



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Inafastabilidade da jurisdição: o controle judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Diego Viegas Barbosa

Rio de Janeiro
2015

DIEGO VIEGAS BARBOSA

Inafastabilidade da jurisdição: o controle judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professor(a) Orientador(a):

Guilherme Sandoval

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2015

INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO: O CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Diego Viegas Barbosa

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisador no Grupo de Pesquisa e Documentação do Empresariamento da Saúde – GPDES/UFRJ. Advogado.

Resumo: O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE profere decisões de cunho administrativo na área de defesa da concorrência. O presente trabalho visa entender a finalidade do órgão e a natureza jurídica de suas decisões a fim de enfrentar o tema relativo à revisão judicial destas.

Palavras-chave: Direito administrativo. Sindicabilidade dos atos administrativos. Agências reguladoras. CADE.

Sumário: Introdução. 1. Sindicabilidade judicial dos atos administrativos. 2. CADE – função, estrutura e natureza jurídica. 3. Revisão judicial das decisões do CADE. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho busca analisar o tema controle judicial de atos administrativos no tocante à possibilidade, viabilidade e limites do controle judicial de atos administrativos emitidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 5º, XXXV a inafastabilidade do controle do Poder Judiciário sobre eventuais lesões ou ameaças de lesões a direito. Nesse sentido a doutrina tem debatido intensamente sobre a possibilidade de revisão dos atos administrativos de caráter judicante emitidos pelas autarquias de regime especial, também conhecidas como agências reguladoras.

Nos últimos 25 anos, a Administração Pública brasileira vem sofrendo modificações na sua forma de gestão. Uma das principais mudanças está ligada à descentralização da Administração. A elevação do CADE à categoria de autarquia de regime especial após a

entrada em vigor da Lei n. 8.884/94 é um dos reflexos dessa nova tendência. Com a maior relevância adquirida pelo CADE, principalmente após a promulgação da Lei n. 12.529/12, é essencial entender os limites da revisão judicial de seus atos administrativos.

Antes de adentrar as especificidades da revisão dos atos emanados pelo CADE é preciso entender como se dá e quais são os limites da sindicabilidade dos atos administrativos em geral. Após isso deve-se localizar o CADE dentro da estrutura administrativa estatal e identificar sua natureza jurídica para só então descompatibilizar as controvérsias existentes acerca da revisão judicial das decisões administrativas emanadas pelo CADE.

A metodologia adotada consiste na revisão bibliográfica através de artigos e livros doutrinários, bem como pesquisa jurisprudencial não sistemática.

1. SINDICABILIDADE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O conceito de separação de poderes divide as funções do Estado por três poderes diferentes, de forma que através de um sistema de freios e contrapesos¹ os indivíduos possam ser resguardados de eventuais arbitrariedades estatais, bem como assegurar a própria existência do Estado contra abusos do Governo.

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 traz em seu art. 5º, XXXV² o princípio da inafastabilidade da jurisdição³ assegurando o que a doutrina aponta como sistema inglês ou de jurisdição una. Neste sistema a função jurisdicional é atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário⁴, que é o único a proferir decisões revestidas com a

¹ Também conhecido como *checks and balances system*.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2014. O texto legal traz a seguinte disposição: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

³ Maiores esclarecimentos acerca de tal princípio podem ser encontrados em PANCOTTI, Jose Antonio. *Inafastabilidade da jurisdição e o controle judicial da discricionariedade administrativa*. São Paulo: LTR, 2008.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 83.

qualidade da coisa julgada. Dessa forma, tal poder tem como função exercer a correção das atividades estatais.

Interessante notar que o conceito de ato administrativo dado por Celso Antônio Bandeira de Mello já prevê a possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário:

É possível conceituar ato administrativo como: declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.⁵

A classificação dos atos administrativos em vinculados e discricionários é a que mais importa para os fins deste trabalho. José dos Santos Carvalho Filho aponta que quando a lei indicar o motivo e o objeto do ato esse será vinculado, de forma que o agente público não possui nenhum poder de valoração quanto a tais elementos. Por outro lado, nos atos discricionários a lei permite que o agente pondere os aspectos de conveniência e oportunidade quanto à realização do ato, o que também é conhecido como mérito administrativo⁶. Segundo a definição do autor, o poder discricionário é “a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público”.

É preciso diferenciar a discricionariedade de conceitos jurídicos indeterminados. Diogo de Figueiredo aponta que aquela está ligada à possibilidade de decisão por parte do administrador entre várias opções de mérito, todas a serem escolhidas dentro da moldura legal prefixada para atuação administrativa. No caso dos conceitos jurídicos indeterminados, a norma possui uma vagueza semântica e; portanto, necessitam de atividade interpretativa para serem precisados⁷. No entanto, por questão de lógica, somente permitem uma única interpretação adequada diante de determinados fatos devendo ser tratado como um “problema

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 380.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49-55.

⁷ Exemplos: reputação ilibada, notório saber, calamidade pública.

de correta aplicação do direito”⁸. O Supremo Tribunal Federal – STF assim se posiciona sobre o assunto:

A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.⁹

Como nos atos vinculados a atuação do agente público está adstrita aos motivos e objetos traçados pela lei, não surge maiores dificuldades da doutrina em apontar a possibilidade de revisão judicial de tais atos. No entanto, a discussão sobre a revisão judicial surge quanto aos elementos motivo e objeto dos atos administrativos discricionários, pois o poder discricionário do administrador surge exatamente porque o legislador não consegue antecipar todas as façanhas sociais¹⁰.

A moderna doutrina administrativista aponta que a clássica acepção de insindicabilidade do mérito administrativo não encontra respaldo na atual ordem constitucional¹¹. A discricionariedade que o administrador possui não deve ser confundida com arbitrariedade¹². Não há discricionariedade que não esteja vinculada aos princípios do ordenamento jurídico. Caso o magistrado verifique que um princípio foi violado, será possível o controle do ato, pois o administrador não possui discricionariedade para contrariar a norma.

⁸ MOREIRA NETO, op. cit., p. 149. Contra, entendendo que esse entendimento deve ser considerado ultrapassado e que cabe ao magistrado apenas verificar a sustentabilidade das razões da autoridade administrativa, BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 314-315.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS n. 24.699. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370238>>. Acesso em: 11 out. 2014.

¹⁰ CARVALHO FILHO, op. cit. p. 49.

¹¹ A clássica lição de Hely Lopes Meirelles indica que o mérito administrativo é insindicável, somente cabendo o controle da legalidade do ato. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 203.

¹² Lenio Luiz Streck realiza oportuna crítica relativa à extrapolação dos limites hermenêuticos do texto: “Esse ‘ir-além-do-texto’, enfim, essa discricionariedade que se transforma em arbitrariedade, tem lugar a partir de diversas teorias que colocam na subjetividade do intérprete o locus do processo hermenêutico, tais como as teorias realistas e axiologistas (por vezes, simplesmente voluntaristas) em geral, que, quando lhes interessa, relegam os textos jurídicos a um plano secundário, sob o pretexto de que “cabe ao intérprete a descoberta dos valores escondidos embaixo do texto”. Nesse caso – e não faltam exemplos nesse sentido – até mesmo os textos constitucionais podem soçobrar diante da ‘plenipotenciabilidade’ da ‘consciência do intérprete’. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juizes”*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 11 out. 2014.

Dessa forma, os principais balizadores para averiguação da conformidade do ato aos limites dados pela norma são os princípios da razoabilidade e proporcionalidade¹³. Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao agora exposto:

Cabe ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, zelar, quando provocado, para que o administrador atue nos limites da juridicidade, competência que não se resume ao exame dos aspectos formais do ato, mas vai além, abrangendo a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais, como proporcionalidade e razoabilidade¹⁴.

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que a discricionariedade se coloca em um plano abstrato e anterior a qualquer aplicação a ser dada à norma. A amplitude da discricionariedade dependerá do exame do caso concreto. A mesma norma permitirá maior discricionariedade em determinados casos que em outros e em determinadas situações nem mesmo haverá espaço de decisão para o administrador. Nestas situações sem espaço para o poder discricionário, temos uma situação conhecida como discricionariedade reduzida a zero¹⁵.

Dessa forma, o autor aponta que,

O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades em abstrato abertas pela lei, revelou-se, em concreto, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada¹⁶.

Nesse sentido Gustavo Binbenjy aponta que no lugar de uma predefinição estática de atos que podem ou não sofrer controle – como através da adoção da categoria de atos vinculados ou discricionários – melhor seria adotar critérios dinâmicos. Estes devem levar em conta não apenas a programação normativa do ato como também a idoneidade de cada um dos

¹³ OLIVEIRA, Cristiano de. Devido processo e controle de juridicidade do mérito do ato administrativo. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 7, p. 98 a 113, ago. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/5290>>. Acesso em: 11 Out. 2014.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.001.673. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=778394&num_registro=200702545680&data=20080623&formato=PDF>. Acesso em: 11 out. 2014.

¹⁵ MELLO, op. cit. p. 953-954

¹⁶ *Ibidem*.

Poderes para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas¹⁷.

Percebe-se; portanto, que é possível a revisão judicial dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário a fim de verificar se a discricionariedade se deu dentro das balizas permitidas pela norma, devendo-se observar sempre a estrutura de cada Poder da República.

2. CADE – FUNÇÃO, ESTRUTURA E NATUREZA JURÍDICA

O CADE é atualmente uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e faz parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC^{18 19}.

A criação do CADE se deu pela Lei 4.137/62 na forma de órgão do Ministério da Justiça, integrante da administração pública direta. Salgado afirma que “a lei criou o Cade como um tribunal administrativo inspirado no desenho norte-americano de agências, em particular da Federal Trade Commission, sua congênere naquele país”²⁰.

Após a entrada em vigor da Lei 8.884/94 que dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica o CADE passou a ter natureza jurídica de autarquia. Essa mudança veio no bojo do sistema de descentralização da administração pública e das

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 315-316.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 27 abr. 2015. O art. 3º da Lei assim dispõe: “O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.”

¹⁹ Ibidem. O art. 4º da Lei assim dispõe: “O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.”

²⁰ SALGADO, Lucia Helena. *Defesa da concorrência no Brasil em momento de decisão*. p. 2. Disponível em: <http://works.bepress.com/lucia_salgado/12>. Acesso em: 07 jan. 2015.

reformas liberalizantes do Governo Collor, sobretudo porque se entendia necessário um maior controle governamental sobre o exercício abusivo do poder de mercado²¹.

Na vigência da Lei 8884/94 o SBDC era formado pela Secretaria de Direito Econômico – SDE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – Seae e pelo próprio CADE. De modo geral a SDE fazia o papel de órgão investigador do sistema, a Seae emitia pareceres técnicos nos procedimentos administrativos e o CADE atuava como tribunal administrativo.

Recentemente o SBDC sofreu uma reforma em sua estrutura através da Lei 12.529/11 cujo art. 3º aponta que o sistema é atualmente composto apenas pelo CADE e pela Seae. O CADE foi desmembrado em três órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos. O Tribunal Administrativo exerce função judicante, porém não jurisdicional, decidindo sobre a existência de infração à ordem econômica e realizando o controle de atos de concentração (aquisições, fusões e incorporações), entre outras atribuições. A Superintendência-Geral passou a realizar as funções que antes cabiam à SDE.

O SBDC possui no topo de sua estrutura o CADE, que através da função judicante, com “jurisdição” em todo o território nacional, atua repressiva e preventivamente no sentido de evitar ou mitigar os efeitos de práticas que afetam a livre concorrência. O prejuízo à concorrência não pressupõe atos, *a priori*, ilícitos. A ilicitude frente ao direito da concorrência decorre da análise do impacto do ato em um determinado contexto econômico-social²², porém, em alguns casos a Lei 12.529/11 estabelece uma presunção de ilicitude e lesividade à livre concorrência²³.

²¹ Ibidem, p.3.

²² CRAVO, Daniela Copetti. *A natureza da intervenção judicial do CADE*. 2010, p. 589. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2010/mh-tema-1-estudantes>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

²³ BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 27 abr. 2015. O art.

Desde a transformação do CADE em autarquia, a doutrina aponta que sua natureza jurídica é de autarquia em regime especial, mais precisamente na qualidade de agência reguladora²⁴. Destarte o CADE é uma autarquia especial pertencente à estrutura do Poder Executivo, com exercício de função judicante não jurisdicional²⁵, que serve de “forma alternativa de resolução de conflitos que envolvam a ordem econômica”²⁶.

Conforme lição de Barroso, as agências reguladoras “são dotadas de privilégios específicos que a lei lhes outorgou, tendo em vista a consecução de seus fins” em que “a pedra de toque desse regime especial é a sua independência em relação ao Poder Público”²⁷.

A independência é o eixo central da política que criou as agências reguladoras no Brasil. Através dela procurou-se assegurar que os excessos do Poder Executivo fossem evitados, pois autarquias têm seus dirigentes nomeados pelo Poder Executivo. O objetivo era mitigar a intervenção do governo no funcionamento dos órgãos reguladores da economia a fim de garantir alguma isenção na condução de suas atividades, mesmo que contra interesses do governo²⁸.

Dessa forma, a estrutura das agências reguladoras inclui mecanismos tais como: forma colegiada de decisão, impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos diretores, período do mandato da diretoria não coincidente com o período do mandato do chefe do Poder Executivo. A forma colegiada visa diminuir as influências externas sobre os tomadores de

36 da Lei assim dispõe Art. 36, §2º da Lei 12.529/11: “Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”

²⁴ CRAVO, op. cit., p. 588.

²⁵ “A autonomia funcional das agências refere-se a sua capacidade de editar normas, fiscalizar sua aplicação e resolver litígios, em uma atividade denominada pela doutrina como quase jurisdicional.” JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito nas agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 525.

²⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Revisão judicial das decisões do CADE. *Revista da Escola da Magistratura Federal da 2ª Região – EMARF*, Rio de Janeiro: EMARF – TRF 2ª Região, v. 9, n. 1, ago. 1999, p. 32.

²⁷ BARROSO, apud CRAVO, Daniela Copetti. *A natureza da intervenção judicial do CADE*. 2010, p. 589. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2010/mh-tema-1-estudantes>>. Acesso em: 29 mar. 2015, p. 588.

²⁸ AGUILLAR, apud SAMPAIO, Paulo Soares. A independência real das agências reguladoras no Brasil. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília: Editora UnB, v. 5, n. 1, p. 135-173, jan./dez. 2013.

decisão, pois ainda que não torne impossível, cria certo obstáculo. Da mesma forma, os mandatos escalonados e com início e fim em períodos diferenciados também dificultam eventual influência que o mercado regulado venha a exercer sobre a diretoria das agências²⁹.

Gustavo Binenbojm aponta que a independência (ou autonomia reforçada) das agências reguladoras está amparada nas seguintes características:

(i) a independência política (dirigentes nomeados a termo, gozando de estabilidade durante o mandato); (ii) a independência administrativa (descabimento de recursos hierárquicos impróprios de suas decisões aos agentes governamentais); (iii) a independência financeira (orçamentos próprios e fontes de receita próprias)³⁰.

Nobre Júnior aponta também a existência de uma independência normativa que seria necessária para o exercício da regulação daqueles setores da economia deixados a cargo da agência reguladora³¹.

A função regulatória é – além de normativa e executiva – também judicante. Esta sobressalta quando a agência reguladora tratada é o CADE, pois sua função precípua é a de tribunal administrativo. Ao exercer função judicante as agências contribuem para o aprimoramento do sistema normativo e para a regulação através da experiência adquirida com o julgamento dos casos a elas submetidos³².

Dessa forma a doutrina, amparada nas características atribuídas ao CADE, não hesita em classificá-lo como agência reguladora, ainda que não porte tal “rótulo legislativo de agência ou autarquia sob regime especial”³³.

3. REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

²⁹ PRADO, apud SAMPAIO, Paulo Soares. A independência real das agências reguladoras no Brasil. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília: Editora UnB, v. 5, n. 1, p. 135-173, jan./dez. 2013, p. 157

³⁰ BINENBOJM, op. cit., p. 317.

³¹ SILVA JÚNIOR, op. cit., p.33.

³² SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 68.

³³ NOBRE, apud SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Revisão judicial das decisões do CADE. *Revista da Escola da Magistratura Federal da 2ª Região – EMARF*, Rio de Janeiro: EMARF – TRF 2ª Região, v. 9, n. 1, ago. 1999, p. 33.

A revisão judicial das decisões do CADE é tema relacionado ao controle da atividade regulatória. Exatamente em virtude da independência das agências reguladoras é que a possibilidade e limites da revisão judicial de seus atos é motivo de intenso debate na doutrina, principalmente em razão da independência técnica de tais agências.

Quando o CADE ainda não gozava de natureza jurídica de autarquia – no âmbito da Lei 4.137/62 – a intervenção do Poder Judiciário em sua atuação é apontada como um dos maiores problemas enfrentados pelo órgão para a concretização de suas atribuições legais. Aponta-se que a atuação do Poder Judiciário na salvaguarda das garantias individuais constitucionalmente asseguradas levou a que a maioria das decisões do CADE tivesse seus efeitos suspensos por mandados de segurança impetrados pelas pessoas condenadas³⁴.

Lucia Helena Salgado aponta que a eficácia da Lei 4.137/62 foi absolutamente nula, pois em três décadas de funcionamento (1962 a 1991) o CADE julgou 117 casos que levaram a condenações por práticas restritivas da concorrência. No entanto, todas essas decisões administrativas foram derrubadas por decisões judiciais³⁵.

Seidman e Gilmour apontam para um crescimento da importância do papel do Poder Judiciário sobre o controle dos atos das agências reguladoras. Tais autores relatam que

O crescimento do Estado regulador tornou o Judiciário um participante ativo do jogo administrativo, deixando o papel de árbitro relativamente neutro. Para os autores, a externalização dos conflitos entre as agências reguladoras e os agentes econômicos do setor regulado trará ao Judiciário um papel significativo, senão o mais importante entre os atores do processo administrativo³⁶.

Já no âmbito da Lei 12.529/11, a questão ganha complexidade quando se trata de atos administrativos de cunho técnico-científico. Invocando o princípio da unidade da jurisdição, Marcos Juruena Villela Souto, afirma que as decisões das agências reguladoras

³⁴ FORGIONI, apud CRAVO, Daniela Copetti. *A natureza da intervenção judicial do CADE*. 2010, p. 589.

Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2010/mh-tema-1-estudantes>>. Acesso em: 29 mar. 2015, p.587.

³⁵ SALGADO, op. cit., p. 2.

³⁶ SEIDMAN; GILMOUR, apud SAMPAIO, Paulo Soares. A independência real das agências reguladoras no Brasil. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília: UnB, v. 5, n. 1, p. 135-173, jan./dez. 2013, p. 154.

podem ser submetidas à revisão do Poder Judiciário^{37 38}. A independência do CADE não teria o condão de afastar os mecanismos tradicionais de controle judicial, mas apenas de evitar a pressão política sobre os juízos técnicos emitidos pelo órgão regulador que deve agir de forma equidistante aos interesses envolvidos. Não obstante, aponta que seria possível invocar o princípio da separação dos poderes para evitar que o Poder Judiciário adentrasse critérios de valoração técnica inerentes à atividade regulatória³⁹.

No tocante à extensão do controle judicial, apesar de se afirmar que ele é possível, tal afirmação quase sempre vem acompanhada de ressalva quanto à complexidade da questão técnica submetida a controle.

O exercício da composição de litígios integra as competências estabelecidas para as agências reguladoras. Ao interessado, não é impedida a via judicial. Todavia, a especificidade dos temas levados a cada agência torna mais fácil sua compreensão pelo árbitro administrativo do que por um magistrado⁴⁰.

Sempre que a matéria tratada possuir alta complexidade técnica e a dinâmica específica reduzir os parâmetros objetivos de atuação segura do Poder Judiciário, Gustavo Binenbojm aponta que o controle judicial sobre o ato deve ser menor. “Nestes casos a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle.” Ademais, o citado autor aponta que o Poder Executivo dispõe de maior lastro de legitimação democrática, o que em determinadas situações o coloca em posição preferencial para dar decisão final sobre a matéria técnica⁴¹.

Não obstante as decisões do CADE serem de caráter técnico, elas muitas vezes partem de pressupostos fáticos, os quais são perfeitamente capazes de serem objeto de análise pelo Poder Judiciário. Da mesma forma, a aplicação de multas ou de obrigações de fazer ou

³⁷ Segundo o autor isso não seria possível de ocorrer no sistema de contencioso administrativo, adotado pela França, em que há uma instância própria para o controle dos atos da Fazenda Pública.

³⁸ Também no sentido do texto: SILVA JÚNIOR, op. cit., p. 34.

³⁹ SOUTO, op. cit., p. 371.

⁴⁰ SAMPAIO, op. cit., p. 154

⁴¹ BINENBOJM, op. cit., p. 316.

não fazer⁴² aplicadas como requisito para a concretização de determinados negócios jurídicos podem ser objeto de análise quanto à sua proporcionalidade e razoabilidade. Assim, ainda que não seja órgão especializado na matéria econômica, haveria espaço para atuação do Poder Judiciário mesmo nas questões eminentemente técnicas relativas ao direito da concorrência e proteção do mercado⁴³.

O Superior Tribunal de Justiça, através do Ministro João Otávio, relator do REsp 572.070/PR entendeu que quando aplicados critérios de natureza predominantemente técnica, deve-se privilegiar a atuação das agências reguladoras, desde que as regras sejam prévias, claras e objetivas, com o fim de criar ambiente favorável ao desenvolvimento do setor.

ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI N. 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUSPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo.

2. A delimitação da chamada "área local" para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão.

3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das "áreas locais" estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.

4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários.

4. Recurso especial conhecido e provido⁴⁴.

Walter Nunes da Silva Junior aponta que não obstante o Ministro tenha afirmado privilegiar a ação das agências reguladoras, houve análise de mérito quanto às regras adotadas

⁴² Ex: Alienar parte de seu estabelecimento comercial para empresa concorrente do mesmo setor.

⁴³ SILVA JÚNIOR, op. cit., p. 36.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 572.070/PR. Relator: Ministro João Otávio. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=1103800&tipo=51&nreg=200301280351&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20040614&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

por esta, pois foi emitido juízo de valor acerca da clareza e objetiva das regras. O autor afirma que o Superior Tribunal de Justiça – ainda que este tenha dito o contrário – reexaminou matéria de ordem técnica para dizer que as regras adotadas pela agência reguladora eram juridicamente pertinentes⁴⁵.

Já no AgRg na MC 8.791/RS julgado pela 1ª turma do STJ o relator, Ministro Luiz Fux, aponta que

(...) 9. Deveras, a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE) não inibe a intervenção do Judiciário in casu, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo e, a fortiori, desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional.

10. Decisão atacada que, analisando as condições de mercado, fixou percentuais de participação de trabalhadores autônomos com fulcro no pilar da livre iniciativa, um dos fundamentos da República, posto valorizar o trabalho humano, conspirando em prol de uma sociedade digna, justa e solidária, como promete o novel Estado Princiológico Brasileiro, delineado no ideário da nação, que é a nossa Constituição Federal. Aliás, o art. 170 da CF dispõe: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:” Para esse fim, presta-se a intervenção estatal no domínio econômico, que, dentre outras medidas, consubstancia-se na repressão ao abuso do poder econômico consistente em medidas estatais que positivam impedimentos à formação ilegal de cartéis ou a práticas comerciais abusivas. (...)⁴⁶

Percebe-se que ambas as turmas da corte se manifestaram em processos de controle de atos decisórios do CADE realizando análise do conteúdo dos atos, o que vai de encontro à doutrina citada ao longo deste trabalho.

Ainda que algumas vozes na doutrina se manifestem pela impossibilidade de submissão das decisões do CADE ao controle judicial, Caroline Sanselme Vieira conclui que diversos autores e tribunais sustentam essa possibilidade devido ao princípio da inafastabilidade da jurisdição⁴⁷. No entanto, aponta que todo o material produzido no

⁴⁵ SILVA JÚNIOR, op. cit., p. 39

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 8.791/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=1483789&tipo=91&nreg=200401106296&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20041213&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 27 br. 2015.

⁴⁷ VIEIRA, Caroline Sanselme. CADE X Judiciário: estudo sobre a revisão judicial das decisões do CADE no contexto da globalização. 2008. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7145>. Acesso em: 13 abr. 2015. p. 119-120

procedimento administrativo deve ser aproveitado como prova técnica, devendo o Judiciário se abster de produzir novamente as mesmas provas a fim de evitar morosidade excessiva.

Por fim, há que se frisar que as matérias econômicas, por suas especificidades, demandam soluções rápidas aptas a acompanhar a velocidade do mercado, que pode acabar sendo prejudicado pela morosidade inerente aos julgamentos judiciais⁴⁸.

CONCLUSÃO

Não obstante parte da doutrina contestar a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle dos atos administrativos de caráter técnico emanados das agências reguladoras, o texto expresso da Constituição que garante a reserva de jurisdição não pode ser distorcido a ponto de afastar o ato do alcance do Poder Judiciário.

Dessa forma, o ato deve ser reavaliado a fim de garantir que as garantias processuais prevaleçam também no procedimento administrativo junto ao CADE. Quanto ao aspecto material, a sindicabilidade do ato também se mostra viável, pois o trabalho já realizado na seara administrativa deve ser mantido – sempre que possível – como prova pericial constituída durante procedimento administrativo. A possibilidade de instrução probatória durante o processo é a garantia de que o direito material prevalecerá, ainda que o magistrado não seja um perito na área de defesa da concorrência.

⁴⁸ VIEIRA, op. cit., p. 171-172.

REFERÊNCIAS

- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2014.
- _____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 27 abr. 2015
- _____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 8.791/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=1483789&tipo=91&nreg=200401106296&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20041213&formato=PDF&salvar=falso>>. Acesso em: 27 br. 2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 572.070/PR. Relator: Ministro João Otávio. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=1103800&tipo=51&nreg=200301280351&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20040614&formato=PDF&salvar=falso>>. Acesso em: 27 br. 2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.001.673. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=778394&num_registro=200702545680&data=20080623&formato=PDF>. Acesso em: 11 out. 2014.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RMS n. 24.699. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370238>>. Acesso em: 11 out. 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CRAVO, Daniela Copetti. *A natureza da intervenção judicial do CADE*. 2010, p. 589. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2010/mh-tema-1-estudantes>>. Acesso em: 29 mar. 2015.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito nas agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Cristiano de. Devido processo e controle de juridicidade do mérito do ato administrativo. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 7, p. 98 a 113, ago. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/5290>>. Acesso em: 11 Out. 2014.

SALGADO, Lucia Helena. *Defesa da concorrência no Brasil em momento de decisão*. p. 2. Disponível em: <http://works.bepress.com/lucia_salgado/12>. Acesso em: 07 jan. 2015.

SAMPAIO, Paulo Soares. A independência real das agências reguladoras no Brasil. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília: Editora UnB, v. 5, n. 1, p. 135-173, jan./dez. 2013.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Revisão judicial das decisões do CADE. *Revista da Escola da Magistratura Federal da 2ª Região – EMARF*, Rio de Janeiro: EMARF – TRF 2ª Região, v. 9, n. 1, ago. 1999.

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

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juízes”. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 11 out. 2014.

VIEIRA, Caroline Sanselme. CADE X Judiciário: estudo sobre a revisão judicial das decisões do CADE no contexto da globalização. 2008. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7145>. Acesso em: 13 abr. 2015.