

“Os vícios que podem incidir nos elementos motivo e finalidade ganham um nome abrangente de *desvio de finalidade*. Consiste este na utilização

<sup>5</sup> Vide SOUZA, António Francisco de. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Editora Danúbio, 1987, p. 36-37.

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 89-90.

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112.

de uma competência legal, mas para o atingimento de finalidade diversa da contemplada no instituto ou para fins não condizentes com o interesse público”<sup>8</sup>.

Nesse mesmo diapasão é a lição de Diogenes Gasparini, para quem “o desvio de finalidade e o excesso de poder são defeitos do ato, em face da legalidade (...)”<sup>9</sup>. Assim, ocorre *desvio de finalidade* quando o agente pretende fim diverso do interesse público; quando utiliza determinado instrumental jurídico previsto em lei, com um certo fim para obter outro, mesmo que de interesse público; enfim, quando o próprio conteúdo do ato excede os limites legais.

Não se pode deixar de registrar que, apesar de a doutrina brasileira há décadas reconhecer a possibilidade do exercício de um controle judicial baseado nos fins do ato administrativo discricionário, com algumas exceções, os autores asseveram que o *mérito* do ato é insuscetível de apreciação pelos juízes, ou seja, os aspectos de *oportunidade e conveniência* estão reservados à Administração Pública.

Todavia, essa “*perigosa indisposição, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, para o controle meritório dos atos discricionários*”<sup>10</sup> vem sendo superada após o advento da Constituição de 1988, que, de forma extraordinária, constitucionalizou a Administração Pública, promovendo uma verdadeira dependência constitucional do Direito Administrativo.

Desde então, paulatinamente, tem-se firmado um pensamento novo sobre os limites do controle judicial dos atos e decisões administrativas. Apenas para ilustrar, lembrem-se aqui as lições de Cláudio Ari Mello, Andréas J. Krell e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Segundo Cláudio Ari Mello:

“Esse processo de constitucionalização tem permitido inserir a dogmática do direito administrativo nas grandes discussões conduzidas dentro da teoria constitucional, que (...) mantém hoje um intenso debate com a filosofia moral e política e com as ciências sociais. O contato com o direito constitucional tem produzido uma autocrítica do direito administrativo e uma revisão dos conceitos nucleares da sua dogmática, dentre eles justamente a doutrina da discricionariedade admi-

<sup>8</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 151-152.

<sup>9</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 138.

<sup>10</sup> CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 186.

nistrativa, do que tem resultado um refluxo consistente e sustentável da tese da injusticialidade dos atos discricionários”<sup>11</sup>.

Por sua vez, Andréas J. Krell pontua o seguinte:

“Não há mais dúvida, no Brasil, de que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário e também aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados de prognose, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, baseado nos princípios constitucionais e nos princípios gerais de Direito. Na atual fase ‘pós-positivista’, que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direito nos novos textos constitucionais, os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade. Essa ‘princípioalização’ do Direito brasileiro (proibição da arbitrariedade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima, etc.) aumentou a margem da vinculação dos atos discricionários”.

E prossegue o mencionado autor:

“Nesse controle, ganham fundamental importância os princípios da Administração Pública, consagrados no art. 37 da Carta Federal: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência delimitam a margem de interpretação de todo o sistema jurídico e estabelecem os limites da juridicidade de qualquer ato estatal (...)”<sup>12</sup>.

Por fim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, apesar de reconhecer que ao Judiciário é vedado exercer o controle do mérito do ato administrativo discricionário, adverte que “é necessário colocar a discricionariedade em seus devidos limites, para impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente em matéria de mérito”<sup>13</sup>. Para tanto, ela discorre sobre o que chama de “princípios limitadores da discricionariedade administrativa”, entre os quais inclui o princípio da moralidade, os princípios gerais de Direito, o princípio da razoabilidade e o princípio do interesse público.

<sup>11</sup> MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 232.

<sup>12</sup> KREEL, Andréas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 53-54.

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 130.

Ao tratar dos princípios gerais de Direito, a eminente professora paulista ressaltava que o Judiciário está legitimado a apreciar os atos discricionários à luz de tais princípios. E dando colorido novo àquele velho conceito de legalidade, como limite à discricionariedade, sustenta:

“(...) em vez de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pela *lei*, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pelo *Direito*. O princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em *Estado de Direito* propriamente dito”<sup>14</sup>.

De outra parte, quando aborda o princípio da razoabilidade, fundamentada em lições dos mais respeitáveis autores nacionais, como Ada Pellegrini Grinover, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Lúcia Valle Figueiredo e Celso Antônio Bandeira de Mello, Di Pietro conclui que a razoabilidade constitui um dos princípios limitadores à discricionariedade administrativa<sup>15</sup>.

Essa tendência em limitar a discricionariedade administrativa também tem sido constatada no âmbito do Judiciário. Com efeito, ao julgar o Resp nº 575.280/SP, a Primeira Turma do STJ registrou o seguinte: “(...) não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea”<sup>16</sup>.

E em outro julgado (Resp nº 443.310/RS), a mesma Primeira Turma deixou consignado que:

“(...) ”

2. A atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarda uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim a que a lei almeja alcançar. 3. A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do qual é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a *contrario sensu*; vale dizer, escapa à razoabilidade

<sup>14</sup> Id. op. cit., p. 173.

<sup>15</sup> Id. op. cit., p. 206.

<sup>16</sup> Supremo Tribunal Federal. Resp nº 575.280/SP. Relator Ministro Luiz Fux. *DJ* de 25/10/2004, p. 228.

‘aquilo que não pode ser’. A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado”<sup>17</sup>.

No STF, entre os precedentes sobre o tema, vale lembrar o RE nº 131.661/ES. Do acórdão, extrai-se esta mensagem:

“Na dicção sempre oportuna de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível (Discricionariedade e Controle Judicial)”<sup>18</sup>.

Ainda sobre essa tendência jurisprudencial de ampliação do controle judicial dos atos discricionários, não se poderia deixar de fazer referência aqui ao julgamento, pelo STF, do RE nº 167.137/TO<sup>19</sup>. Nesse caso, estava em discussão a nomeação de conselheiros do Tribunal de Contas Estadual. Dizia-se que dois dos nomeados para a recém-instalada Corte de Contas de Tocantins não preenchiam, entre outros, os requisitos do art. 73, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, aplicável à espécie, por força do seu art. 75, ou seja, *notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública*.

Por unanimidade, a Segunda Turma do Tribunal entendeu que “deve haver um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar”. No seu voto, o Ministro Paulo Brossard, relator do recurso, registrou que:

“(…) a *comprovada* idoneidade e o *notório* saber, como a própria adjetivação ressalta, são elementos objetivos que não podem ser desconsiderados pela discricionariedade, pela vontade, pela simples avaliação do Governador. Esta visão distorcida do ato administrativo praticado já seria, por si só, suficiente para demonstrar a sua contaminação”.

<sup>17</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 443.310/RS. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. *DJ* de 03/11/2003, p. 249.

<sup>18</sup> Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 131.661/ES. Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. *DJ* de 17/11/1995, p. 39.209.

<sup>19</sup> Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 167.137/TO. Segunda Turma. Relator: Ministro Paulo Brossard. *DJ* de 25/11/1994, p. 32.312.



Por sua vez, o Ministro Néri da Silveira, ao proferir o seu voto, afirmou que, na escolha dos membros da Corte de Contas, não pode o Governador, “no exercício desse poder discricionário”, deixar de atentar para os limites estabelecidos na Constituição. E acrescentou:

“Se esses aspectos básicos, quanto à qualificação dos escolhidos, não se cumprirem, as nomeações não estão em condições de subsistir, por descumprimento aos indesviáveis preceitos da Constituição Federal”.

Como se pode ver, consolida-se tanto na doutrina como na jurisprudência a idéia de que, no atual estágio do direito nacional, não é mais possível sustentar a tese da imunidade judicial dos atos administrativos discricionários, não só no que diz respeito aos aspectos formais, mas também no tocante ao próprio mérito.

Em face do texto constitucional e dos princípios ali contidos, destacadamente aqueles inseridos no art. 37, que dão as diretrizes fundamentais à Administração Pública, nenhuma autoridade está totalmente livre para agir ao seu talante. Assim, ainda que no exercício de poderes discricionários, no que toca à conformidade do ato com as normas e os princípios constitucionais, não há liberdade, e sim vinculação. O móvel da autoridade pública investida de poderes discricionários não pode ser outro senão o de dar eficácia às normas e aos princípios constitucionais relacionados à Administração Pública. Sempre que verificado o desvio de finalidade – o descompasso do ato ou decisão administrativa com a vontade da Constituição –, a interposição judiciária se coloca, com amplo prospecto de conhecimento.

#### 4. Discricionariedade técnica

A discricionariedade administrativa assume relevância na abordagem do tema controle judicial das decisões do CADE na medida em que os seus pronunciamentos constituem *decisões administrativas técnicas*<sup>20</sup>, resultantes, portanto, do exercício de uma *discricionariedade técnica*. Além disso, há sérias controvérsias doutrinárias sobre a relação entre *conceitos jurídicos indeterminados* – dos quais a Lei nº 8.884/94 está repleta – e discricionariedade administrativa<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Vide OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 326-328.

<sup>21</sup> Vide DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 98.

Ao tratar da *discricionariedade técnica*, Marcos Juruena Villela Souto ressalta que ela “envolve a aplicação de regras experimentadas, comprovadas e comumente certas, ou, em outras palavras, a valoração de fatos opináveis segundo pautas técnico-administrativas”. E sobre o controle judicial de decisão dessa natureza, ele afirma:

“O controle da discricionariedade técnica não pode, assim, envolver o mérito, salvo por erro de fato, irrazoabilidade de contradição (que seria o excesso de poder) ou por violação da lei. (...) Quando a ordem jurídica se remete a questões técnicas complexas de difícil compreensão ou de impossível reprodução probatória (por sua característica intrínseca), o juiz deve se contentar com o ‘juízo do tolerável’, ou seja, uma decisão motivada da Administração (já que o estado da arte ainda não permitiu a certeza absoluta)”<sup>22</sup>.

Em posição diametralmente oposta coloca-se Eros Roberto Grau. Com efeito, seguindo a doutrina crítica do português António Francisco de Souza<sup>23</sup>, ele não admite que a inegável dificuldade para o exercício do controle de decisões *altamente técnicas* resulte em autorização para a Administração Pública deliberar conforme a sua livre apreciação subjetiva. Na sua concepção, quando o juiz se deparar com matéria que não conhece, deve ouvir peritos, os quais esclarecerão os fatos sobre os quais decidirá<sup>24</sup>.

Essa mesma linha de pensamento é desenvolvida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, depois de lembrar que a discricionariedade técnica pode proporcionar lesão ou ameaça de lesão a direito, ensejando, portanto, a correção judicial, reitera e explicita a sua posição:

“Alias, tenho entendido que, entre os *conceitos jurídicos indeterminados* contidos na lei, os *conceitos técnicos* são precisamente os que menos geram discricionariedade, pelo simples fato de que a indeterminação pode desaparecer com a manifestação do órgão técnico (cf. Di Pietro, 1991:92). No direito brasileiro, os peritos são considerados auxiliares da Justiça e, com a sua manifestação, o

<sup>22</sup> VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 358-360.

<sup>23</sup> SOUZA, António Francisco de. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Editora Danúbio, 1987, p. 308-309.

<sup>24</sup> GRAU, Eros Roberto. Discricionariedade técnica e parecer técnico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, p. 114-121, jan./mar. 1990.

Poder Judiciário pode transformar em determinado um conceito que, na lei, aparece como indeterminado. Se a definição feita por ato administrativo for incorreta e causar dano ou ameaça de dano, ela pode ser invalidada pelo Judiciário”<sup>25</sup>.

Cabe referir aqui, ainda, a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., quando aborda as decisões do CADE em atos de concentração. Após fazer a distinção entre *discricionariedade técnica própria* e *discricionariedade técnica imprópria*, o eminente professor paulista consigna que as decisões que aprovam ou desaprovam atos de concentração pertencem a esta última categoria. Isso implica em reconhecer que, com essas decisões, o CADE “não expressa um juízo de conveniência e oportunidade mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da livre concorrência.” E, ao concluir, ressalta:

“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 questões formais de competência e moralidade. Cabe-lhe, assim, examinar a solidez dos critérios técnicos embasadores da decisão”<sup>26</sup>.

O que se verifica, portanto, no que toca à *discricionariedade técnica*, é que, apesar de respeitáveis posicionamentos em contrário, há uma forte tendência doutrinária em reconhecer que ela não confere liberdade à autoridade administrativa. Assim, ao decidir uma questão que envolve conhecimentos técnicos, deve essa autoridade buscar sempre a solução técnica mais adequada ou a melhor solução para o caso. Quanto mais se afastar dessa proposição, maior a probabilidade de a decisão ser alterada mediante revisão judicial.

## 5. Conceitos jurídicos indeterminados

No que se refere aos *conceitos jurídicos indeterminados*, é bom lembrar que só recentemente esse tema passou a ser abordado pela doutrina e a inspirar certas decisões judiciais, apesar de já consagrado em países como a Alemanha, a Itália, Portugal e a Espanha.

<sup>25</sup> Idem. *O papel das Agências Reguladoras nos serviços públicos concedidos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 156.

<sup>26</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, São Paulo, vol. 4, n. 6, p. 87-89, 1997.

Na avaliação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>27</sup>, o direito alemão e o direito espanhol acolhem as “posições mais extremadas”, filiando-se a uma linha de pensamento segundo a qual os conceitos jurídicos indeterminados não conferem discricionariedade à Administração, já que a solução válida para cada caso concreto decorre de um trabalho de interpretação normativa.

É no direito italiano e em parte do direito alemão que se encontra a posição mais liberal, aceitando certa margem de discricionariedade à Administração Pública quando o conceito indeterminado implique em adoção de *critério de valor*. Vale lembrar, entretanto, que, para essa corrente, também fica afastada a discricionariedade no caso concreto sempre que se tratar de aplicação de *conceito de experiência* ou *conceito técnico*. Nessa hipótese, não é admitida solução alternativa à Administração.

No direito brasileiro adquire maior simpatia a segunda corrente doutrinária, mas com restrições, pois se identifica alguma preocupação dos autores em limitar a discricionariedade por meio da aplicação de princípios como o do interesse público e o da razoabilidade.

Regina Helena Costa<sup>28</sup> ilustra bem essa tendência ao destacar que, no estudo dos conceitos jurídicos indeterminados, é necessário fazer a distinção entre *conceitos de experiência* e *conceitos de valor*. Em se tratando de *conceitos de experiência*, não há margem de liberdade na definição do seu significado, porque eles são determináveis mediante interpretação. Nesse caso, é amplo o controle judicial, já que ao Judiciário é conferido o poder de dar a última palavra em matéria de interpretação das normas jurídicas.

Por outro lado, quando se apresentam *conceitos de valor*, sendo insuficiente o processo interpretativo, cabe à autoridade administrativa preencher o conceito por intermédio de uma avaliação subjetiva. Entretanto, isso não significa total liberdade ao agente, que, diante de duas ou mais alternativas possíveis, norteando a sua apreciação pelo princípio da razoabilidade, deve buscar, para o caso concreto, a solução aceitável, que, em síntese, é a única solução válida.

Na Lei nº 8.884/94, a maioria dos conceitos jurídicos indeterminados pode ser classificada na categoria dos *conceitos de experiência ou empíricos*, determináveis, portanto, mediante *critérios objetivos*. Em sendo assim, desde que

<sup>27</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 131.

<sup>28</sup> COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, v. 29, p. 79-108.

estudos e pareceres técnicos apontem no sentido do *abuso de posição dominante*, na existência de *ato que prejudique a livre concorrência*, ou que resulte em *dominação de mercado relevante*, uma única solução é possível de ser adotada pelo CADE, qual seja, a implementação de medidas destinadas a suprimir a violação à ordem econômica. Caso tal solução não venha, cabe a revisão judicial.

O inverso também é verdadeiro, como consigna Carlos Ari Sandfeld, ao tratar dos atos de concentração apreciados pelo CADE. Segundo ele:

“No sistema construído pela Lei n. 8884/94, a autorização é vinculada quando o processo comprovar que a operação de concentração não constitui infração atual ou potencial contra a ordem econômica; nesse caso, o interessado tem inquestionável direito subjetivo a ela, sendo o CADE obrigado a expedi-la, sob pena de ilegalidade, passível de correção judicial”<sup>29</sup>.

Ressalve-se que o referido autor identifica nos §§ 1º e 2º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 hipóteses em que, em seu modo de ver, a autorização é discricionária. Isso ocorreria nas chamadas “infrações benéficas”, quando então o CADE, seguindo critério subjetivo, poderia aprovar a operação. Entretanto, ressalta ele que essa discricionariedade não está na *identificação da natureza infracional da operação* e nem na *verificação de seus efeitos benéficos ou não*, pois na apreciação desses elementos o CADE está vinculado a parâmetros objetivos. Além disso, não afasta a incidência do princípio da razoabilidade como limite ao exercício da discricionariedade.

## 6. Conclusão

À exceção dos únicos dois casos de *jurisdição anômala* admitidos na Constituição Federal e entregues, respectivamente, ao Senado Federal e ao Tribunal de Contas da União, o sistema brasileiro de jurisdição única submete todos os atos e decisões da Administração Pública ao controle judicial. Não foge a essa regra as decisões do CADE, seja quando exerce a ação antitruste no *controle de condutas*, seja quando o faz no *controle de estruturas*.

Com o advento da Constituição de 1988, tanto a doutrina como a jurisprudência têm avançado no sentido de submeter ao controle judicial até mesmo o mérito do ato administrativo discricionário, abandonando antiga posição segun-

<sup>29</sup> SANDFELD, Carlos Ari. A função administrativa no controle dos atos de concentração. *Revista de Direito Público e Econômico*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 145-162, abr./jun. 2003.

do a qual os aspectos concernentes à oportunidade e conveniência estariam reservados à Administração Pública, imunes, portanto, ao poder dos juízes. Nesse sentido, até mesmo autores que admitem certa liberdade na edição de ato discricionário discorrem sobre a existência de princípios que limitam a discricionariedade, como é o caso do princípio da razoabilidade. Assim, fala-se não mais em legalidade em sentido estrito como limite ao exercício do poder discricionário da Administração Pública, mas em legalidade em sentido amplo, que abrange os princípios, em especial aqueles com assento constitucional.

O fato de as decisões do CADE decorrerem do exercício de uma *discricionariedade técnica* não significa que estejam imunes ao controle judicial, no tocante ao seu mérito. Embora haja quem defenda que nas *questões técnicas complexas* o Judiciário deve exercer um controle mínimo, no sentido de apenas conferir se a decisão administrativa está devidamente motivada, o certo é que a posição majoritária inclina-se por reconhecer que, da dificuldade para o exercício do controle dessas decisões pelo juiz, não resulta liberdade sem limites. É dever do juiz apreciar a *solidez dos critérios técnicos* que deram ensejo à decisão, valendo-se, quando necessário, de peritos no assunto.

Os conceitos jurídicos indeterminados contidos na Lei nº 8.884/94, enfim, não conferem ao CADE plena discricionariedade, porque, em se tratando de *conceitos de experiência*, não há liberdade na sua definição, sendo determináveis mediante processo interpretativo. E ainda que alguns desses conceitos venham a ser considerados *conceitos de valor*, isso não significa total liberdade, já que a sua definição deve ser buscada com a aplicação do princípio da razoabilidade.

## 7. Referências Bibliográficas

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 3. ed. Rio e Janeiro: Forense, 1977.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 131.661/ES. Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. *DJ* de 17/11/1995, p. 39.209.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 167.137/TO. Segunda Turma. Relator: Ministro Paulo Brossard. *DJ* de 25/11/1994, p. 32.312.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 90.102/SP. Relator: Ministro Moreira Alves. *DJ* de 19/02/1979, p. 1.064.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 57.5280/SP. Primeira

Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. *DJ* de 25/10/2004, p. 228.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 443.310/RS. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. *DJ* de 03/11/2003, p. 249.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, v. 29, p. 79-108.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. *O papel das Agências Reguladoras nos serviços públicos concedidos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, São Paulo, vol. 4, n. 6, p. 87-89, 1997.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAU, Eros Roberto. Discricionariedade técnica e parecer técnico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, p. 114-121, jan./mar. 1990.

KREEL, Andréas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SANDEFELD, Carlos Ari. A função administrativa no controle dos atos de concentração. *Revista de Direito Público e Econômico*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 145-162, abr./jun. 2003.

SOUZA, António Francisco de. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Editora Danúbio, 1987.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

