

A POSSIBILIDADE DE CONTROLE E REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)

Mayara Mavirá Kamaiorá Gomes

Graduanda em Direito,
Faculdades Integradas de Três Lagoas – FITL/AEMS

Paulo Romanin Neto

Graduando em Direito,
Faculdades Integradas de Três Lagoas – FITL/AEMS

Juliana Miranda Alfaia da Costa

Esp. em Direito Tributário – UNIDERP; Mestre em Direito – UNIMAR.
Docente das Faculdades Integradas de Três Lagoas – FITL/AEMS

RESUMO

O presente trabalho promove a discussão sobre o cabimento de controle e revisão judicial das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), bem como sobre a natureza jurídica de referidas decisões. Primeiramente, é analisada a interferência do Estado no domínio econômico por meio do CADE, e o direito concorrencial. Após é feita uma breve análise de sua evolução histórica, competências e demais peculiaridades do CADE. Aprecia-se a natureza jurídica das decisões do CADE, apurando-se a questão dos atos vinculados, discricionários, sua extensão e limitações. Apura-se também a extensão do controle judicial, passando-se a abordagem sobre a possibilidade ou não de se aplicar a revisão pelo Poder Judiciário das decisões proferidas pelo CADE. Para tanto, é utilizado do método dedutivo, constituindo o estudo a partir de pesquisa bibliográfica, levantamento legislativo e jurisprudencial.

Palavras-chave: CADE; controle; revisão; judicial.

1 INTRODUÇÃO

No intuito de promover a fiscalização, dentre outras atribuições na ordem econômica, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) evoluiu conjuntamente com o cenário brasileiro. Suas funções sofreram modificações ao longo do percurso, mas é cristalino que atualmente sua relevante atuação envolve desde análise de atos de concentração e concorrência, como o julgamento de infrações e penalidades contra a ordem econômica. E, diante de seu poder judicante surge o questionamento sobre a possibilidade de controle ou mesmo de revisão das suas decisões pelo Poder Judiciário.

Por certo, a Constituição Federal já no seu artigo 5º, inciso XXXV garantiu a apreciação pelo Poder Judiciário diante da verificação de lesão ou ameaça a direito.

Assim, uma vez permitido o ingresso judicial, mister a análise da natureza jurídica decisões do CADE vez que repercutem diretamente no critério de controle e revisão judicial.

Adotando-se que a as decisões decorrem de atos vinculados, a análise judicial restringir-se-ia em critérios de legalidade do ato. Já se pautado em atos discricionários, a análise passaria ao âmbito da conveniência e oportunidade, bem como aos limites tendentes a discricionariedade e atuação pelo Judiciário, inclusive do próprio mérito administrativo. Desse modo, a discussão paira em torno de referidos enfoques, bem como da extensão do controle judicial e os limites alicerçados pela revisão judicial das decisões do CADE.

Para tanto foi feita uma abordagem sobre a interferência do Estado no domínio econômico por meio do CADE, bem como do direito concorrencial. Posteriormente analisou-se a evolução histórica, competências e demais peculiaridades do CADE. Passou-se então, a apreciação da natureza jurídica de suas decisões. Vislumbrou-se de sequência a extensão do controle judicial, e a possibilidade ou não de se aplicar a revisão das decisões pelo Poder Judiciário.

2 OBJETIVOS

O trabalho objetiva analisar o alcance das decisões do CADE, ou seja, se suas decisões podem ser passíveis de discussão direta pelo Poder Judiciário, ou se deve ser respeitado o âmbito administrativo. Ademais, busca-se delinear especificamente a natureza jurídica de suas decisões.

3 MATERIAL E MÉTODOS

O método utilizado foi o dedutivo, constituindo o estudo a partir de pesquisa bibliográfica em livros de direito, levantamento legislativo e jurisprudencial.

4 DA INTERFERÊNCIA DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E O DIREITO CONCORRENCIAL

A aplicação dos institutos que interessam a Administração sujeita-se a análise dos comandos trazidos pela Constituição Federal, no tocante à intervenção do Estado no domínio econômico e social.

A atual Carta Magna de 1988 traz em seu artigo 170 os princípios gerais da atividade econômica. Ademais, o artigo 193 trata da ordem social, e por sua vez o artigo 3º da Lei Maior traça os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Todos em conexão preocupam-se com bens jurídicos a serem protegidos.

Nesse contexto, a economia de mercado encontra fundamento na concorrência. E embora o modelo concorrencial não seja único, mostra-se o melhor caminho de garantia dos agentes econômicos.

O Estado nesse ponto, conforme preceitua o artigo 170, incisos IV e V da Carta Magna, deve promover e garantir o equilíbrio, como pilar da ordem econômica.

E de fato, os fundamentos da ordem econômica se desdobram na livre iniciativa e na valorização do trabalho. Junte-se também que “[...] a análise da livre iniciativa encontra necessária complementação na ponderação do princípio da livre concorrência” (GRAU, 2005, p.201).

Enquanto que a valorização do trabalho, conforme Celso Bastos e Ives Gandra Martins deve vir “[...] no sentido também material que a expressão possui. É dizer: o trabalho deve fazer jus a uma contrapartida monetária que o torne materialmente digno [...]” (BASTOS, MARTINS, 1989, p.16).

Assim, a intervenção no domínio econômico apresenta-se ainda como uma garantia à livre concorrência, reprimindo os abusos econômicos, a teor do que preleciona o §4º, do artigo 173, da Constituição Federal.

A livre concorrência deve ser livre, não se tolerando o monopólio ou distorções do mercado. As leis do mercado é que determinam quais as circunstâncias em que se terá êxito no empreendimento.

Kiyoshi Harada alerta que “[...] o Estado intervém na atividade econômica por meio de seu poder normativo, elaborando leis de combate ao abuso do poder econômico, de proteção ao consumidor, leis tributárias de natureza extrafiscal conferindo-lhes caráter ordinatório etc” (HARADA, 2016, p.49).

Desse modo, as atividades econômicas só podem ser desenvolvidas pelo Estado excepcionalmente, conforme previsão do artigo 173, da Constituição Federal.

A Magna Carta, para tanto, adotou duas formas distintas de atuação do Estado como interventor na economia: seja como agente econômico, onde sua atuação será possível em razão de imperativos de segurança nacional ou importante interesse coletivo, ou como agente normativo-regulador, assumindo tal qualidade

com o propósito de preservação do mercado frente a possíveis concentrações econômicas e outros vícios, além de assegurar os fins da ordem econômica, proporcionando vida digna e justiça social.

Assim, dispõe o artigo 174 da atual Constituição que como agente normativo e regulador o Estado adotará as funções de incentivo, planejamento e fiscalização.

Quanto à função de incentivo, Maria Sylvia Zanella di Pietro pondera que “[...] o fomento abrange a atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de utilidade pública”. (DI PIETRO, 2001, p.59). Referida atividade podem envolver desde financiamentos com condições especiais, até mesmo estímulos fiscais de atividades específicas.

Já no que diz respeito a função de planejamento, o que se visa são diretrizes e bases que promovam o desenvolvimento nacional e regional, a teor do que se extrai do §1º, do artigo 174 da Carta Magna.

Por fim, a função de fiscalização abrange a supervisão do mercado buscando reprimir os abusos do poder econômico no que toca a dominação dos mercados, a eliminação da livre concorrência e do aumento arbitrário dos lucros.

Para concretude de tal finalidade fiscalizatória, o Estado se vale de expedientes criados pela lei para promoção do controle direto, como é o caso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que é encarregado dentre outras atribuições, do julgamento das infrações à ordem econômica e aplicação das penalidades.

Desse modo, percebe-se que o mercado não se sujeita exclusivamente as forças econômicas, mas também subordina-se a padrões estabelecidos pela lei.

5 DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)

Foi a Constituição Federal de 1934 que deu origem ao princípio da liberdade econômica, promovendo a interferência na economia para resguardar a justiça.

Mas através da Magna Carta de 1937 em contrapartida, que a proteção ao máximo da iniciativa privada foi garantida. Nesse sentido, Porto acrescenta que:

a Constituição Federal de 1937 cuidou da liberdade individual como fator da prosperidade nacional, tratando inclusive da possibilidade de intervenção, assim como se preocupou com os crimes contra a economia popular, equiparando-os aos crimes contra o Estado (PORTO, 2017).

Com o advento do Decreto Lei 7.666/1945, conhecida como Lei Malaia o Estado criou repressão administrativa aos cartéis e aqueles que dominavam o mercado interno. Foi criada na época, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, conhecida como CADE.

Já a Constituição de 1946 pela primeira vez tratou do princípio da repressão do abuso do poder econômico, e em 1962 criou-se a Lei 4.137/62, colocando o CADE como Conselho Administrativo de Defesa Econômica;

Inseriu-se que a Constituição de 1988 manteve o princípio da repressão e inseriu o tema no artigo 173, §4º, CF.

Em 1991, a Lei antitruste reforçou a proteção em defesa da concorrência, e após a criação da Lei n. 8.884/94, houve uma implantação do sistema de defesa da concorrência.

Registre-se que a Lei 8.884/94 definia como atribuições do CADE, a Secretaria de Direito Econômico – SDE, de responsabilidade do Ministério da Justiça, Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae, de responsabilidade do Ministério da Fazenda, e por fim o CADE.

Esses três órgãos formavam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e eram encarregados da política de defesa da livre concorrência no Brasil.

Posteriormente a Lei n. 12.529/2011, conhecida como nova Lei de Defesa da Concorrência, reestruturou o SBDC e promoveu significativas mudanças na política de defesa da concorrência no país.

O CADE tem suas atribuições definidas pela Lei n. 12.529/2011, tendo complemento pelo Regimento Interno do CADE – Ri Cade, que foi aprovado pela Resolução n. 1, de 29 de maio de 2012.

Assim, a autarquia exerce uma função preventiva, vez que analisa e decide sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre empresas que possam promover risco a livre concorrência. Também exerce uma função repressiva, uma vez que investiga e julga cartéis e outras condutas que afrontam à livre concorrência.

Ademais, o CADE exerce função de educação, instrução ao público sobre questões prejudiciais a livre concorrência; bem como promove o incentivo e estímulo aos estudos e pesquisas acadêmicas, firmando parcerias com

universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo (CADE, 2017).

O seu Tribunal Administrativo de Defesa Econômica tem por atribuição o julgamento de processos administrativos de condutas anticompetitivas e de atos de concentração com recomendação de restrição ou sem restrição pela Superintendência-Geral; aprovação de termos de compromisso de cessão de prática e acordos em controle de concentrações; apreciação em grau de recurso, de medidas preventivas; elaboração e aprovação de regimento interno do CADE, dentre outros.

Já a Superintendência-Geral (SG) tem a função de investigar e instruir os casos, além de apresentar pareceres em processos que apontem condutas anticompetitivas, instruir pareceres de atos de concentração, além de propor acordos e medidas preventivas.

Nos casos de aprovação de ato de concentração sem restrições, a decisão final caberá ao CADE. Já nos casos de aprovação com restrições ou de reprovação, a decisão final caberá ao Tribunal Administrativo.

Por fim, o Departamento de Estudos Econômicos se desdobram em várias atividades dentre elas a de assessoria da Superintendência – Geral e do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica e de promoção de estudos que garantam a atualização técnica e científica do CADE.

6 NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES DO CADE

A natureza jurídica das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é alvo de grande discussão, uma vez que a posição adotada reflete significativamente na delimitação do controle judicial das decisões, seja pela liberdade conferida pela lei à autarquia para decidir pela aprovação de atos de concentração e ainda o julgamento de processos administrativos.

A questão gira em torno da consideração dos atos como vinculados ou discricionários. Para Diógenes Gasparini “os atos administrativos se enquadram como atos da administração contenciosa ou controladora, constitutivos ou declaratórios, com efeitos externos, de vontade simples e discricionária” (GASPARINI, 1995, p.77).

Carvalho Filho já aduz que:

Se a situação de fato já está delineada na norma legal, ao agente nada mais cabe senão praticar o ato tão logo seja ela configurada. Atua ele como executor da lei em virtude do princípio da legalidade que norteia a Administração. Caracterizar-se-ádesse modo, a produção de *ato vinculado* por haver estrita vinculação do agente à lei. [...] Desvinculado o agente de qualquer situação de fato prevista na lei, sua atividade reveste-se de discricionariedade, redundando na prática de *ato discricionário* (CARVALHO FILHO, 2016, p. 184) (grifo do autor).

Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que há equívoco na nomenclatura que leva a oposição entre ato discricionário e vinculado. Para ele:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da administração em face da situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos “discricionários”, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles (MELLO, 2015, p.438).

De fato, a lei que disciplina sobre a concorrência traz conceitos jurídicos que comportam conteúdos que podem ser considerados indeterminados. E isso porque a Lei da Concorrência não disciplina quais as situações em que haverá abuso de poder econômico. O que se constata é que o legislador manteve de mesma maneira que na Lei 8.884/94 expressões que possuem caráter vago e impreciso.

Catarina Mota de Figueiredo Porto sustenta que “[...] não há um consenso a respeito da discricionariedade, ou vinculação dos atos do CADE sobre a análise e julgamento de questões referentes ao abuso de poder econômico, que pode ser considerado como um conceito jurídico indeterminado” (PORTO, 2017). Logo, o que se discute é justamente se a existência de conteúdos indeterminados outorgaria ao CADE no exercício de suas atribuições um poder discricionário ou se estaria atrelado a um poder vinculado.

Conforme o artigo 4º da atual Lei 12.529/2011 o CADE trata-se de entidade judicante constituída em forma de autarquia. Assim, embora possua função judicante, as decisões do CADE tem natureza administrativa, sendo parte integrante do Poder Executivo.

Para Gesner Oliveira e João Grandino Rodas, “[...] as decisões do CADE, tanto com relação a atos de concentração, como a procedimentos administrativos,

são emanções de jurisdição voluntária exercitada pela Administração Pública, sendo atos administrativos vinculados". (OLIVEIRA, RODAS, 2005, p. 324)

Em mesmo sentido, Domingos Fernando da Rocha Pais pondera que:

Os atos decisórios proferidos pelo CADE são atos vinculados, que são aqueles para os quais a lei cria os requisitos para sua prática, estabelecendo obrigações de fazer ou não fazer, e não discricionários, pois estes são atos que a Administração pode praticar com maior liberdade de escolha, quanto a sua oportunidade e conveniência. [...] como os atos do CADE estão envolvidos em um processo administrativo, não haveria margem para que os mesmos fossem considerados discricionários, pois o processo pressupõe um rito prévio com o intuito de apurar determinada situação, não cabendo qualquer análise, por parte do administrador da oportunidade ou conveniência (PAIS, 2007, p.93).

Em sentido contrário, Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández defendem que:

a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal umas circunstâncias reais determinadas; justamente por isso é um processo regulado, que se esgota no processo intelectual de compreensão de uma realidade no sentido de que o conceito legal indeterminado tem pretendido, processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é próprio de quem exerce uma potestade discricional (ENTERRIA, FERNANDEZ, 1991, p. 394).

Mas, quando ocorre a aplicação de discricionariedade no processo decisório, o envolvimento dos valores que movem o titular do poder é fator intrínseco. O poder discricional liga-se intimamente a liberdade do administrador para fazer seu juízo valorativo e adotar suas decisões por razões de conveniência e oportunidade, e não com base na indeterminação dos conceitos jurídicos.

Di Pietro, discutindo sobre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade, alerta que:

Ainda há muita polêmica, podendo-se falar em duas grandes correntes: a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração. Porque, diante deles, a Administração tem que fazer um trabalho de interpretação que leve à única solução válida possível; e a dos que entendem que eles podem conferir discricionariedade à administração, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções intermediárias. (DI PIETRO, 2005, p. 208-209)

Esse impasse sobre a natureza jurídica do ato administrativo é relevante pois conforme sua análise, haverá uma repercussão diferente frente ao Judiciário.

Gomes, aliás, considera as decisões com natureza dúplice:

Neide Therezinha Mallard, em voto proferido no Ato de Concentração n.º06/94, firmado entre Brasilit e Eternit, considerou ser a decisão do CADE –no que respeita ao controle de atos de concentração –de natureza dúplice: (a) vinculada, porque não poderia acrescentar justificativas outras que não as previstas no art.54, nem dispensá-las, além do permitido pelo parágrafo segundo, e (b) discricionária, ao interpretar os ‘conceitos juridicamente indeterminados’ previstos no referido dispositivo. Essa concepção, acolhida pela maior parte da Doutrina, vincula a noção de conceito jurídico indeterminado [...] ao de ato discricionário, para concluir que o CADE, ao aplicar tais conceitos em suas decisões, pratica ato discricionário. Insuscetível, portanto, de controle judicial. Deve-se observar o equívoco de tal postura, veementemente censurada, com toda a propriedade, por Eros Grau, para quem a necessidade de se interpretar conceitos legais indeterminados não representa atividade discricionária. Segundo o autor, a discricionariedade relaciona-se com a formulação de juízos de oportunidade pela autoridade administrativa e, o mais importante, a discricionariedade resulta de uma expressa atribuição, pela lei, à autoridade administrativa, jamais decorrendo da lei (como consequência implícita desta), ou seja, “a circunstância de os termos da lei serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receber especificações diversas” não conduzem à discricionariedade. (GOMES, 2004, p. 99-101)

Por isso, mostra-se necessário um devido equilíbrio entre as decisões proferidas no âmbito administrativo, devendo estas ser compatíveis com os princípios difundidos pela Lei Maior.

7 DO CONTROLE E REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

O Poder Judiciário exerce privativamente o controle judicial sobre os atos administrativos do Executivo, Legislativo e até mesmo do Judiciário na prática da atividade da administração. É o único órgão capaz de tomar decisões dotadas da força da coisa julgada. (ARAÚJO, NUNES JUNIOR, 2007, p.178). Tanto é assim, que a Lei n. 11.417/2006 sedimentou no artigo 103-A da atual Constituição a edição de súmula vinculante que tornasse mais rigoroso e eficaz o controle judicial.

Ademais a Magna Carta assegura em seu art. 5º, inc. XXXV que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Assim, devido a efetiva participação do cidadão na vida social, o acesso a jurisdição não deve servir como mero direito formal. Luiz Guilherme Marinoni aponta que “[...] obstáculos econômicos e sociais não podem impedir o acesso à jurisdição, já que isso negaria o direito de usufruir de uma prestação social indispensável para o cidadão viver harmonicamente na sociedade” (MARINONI, 2006, p. 310).

A análise do ato administrativo pelo Judiciário estaria adstrito apenas ao princípio da legalidade, dentro dos critérios de razoabilidade.

Nesse sentido, Fagundes afirma que “é vedado ao Poder Judiciário apreciar, no exercício jurisdicional, o mérito dos atos administrativos, cabendo-lhe tão somente o exame sob o prisma da legalidade conforme asseverado outrora”. (FAGUNDES, 2009, p. 150).

Ocorre, porém, que em relação a extensão do controle judicial, a doutrina passou a admitir, especialmente dos atos discricionários, a relativização da legalidade, estendendo-se ao exame dos motivos, da finalidade e da causa do ato.

Luciano Ferreira Leite nesse ponto esclarece que:

não significa que não possa o Judiciário verificar se os agentes atuaram com exorbitância, transpondo os limites da valoração subjetiva a ele inerente, pois cabe ao judiciário verificar, se a escolha levada a efeito pela Administração se manteve nos limites do razoável. (LEITE, 1981, p.74)

Assim, quando o controle é sobre atos vinculados, a análise pode ocorrer sem maiores limitações, bastando avaliar se o ato encontra-se em conformidade com a lei. O impasse surte maior discussão quando o ato é discricionário.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que “quando a atividade é discricionária, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar os limites da discricionariedade definidos em lei” (DI PIETRO, 2001, p.133).

Nesse aspecto, Celso Antônio Bandeira de Mello faz relevante consideração ao asseverar que:

[...] não se pode examinar a existência de discricionariedade ou de sua extensão buscando-a simplesmente no exame da lei que porventura a contemple, porque é imprescindível analisar o caso concreto, pois a discricção ao nível da norma é apenas uma condição necessária, mas não suficiente, para que irrompa ou para dimensionar-lhe a extensão. (MELLO, 2015, p.1017)

Ademais, outro fator que compromete as decisões é a identificação dos próprios limites que são impostos pela lei. A limitação dos atos discricionários é feita pela análise dos motivos, da causa e da finalidade do ato administrativo. E referido controle judicial não é passível de eliminar a conveniência e oportunidade do administrador, até porque atingiria por completo um dos fundamentos principais da República Federativa do Brasil que é a independência dos Poderes.

Cintra, Grinover e Dinamarco observam que:

[...] como no Brasil não existe o sistema de jurisdição dúplice, não existindo o contencioso administrativo e cabendo ao Poder Judiciário a apreciação de todos os conflitos (Const., art. 5º, inc. XXXV), todas as decisões administrativas proferidas por órgãos ou tribunais administrativos poder ser submetidas ao controle do Poder Judiciário pelo aspecto da legalidade – entendida esta em sentido amplo e compreensivo, p. ex., do exame da motivação, da finalidade e do desvio de poder e, em certos casos excepcionais, até do mérito, ou seja, da conveniência e oportunidade do ato administrativo. É inadequado fale em uma suposta coisa julgada administrativa. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2015, p.115)

Porém, a ideia do mérito administrativo é que ele torne desnecessária a intromissão pelo Judiciário no que se relaciona aos atos da Administração.

Daniel Gioti de Paula diz que:

[...] essas reflexões levam a concluir que, quando a Lei fala em processo administrativo, não se refere a processo judicial, aquele que estaria atrelado à jurisdição e, por isso, teria caráter substitutivo. É que uma decisão em âmbito administrativo, à evidência, não afasta eventual análise do caso pelos órgãos judiciários, esses sim podendo, definitivamente, encerrar a discussão entre as partes (artigo 5º, XXXV, da CF) .(PAULA, 2007, p.31)

Nos últimos tempos, o CADE cada vez mais vem se deparando com situações complexas para decidir. Daí porque deve sempre buscar a melhor alternativa para as decisões, dado que:

[...] em geral, as decisões do Cade deverão ser intocáveis do ponto de vista jurídico-econômico, porque o mercado necessita de certa segurança para funcionar, de modo que será desastroso para a economia nacional se as decisões do Cade, no controle de estruturas e condutas, fossem revistas judicialmente seguidas vezes. (PAULA, 2007, p.33)

Ademais, existem correntes que sustentam sobre a imunidade das decisões do CADE. Para Luís Roberto Barroso “[...] quanto às decisões discricionárias envolvendo conteúdo técnico, tomadas pelo órgão especializado, gozam elas de uma presunção reforçada de legitimidade, cabendo ao Judiciário revê-las apenas diante do erro grosseiro” (BARROSO, 2005, p.391).

No entanto, seguindo a linha majoritária sobre o tema, Tércio Sampaio Ferraz Junior afasta a discricionariedade técnica que restringe a atuação judicial. “O CADE baseado em laudos técnicos toma decisões nas quais seu fundamento não expressa juízo de conveniência e oportunidade, mas uma verdadeira vinculação à lei e proteção da livre concorrência e livre iniciativa” (FERRAZ JUNIOR, 2007, p.27-33).

Assim, o administrador ao aplicar a Lei 12.529/2011 não pode deixar de analisar os princípios e regras trazidos por referida legislação.

Em várias situações já se promoveu a revisão das decisões do CADE. Exemplo disso foi “a ação anulatória de decisão do Cade ajuizada pela Tecondi Margem Direito S/A, onde o Superior Tribunal de Justiça não conheceu de Recurso Especial, admitindo a competência das varas federais em todo território nacional para o processamento de ações contra o Cade” (CHIARO, CABRAL, PEREIRA JUNIOR, 2017).

Outro caso foi o da:

[...] Seção Judiciária do Distrito Federal, onde o magistrado da 4ª Vara Federal deferiu antecipação de tutela na ação anulatória promovida pela Tecon Salvador S/A para suspender os efeitos de decisão condenatória do Cade que impôs sanções à empresa em decorrência de cobrança da taxa pelo serviço de segregação e entrega de contêineres (THC2 – Terminal Handling Charge 2). O magistrado reafirmou entendimento consignado na jurisprudência do TRF da 1ª Região de que a cobrança da referida taxa não era ilegal e não poderia, por isso, ser considerada uma infração à ordem econômica a ser condenada pelo Cade. (CHIARO, CABRAL, PEREIRA JUNIOR, 2017)

Ocorre, todavia que nem sempre o Judiciário possui aptidão suficiente para decidir sobre questões que envolvem o Direito Econômico. Nesse ponto, os encarregados do CADE podem compreender de modo mais profundo sob determinados aspectos que são superficiais aos membros da Justiça.

Outro ponto salutar é que as decisões não se baseiam apenas em critérios econômicos, por isso a ponderação na busca da justiça social e dignidade da pessoa humana devem estar em equilíbrio com a análise técnica administrativa.

Sem considerar que conforme preleciona Mollica e Vita, deve-se evitar:

[...] o caso de um concorrente ter uma decisão imutável e que nenhum outro concorrente poderá obter, pois o entendimento dos Tribunais Superiores se consolidou em sentido contrário. Neste caso não se tem uma opção, mas sim uma impossibilidade de se obter a mesma decisão que o concorrente possui. Com o respeito aos precedentes, tende a diminuir a ocorrência de uma maior homogeneidade nas decisões judiciais, com menor risco de termos decisões dispares dos entendimentos consolidados e uma maior segurança jurídica. Portanto, o Judiciário influirá menos no direito concorrencial (MOLLICA, VITA, 2017).

As decisões do CADE, desse modo, são atos administrativos que podem ser passíveis de controle e revisão judicial, desde que respeitados os princípios e atendimento dos critérios envoltos pelos próprios limites dos atos da administração.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise de toda a sistemática envolvendo as decisões do CADE é crível que sua atuação é de sua relevância para garantia da livre concorrência, da livre iniciativa, bem como frente à repressão aos abusos do poder econômico.

Inclusive a própria Lei 12.529/2011 lhe atribui função judicante, sendo responsável por julgar as infrações à ordem econômica.

E se lhe cabe o julgamento de diversas situações no âmbito técnico administrativo, dúvidas surgem quanto a possibilidade de controle judicial, bem como da extensão das revisões judiciais das decisões de referida autarquia.

A discussão quanto a natureza jurídica das decisões do CADE acaba repercutindo também na sua análise pelo Judiciário. Adotando-se o critério de que suas decisões comportam natureza de ato vinculado, bastaria ao Poder Judiciário tão somente a verificação por critérios de legalidade do ato, imputando se pode ou não ser legítima a decisão administrativa. Já se vislumbrar serem atos discricionários, o impasse surte mais efeitos, pois as razões de conveniência e oportunidade, bem como a extensão dos motivos, finalidades do ato poderiam ser revistos judicialmente.

Ademais, lídimo que existe defesa de que a natureza das decisões do CADE seriam dúplices, inclusive porque atualmente não se pode concluir que os atos administrativos são puramente vinculados ou discricionários. Em verdade, seriam uma mescla de ambos.

Assim, pautando-se nos ditames legais e inclusive constitucionais, por certo a revisão judicial é garantida ao administrado. No entanto, o controle judicial deve respeitar os princípios e normas que protegem o ordenamento jurídico, além de atender a justiça social e o equilíbrio entre a decisão técnica e a de âmbito judicial, tanto que o não atendimento poderá dar margem a ações anulatórias.

A decisão administrativa é eivada de aptidão técnica e por isso mesmo não deve ser ignorada quando da análise judicial.

Desse modo, somente com a adoção de critérios de ponderação e de particular análise as decisões do CADE é que se evitará cada vez mais a busca do controle e revisão de suas decisões pelo Judiciário.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. Curso de direito constitucional. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, L. R. Temas de Direito Constitucional. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BASTOS, C.; MARTINS, I. G. Comentários à Constituição do Brasil. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 jun. 2017.

_____. Lei 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 25 mai. 2017.

CADE. Competências. Disponível em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna. Acesso em 25 mai. 2017.

CARVALHO FILHO, J. dos S. Manual de direito administrativo. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Teoria Geral do Processo. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CHIARO, J. D.; RAMOS, L. F. R.; CABRAL, M. A. M.; PEREIRA JUNIOR, A. A. Cade avançou no desenvolvimento da política de defesa da concorrência. Consultor Jurídico. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-jan-02/retrospectiva-2016-cade-avancou-politica-defesa-concorrencial>. Acesso em 26 mai. 2017.

DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAGUNDES, M. S. Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 7 ed. São Paulo: Editora Forense, 2009.

FERRAZ JR., T. S. A relação meio/fim na teoria geral do direito administrativo. Revista de Direito Público nº 61, 2007.

GARCÍA DE ENTERRIA, E. FERNÁNDEZ, T. R. Curso de direito administrativo. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GASPARINI, D. Direito Administrativo. 4ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAU, E. R. A ordem econômica na Constituição de 1988. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES, C. J. V. Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 2004.

HARADA, K. Direito financeiro e tributário. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LEITE, L. F. Discricionariedade administrativa e controle judicial. Revista dos Tribunais. 1981.

MARINONI, L. G.. Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006.

MELLO, C. A. B. de. Curso de direito administrativo. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOLLICA, R.; VITA, J. B. Processo judicial, tributação e concorrência: A coisa julgada e sua rescisão no novo CPC. III Encontro Internacional do CONPEDI – Madri. Disponível em <http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/view/90>. Acesso em 18 jun. 2017.

OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. Direito e Economia da Concorrência. Renovar, 2005.

PAIS, D. F. da R. Atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o controle judicial de suas decisões. Revista Tributária e de Finanças Públicas. v. 15, n. 76, p. 85-96, set./out. 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 93.

PAULA, D. G. de. Aplicação do CPC e dos Princípios Processuais nos Processos junto ao Cade. Revista Dialética de Direito Processual. N. 55. São Paulo: Outubro-2007.

PORTO, C. M. de F. Decisões do CADE e princípios constitucionais na ordem econômica. Revista da FESP: Periódico de diálogos científicos. 2015. Disponível em http://www.fap-pb.edu.br/instituto/arquivos/revista_juridica_2015_artigo6.pdf. Acesso em 16 jun. 2017.

TAVARES, A. R. Direito constitucional econômico. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2006.

ZANELLO, M. S. Direito Administrativo. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.