

## REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE



**Walter Nunes da Silva Júnior**

*Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE.*

**1.** Introdução; **2.** Regulação do Mercado Econômico por Meio do CADE; **3.** Natureza Jurídica e Função do CADE; **4.** Revisão Judicial das Decisões do CADE; **5.** Considerações sobre o Alcance do Reexame Judicial das Decisões do CADE; **6.** Limitações à Revisão Judicial das Decisões do CADE de Conteúdo Eminentemente Técnico; **7.** Considerações Quanto à Revisão Judicial das Decisões do CADE; **8.** Considerações Finais.

### RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal examinar o grau de amplitude adstrito à revisão judicial das decisões do CADE. A análise funda-se no princípio constitucional do acesso à justiça e na caracterização das decisões do CADE como atos administrativos vinculados. Conclui-se pela possibilidade de reexame judicial do mérito, ressalvada a recepção do pronunciamento do CADE, em seus aspectos técnicos, em condição análoga à dos laudos periciais.

**Palavras-chave:** Revisão judicial; CADE; acesso à Justiça; judicialização da concorrência.

### 1. INTRODUÇÃO

O mundo moderno, acompanhando os passos do desenvolvimento tecnológico, em que tempo e espaço são reduzidos, vem experimentando incremento, diversificação e internacionalização da economia, o que traz consigo várias conseqüências, como a necessidade de as empresas buscarem o seu fortalecimento para não só ter capacidade de conquista de mercado em outros países, como também para conseguir enfrentar, em igualdade de condições, a concorrência de empresas nacionais e estrangeiras. Por isso mesmo, cada vez mais, sem embargo do *fomento e respeito* à livre iniciativa, cabe ao Estado implementar política eficiente de proteção ao consumidor dos serviços e bens de consumo postos no mercado, tendo como principal instrumento para esse fim a *promoção da concorrência*, mediante atuação com escopo voltado à *prevenção e repressão* do abuso à ordem econômica.

Fatores internos e externos, tais como a estabilização da moeda nacional, a privatização, a abertura da economia e a globalização, verificados no início dos anos 90, fez com que se tornasse mais premente a necessidade da previsão de estratégia política de defesa da concorrência.

É consenso que a concorrência é de fundamental importância para o estabelecimento de uma *economia de mercado saudável*, na medida em que ela fornece o espaço necessário para o aumento da *variedade e qualidade* dos produtos e, com isso, contribui para a *diminuição dos preços*, ao fazer com que eles correspondam ao *justo equilíbrio* entre a oferta e a procura.

No Brasil, em razão da opção, com *status* constitucional, por uma economia guiada pelo *princípio da livre iniciativa*, apresenta-se de especial importância a *preservação da concorrência*, a fim de evitar o abuso do poder econômico, tendo em mira alcançar a melhoria da qualidade dos bens de consumo e a contenção dos preços dos produtos e serviços colocados à disposição dos consumidores.

### 2. REGULAÇÃO DO MERCADO ECONÔMICO POR MEIO DO CADE

A este respeito, o constituinte, de forma cogente, deixa consignado que a nossa ordem econômica, além de possuir como suporte a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa e ter por finalidade assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social (art. 170, caput), deve pautar-se tendo como norte, dentre outros, o princípio da livre concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, incisos IV e V).

Tendo em mente solidificar essa preocupação, o constituinte deixou plasmado, no § 4º do art. 173 da Lei Fundamental, que a lei cuidará de reprimir o abuso de poder econômico por parte das empresas que tenham em mira seja a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros.

Quanto à área estratégica de fiscalização e orientação da atividade econômica, a Constituição, ainda de modo expresso e peremptório, preceitua que o Estado, consoante prescrição normativa, tem como missão exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento do mercado. O órgão estatal incumbido dessa tarefa é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, criado desde 1962.

Todavia, para implementar a vontade constitucional de 1988, por meio da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, deu-se nova roupagem ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, com o que se operou a sua transformação em

verdadeiro Tribunal Administrativo, atribuindo-se-lhe função judicante administrativa não apenas repressiva <sup>1</sup> – mas também preventiva <sup>2</sup> e até mesmo educativa <sup>3</sup> – às infrações contra a ordem econômica, devendo-se guiar, neste mister, pelas cláusulas constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Nota:

1 A ação repressiva do CADE se concentra na análise das condutas anticoncorrenciais, tipificadas nos arts. 20 e seguintes da Lei nº 8.884/1994, a fim de evitar a formação de cartéis, vendas casadas, preços predatórios, acordos de exclusividade, dentre outras.

2 A atuação preventiva do CADE tem como foco maior o exame dos atos de concentração, mais precisamente a verificação das fusões, incorporações e associações de qualquer espécie entre agentes econômicos (art. 54 e ss. da Lei nº 8.884, de 1994). É imprescindível a análise acurada dos efeitos desses negócios, a fim de preservar a concorrência e mesmo não permitir a concentração econômica acima de 20% do mercado de bem ou serviço analisado, ou quando uma das empresas possui, no mínimo, quatrocentos milhões de faturamento bruto, como estabelece a legislação. Na hipótese de negócio econômico ter o condão de impor restrições à concorrência, o CADE, dependendo da situação, ao invés de impedir o negócio, pode permiti-lo sob condições, impondo obrigações de fazer ou de não-fazer, como ocorreu, recentemente, no caso da operação de fusão entre a Sky e a DirectTV.

3 Esse é o que se pode denominar papel pedagógico do CADE, catalogado no art. 7º, XVIII, da Lei nº 8.884/1994, que compreende a difusão da cultura concorrencial. Para o cumprimento desse mister, o CADE deve promover parcerias institucionais com entidades de ensino, institutos de pesquisa, associações e órgãos governamentais, com a realização de seminários, cursos, palestras e a edição de revistas ( *Revista de Direito Econômico* , de excelente qualidade), cartilhas e relatórios anuais.

Em verdade, não se constitui inovação a idéia da existência de um órgão administrativo para o controle da economia nacional no que diz respeito aos preços dos produtos, à manutenção da livre iniciativa, ao combate ao monopólio, aos atos de incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas. No Governo Vargas, sob a batuta do Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1942, criou-se a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE, a qual teve, porém, vida efêmera, porquanto extinta por meio do Decreto-Lei nº 8.162, de 9 de novembro de 1945.

Posteriormente, com a edição da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, recriou-se o CADE, passando a ser designado por Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sendo mantido pela Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, e, agora, reestruturado pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

### 3. NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO DO CADE

Com a Lei nº 8.884, de 1994, o CADE angariou autonomia substancial, passando à categoria de autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça <sup>4</sup> , constituindo-se, como quer a dicção do art. 3º da Lei nº 8.884/1994, em órgão judicante administrativo com jurisdição em todo o Território Nacional, não cabendo, das suas decisões, revisão no âmbito do Poder Executivo.

Nota:

4 Manteve-se a separação das atribuições entre o CADE e a Secretaria de Direito Econômico – SDE.

Em verdade, o CADE é uma agência reguladora, que tem como escopo a prevenção e a repressão das práticas anticoncorrenciais, com poder para aplicação de sanções, cuja finalidade é a preservação da economia nacional e do bem comum, em atenção ao consumidor ou ao usuário final, fazendo as vezes de agência regulamentadora do setor. Evidentemente que, em se tratando de órgão técnico, e não político, as suas decisões não são discricionárias. Elas são vinculadas não no sentido de subsunção à lei, mas aos critérios científicos que devem ser homenageados no exame da matéria <sup>5</sup> .

Nota:

5 SOUTO, Marcos Jurueña Villela. O CADE e o Exame dos Atos de Concentração de Empresas. *Repertório IOB de Jurisprudência* , n. 10, p. 182, 2. quin. maio de 1995.

Assim, o CADE é um órgão administrativo técnico, inserido dentro da estrutura do Poder Executivo, com exercício de função judicante, que serve de forma alternativa de resolução de conflitos que envolvam a ordem econômica.

Em aprofundado estudo sobre o assunto, EDILSON NOBRE <sup>6</sup>, após analisar os requisitos inerentes às agências reguladoras <sup>7</sup>, conclui que “[...] o CADE, mesmo não portando rótulo legislativo de agência ou autarquia sob regime especial, é de ser reputado como entidade reguladora independente, com vistas à correção dos abusos verificados no ambiente do mercado”.

Nota:

6 O CADE e a repressão ao abuso do poder econômico. *Revista CEJ/RN*, Natal, v. 8, p. 36, dez. 2005.

7 Em síntese, a doutrina atribui a nota de agência reguladora ao órgão estatal que apresenta independência em quatro pontos específicos: “a) independência política dos gestores, através de sua investidura com estabilidade e mandato fixo; b) independência técnica decisional, abstraídas as suas decisões de motivação política e preferencialmente sem recurso hierárquico impróprio; c) independência normativa, necessária para o exercício da regulação dos setores de atividades de interesse público a seu cargo; d) independência gerencial orçamentária e financeira ampliada, com a atribuição legal de fonte de recursos próprios” (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. cit., p. 27).

#### 4. REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

Assim como acontece com qualquer ente estatal, constituído sob a imagem de agência reguladora ou autarquia, em nosso sistema, os atos praticados pelo CADE, revestidos de natureza técnica, inserem-se na seara dos *atos administrativos*, daí por que, a princípio, devem passar, quando alguém se sentir prejudicado com a decisão do órgão e com ela não concordar, pelo crivo do judiciário.

Cabe aqui a aplicação da doutrina haurida de MIGUEL S. MARIENHOFF, no asseverar que, em rigor, não há discricionariedade técnica, pois o ato administrativo, quando deve seguir orientação de ordem técnica ou científica, fica vinculado aos ditames técnicos ou científicos, razão pela qual o ato assim praticado, ao contrário do que se pode, à primeira vista, erroneamente pensar, é considerado *regrado*, e não discricionário <sup>8</sup>.

Nota:

8 Tratado de derecho administrativo. Buenos Aires, v. 2, 1966, p. 430.

Caracterizando-se as decisões do CADE sob a figura de *atos vinculados*, para todos os efeitos, não há nenhuma margem à discussão a respeito da possibilidade de o Judiciário, quando provocado, imiscuir-se no assunto, para analisar a validade dos julgamentos prolatados em sede administrativa pela autarquia em foco <sup>9</sup>.

Nota:

9 É bom que se diga que, ainda que fosse a circunstância de considerar o ato decisório do CADE como inserto na categoria dos atos discricionários – o que, como visto, não procede –, de qualquer modo, não ficaria ele imune ao patulhamento judicial, pois de há muito os administrativistas mais influentes na doutrina nacional e alienígena vêm defendendo a tese de que só o Judiciário, caso a caso, poderá se pronunciar a respeito da legalidade da discricionariedade e dos limites do juízo de oportunidade e conveniência formulado pelo agente público responsável pela prática do ato (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 99).

O que se veda, em resguardo à autonomia e à independência do CADE, é o reexame da questão na seara administrativa, o que, aliás, é expressamente defeso, nos termos do enunciado contido no art. 50 da Lei nº 8.884/1994. Até porque, se o CADE é um órgão técnico, que possui autonomia decisória, não pode haver recurso de seus julgamentos no âmbito administrativo, sob pena de desconsiderada essa sua característica, tornando-o vinculado ao projeto político-econômico desenvolvido, ou desejado, pelo Chefe do Executivo.

Isso porque, repita-se, o CADE não é órgão político, porém técnico, não estando, por conseguinte, atrelado à vontade que impera na área econômica do Governo, devendo pautar o seu agir com autonomia e serenidade, tendo como meta

materializar a pretensão verberada no art. 173, § 4º, da Lei Maior.

A possibilidade de o interessado, nada obstante a decisão do CADE, em busca da tutela de seus direitos, dirigir-se ao Judiciário para rediscutir o caso não poderia ser – como de fato não foi – suprimida pela lei ordinária, em obséquio ao princípio do acesso à justiça, contemplado na Constituição da República como direito fundamental<sup>10</sup>, que exprime a noção da existência de instrumentos eficientes para que a pessoa física ou jurídica possa, perante os órgãos judicantes, conségua a tutela do direito vindicado.

Nota:

10 Cf. art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988.

Essa circunstância, por si só, não desnatura a eficácia dos julgamentos exarados pelo CADE, uma vez que a parte que procurar o Judiciário terá de conseguir o desfazimento da coisa julgada administrativa, a fim de não ser compelido ao cumprimento da obrigação de fazer ou não-fazer ou ao pagamento da multa aplicada.

Tem-se, dessa forma, que o CADE não é a única ou a última palavra a respeito de ato infracional à ordem econômica, pois, a despeito de seu pronunciamento sobre o tema, o Judiciário não só pode, como deve, examinar a matéria, para, aí sim, diante do trânsito em julgado da decisão, o assunto ficar definido.

Não se diga que a permissibilidade de rediscussão da matéria em processo judicial tenha o condão de infirmar a eficácia das decisões do CADE. Não. A inafastabilidade da apreciação da matéria por parte do Judiciário, de conformidade com o asseverado *supra*, é preceito constitucional, inserido dentre os direitos fundamentais, não podendo a lei restringir, ou mesmo limitar, o acesso do interessado à via judicial<sup>11</sup>. Daí por que o assunto pode ser levado a deslinde perante o Judiciário, competindo ao juiz examinar o mérito da questão.

Nota:

11 A nomenclatura adequada é *acesso à justiça*, e não *acesso ao Judiciário*. Com isso se quer dizer que o comando normativo constitucional não se contenta com a previsão de instrumentos colocados à disposição do jurisdicionado para questionar, em Juízo, as lesões ou ameaças de direito, mas na existência de mecanismos processuais *eficazes* e *céleres* para a tutela adequada do direito.

Como se trata de cláusula pétrea a vedação do acesso à justiça, não se há de falar, sequer, na possibilidade de alteração do comando normativo encartado na Lei Maior, porquanto tal vedado expressamente em nosso sistema, mesmo com o manejo de emenda constitucional.

## 5. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ALCANCE DO REEXAME JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

Tem-se reclamado, ultimamente, da incisiva *judicialização da concorrência*, ante a freqüência cada vez mais acentuada do ingresso de ações na justiça federal questionando as decisões técnico-administrativas do CADE. Segundo informações<sup>12</sup>, enquanto no ano de 1997 havia o registro de apenas cem ações contra as decisões do CADE, atualmente, esse número é superior a setecentas. Em razão disso, dos 56 milhões em multas aplicadas pela autarquia desde 2002, a exigência do pagamento de mais de sessenta por cento desse valor foi suspensa por ordem judicial<sup>13</sup>.

Nota:

12 Notícia veiculada na Gazeta Mercantil de 23 de maio de 2006.

13 Note-se que o Supremo Tribunal Federal, na apreciação da ADI 1.094-8/DF, considerou constitucional o art. 65 da Lei nº 8.884, de 1994, que condiciona a suspensão da exigibilidade de multa imposta pelo CADE à prévia garantia do Juízo.

Não convence a idéia de que o Judiciário, à míngua de especialização quanto à matéria econômica, não tem capacidade para dirimir controvérsias que dizem respeito ao fenômeno econômico. Não se há de negar que, no exame de matéria em que se tem como objeto o debate sobre a *dominação dos mercados*, a *eliminação da concorrência* ou o *aumento arbitrário dos lucros*, mostra-se indispensável o conhecimento – conquanto não tão denso – dos modelos econômicos, da função dos preços e dos fatores determinantes de sua quantificação, bem assim dos efeitos positivos e negativos que o poder econômico tem o condão de legar ao grupo social.

Não raro, como acentua SÉRGIO VARELLA<sup>14</sup>, “[...] a teoria econômica integra o objeto da própria análise jurídica, pois, no mais das vezes, ela representa o principal foco da discussão quando da aplicação das normas de tutela da concorrência e de repressão ao abuso do poder econômico”. Parece de todo evidente que as normas jurídicas referentes às relações de mercado possuem conteúdo econômico, o que exige, de quem se propõe a examiná-las, o estudo do que se pode chamar de

*Economia Aplicada ao Direito*, ou melhor,

Nota:

14 Op. cit., p. 17.

“[...] o estudo da ciência econômica voltado à explicação do conteúdo econômico do Direito, cujo objetivo é explicar a realidade econômica dos atos ou fatos econômicos regulados, como forma de habilitar o jurista a ‘realizar ponderações, comparações, prever conseqüências, aquilatar prejuízos, sacrifícios pessoais e sociais’, a fim de conduzir tais fatos econômicos, através de normas jurídicas, à realização do justo.”

Se essa premissa for válida para o jurista ou juiz, isto é, de que ele precisa ser possuidor de conhecimentos econômicos para bem decidir os assuntos pertinentes às relações de mercado, o mesmo se aplica em relação ao economista, no sentido de que ele somente se apresenta habilitado para dirimir essas questões caso esteja munido de certo grau de conhecimento jurídico.

Quanto a esse aspecto, cabe assinalar que o Direito e a Economia, como assevera SÉRGIO VARELLA BRUNA<sup>15</sup>, constituem-se muito mais do que meros *compartimentos estanques do conhecimento humano*, até porque eles, antes de mais, “[...] são instâncias, níveis diferentes de um mesmo fenômeno social, que operam em relação de causalidade recíproca”. Conferindo mais ênfase a essa nuance, EROS GRAU<sup>16</sup> arremata que o Direito é *elemento constitutivo* do próprio modo de produção, ou seja, do mercado econômico, daí por que, em verdade, as relações de produção não se reproduzem validamente, sem que revistam a *forma do Direito*.

Nota:

15 *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 17.

16 *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 74.

Ademais, em que pese as decisões do CADE sejam técnicas, elas, às mais das vezes, partem de pressupostos fáticos, não havendo aí nada que justifique óbice quanto à sua verificação por parte do Judiciário. Do mesmo modo, não parece desarrazoado que o Judiciário seja chamado para averiguar a *proporcionalidade* e a *razoabilidade* da multa aplicada ou da obrigação de fazer ou não-fazer, imposta pela agência reguladora como condição para a admissão do negócio pretendido pelos agentes econômicos<sup>17</sup>.

Nota:

17 Na recente decisão sobre a fusão entre a Sky e a DirecTV, o CADE admitiu a operação, impondo uma série de restrições (obrigações de fazer e de não-fazer, ao argumento de que necessárias para mitigar os prováveis impactos negativos gerados de concorrência. Dentre outras restrições, “determinou, pelo período de 5 anos, que a Sky pratique preços iguais em todo país para os pacotes de canais, permitindo promoções locais pelo prazo máximo de 90 dias; que os referidos pacotes sejam oferecidos em todo o território nacional e que tal determinação se torne pública por meio de jornais de grande circulação nacional. O CADE obrigou, também, que a Sky, pelo prazo de 3 anos, continue transmitindo canais de conteúdo brasileiro hoje disponíveis na DirecTV para os atuais assinantes que venham a migrar para a Sky; que garanta às programadoras de conteúdo nacional a mesma receita hoje auferida com a comercialização deste conteúdo, decorrentes de contratos que tenha com a DirecTV; e ainda, que a Sky, no prazo de 180 dias, aumente em 20% a base de assinantes que recebam canais de conteúdo brasileiro, mantendo-a pelos 30 meses subsequentes” (BRASIL. Conselho de Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em: 27 maio 2006).

## 6. LIMITAÇÕES À REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE DE CONTEÚDO EMINENTEMENTE TÉCNICO

Forte em lições hauridas da doutrina norte-americana, EDILSON NOBRE<sup>18</sup> lembra que, naquele sistema jurídico, adota-se a tese de que os atos praticados pelas agências reguladoras somente são passíveis de patrulhamento pelo Judiciário quanto às questões de direito, em que se investiga a legalidade da decisão tomada. Agrega, ainda, que no julgamento do

REsp 572.070/PR, o Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do Ministro JOÃO OTÁVIO<sup>19</sup>, esclareceu que, como na delimitação da área local para fins de configuração do serviço de telefonia feita pela ANATEL não se levou em consideração a divisão político-geográfico das comunas, mas porém critério de natureza predominantemente técnica, a análise dessa questão foge do campo de investigação do Judiciário.

Nota:

18 Op. cit., p. 53.

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Otávio de Noronha, Segunda Turma. un. Data da decisão: 16 mar. 2004. Disponível em: <www.stj.gov.br/jurisp/juris.asp>. Acesso em: 26 maio 2006.

No caso em comento, o eminente Ministro partiu da consideração de que se mostra imprescindível privilegiar “[...] a ação das Agências Reguladoras, pautadas em regras claras e objetivas”. Isso porque – acrescenta o Ministro –, sendo as regras *claras e objetivas* e traçadas de acordo com critérios *predominantemente técnicos* e tendo “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”, caso ingresse no exame do mérito das *normas e procedimentos regulatórios* que serviram de norte para a definição das *áreas locais*, “[...] estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir”.

Porém, verifique-se que, malgrado o asseverado pelo ínclito Ministro, no próprio voto de Sua Excelência há inescusável imiscuição quanto aos critérios técnicos adotados pela agência reguladora do serviço de telefonia, posto que ele diz, textualmente, que as regras postas pelo órgão estatal e objeto de discussão no Judiciário são *claras e objetivas* e que elas tiveram a valia de possibilitar aos agentes econômicos a perfeita avaliação do custo-benefício para a formação das bases contratuais da concessão do serviço. Em outras palavras, no julgamento em referência operado perante o Superior Tribunal de Justiça, ocorreu o reexame da matéria técnica, ainda que o fosse para dizer que as regras impostas pela agência reguladora eram pertinentes juridicamente. Em outra oportunidade, o mesmo órgão jurisdicional, agora em aresto exarado pela sua Primeira Turma, em acórdão lavrado pelo Ministro LUIZ FUX, não se fez a mesma restrição, e acrescentou-se, com ênfase, que a *atuação paralela* do CADE na regulação do mercado econômico não *inibe a intervenção do Judiciário*, até porque inexistente, em nosso sistema, o *contencioso administrativo*<sup>20</sup>.

Nota:

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Luiz Fux, AGRMC-8791, Primeira Turma, un. Data da decisão: 21 mar. 2005. Disponível em: <www.stj.gov.br/jurisp/juris.asp.>. Acesso em: 26 maio 2006. A parte da ementa que interessa para o tema em debate está assim redigida: “[...] 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”.

Tendo em consideração o primeiro precedente jurisprudencial e o posicionamento da doutrina americana<sup>21</sup>, arremata EDILSON NOBRE que, naquelas situações em que a decisão do CADE apresenta conteúdo eminentemente técnico, não se mostra adequada a intervenção *ilimitada do juiz*<sup>22</sup>. Para ele, portanto, embora as decisões do CADE não sejam infensas ao exame do Judiciário, quando a questão envolver *critérios de natureza eminentemente técnica*, a imiscuição do magistrado deve se conter à observação do respeito à *proporcionalidade ou razoabilidade da medida* ou à ausência do substrato fático no qual se escorou a decisão ou à existência de *erro evidente* quanto à apreciação dos fatos<sup>23</sup>.

Nota:

21 BERNARD SCHWARTZ adverte que, quanto à amplitude da revisão judicial dos atos administrativos, os tribunais americanos têm feito a precisa distinção entre *questões de direito* e *questões de fato* (*Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 370). Com esse recorte, a apreciação judicial se contém à análise do ato quanto ao seu conteúdo jurídico, não em relação à questão fática, que fica confiada ao alvedrio do *perito judicial* (ibid.). De qualquer modo, acrescenta o renomado doutrinador americano que os tribunais tendem a rever “[...] as decisões administrativas que não forem apoiadas por provas substanciais, isto é, por ‘provas tão relevantes que uma pessoa sensata não possa aceitá-las como adequadas para apoiar uma conclusão’” (ibid.).

22 Ibid., p. 55. Note-se que não se defende a vedação da revisão judicial da decisão do CADE. Nessa parte, EDILSON NOBRE faz ressalva quanto à posição por mim defendida em outro escrito (A função judicante do CADE.

*Revista CEJ/RN*, Natal, v. 4, p. 205, nov. 1998). Veja-se, de todo modo, que naquela oportunidade, conquanto tenha dito que o reexame judicial quanto às decisões do CADE deve ser amplo, afirmei que, em relação aos aspectos técnicos, o juiz deve conceber o pronunciamento do órgão como se fora um laudo apresentado por um perito.

23 Ibid., p. 59.

## 7. CONSIDERAÇÕES QUANTO À REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

A lição acima fixa importante critério a ser adotado pelo juiz no exame dessas questões técnicas relativas ao setor econômico. Como já tive a oportunidade de afirmar, antes de mais, o juiz não deve se descurar, quando se debruça à análise de processo que tem como objeto decisão *eminente técnica* emanada do CADE, de que está sendo chamado a se pronunciar sobre assunto que ele, o magistrado, às mais das vezes, não tem conhecimento. O juiz deve encarar a decisão do CADE assim como ele examina um laudo lavrado por perito, cabendo-lhe louvar a sua conclusão a respeito da questão, se for necessário, com base em dados técnicos, de preferência com o auxílio de expertos.

Não se pode perder de vista que, com mais freqüência do que se imagina, o Judiciário é provocado para proceder ao reexame de decisões administrativas prolatadas por órgãos técnicos<sup>24</sup>. Observe-se o que sucede na tomada das prestações de contas feitas pelos gestores públicos perante o Tribunal de Contas da União e dos Estados. Conquanto esses tribunais sejam órgãos técnicos e contem em seus quadros com auditores extremamente qualificados para a apreciação das contas, tal não limita o reexame do assunto perante o Judiciário, ainda que não se olvide que aquele pronunciamento técnico mereça especial consideração no deslinde da questão.

Nota:

24 O Judiciário já vem se pronunciando sobre vários questionamentos quanto à regulação dos setores energético e de telefonia.

Isso ocorre mesmo no tema da concorrência. É o que se dá, por exemplo, quando se impugna, perante o Judiciário, os critérios levados em consideração pelos técnicos de comissão de licitação para estabelecer as regras pertinentes à escolha, em igualdade de condições, das empresas classificadas para contratar bens, serviços e obras com o Poder Público. Frequentemente, o Judiciário é convocado para analisar complexos critérios técnicos previstos para a licitação sob o argumento de permitir a mais ampla concorrência na contratação a ser feita pelos órgãos públicos.

De qualquer sorte, mostra-se pertinente e imprescindível, quanto às decisões do CADE, fazer a distinção entre as questões de direito e aquelas que dizem respeito à adoção de técnicas adequadas para a preservação da concorrência e dos interesses dos consumidores, nas quais preponderam a análise das relações econômicas.

Os aspectos preponderantes de direito, não se há de negar, comportam exame mais *confortável* por parte do magistrado, pois se trata de questões com as quais aquele guarda a mais perfeita intimidade. Como aqui foi dito, as normas jurídicas que disciplinam o mercado compreendem considerações jurídicas e econômicas, mas é possível, nos casos concretos, divisar se a resolução da contenda envolve aprofundada indagação da questão econômica, ou não.

Em se tratando de questão *preponderantemente técnica*, em que se discutem critérios necessários para a preservação da concorrência, especialmente aquelas de maior complexidade, que reclamam aprofundado conhecimento do mercado econômico, o juiz deve apreciar o pronunciamento do CADE como se fora o trabalho de um perito, de modo que a refutação a ele deve se escorar em dados técnicos, com o auxílio, se for o caso, de expertos no assunto. Nesses casos, parece recomendável que o juiz, parafrazeando o Ministro JOÃO OTÁVIO, *privilegie* a ação das agências reguladoras, quando pautada em regras *claras e objetivas*. Nesse caso, como quer EDILSON NOBRE, a investigação judicial deve, em rigor, conter-se ao exame da *proporcionalidade ou razoabilidade da medida* ou à ausência do substrato fático no qual se escorou a decisão ou à existência de *erro (evidente)* quanto à apreciação dos fatos.

Ademais disso, não se pode deixar de ter presente que a decisão do CADE se trata de ato administrativo, à qual deve conferir-se consideração toda especial à *presunção de legitimidade*<sup>25</sup>, ou seja, de que foi proferida em consonância com as normas legais, porquanto a sua alta independência funcional aliada à forma de recrutamento e à considerável qualificação de seus membros<sup>26</sup> conferem credibilidade maior às decisões editadas por esse órgão. Dessa forma, cabe ao interessado na desconstituição do ato administrativo o ônus de demonstrar a *desproporcionalidade* ou *irrazoabilidade* da medida aplicada ou a ausência do fato que embasou a decisão ou a ocorrência de erro na sua apreciação.

Nota:

25 Em defesa dessa característica inata ao ato administrativo, afirma JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO PINTO: "Vários são os fundamentos dados a essa característica. O fundamento precípua, no entanto, reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do Poder Público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público

que lhes compete proteger. Desse modo, inconcebível seria admitir que não tivessem a aura da legitimidade, permitindo-se que a todo momento sofressem algum entrave oposto por pessoas de interesses contrários. Por esse motivo é que se há de supor que presumivelmente estão em conformidade com a lei” ( *Manual de direito administrativo* . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 98).

26 O CADE é integrado por um presidente e seis conselheiros, todos nomeados após indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, para o exercício de mandato de dois anos, havendo a possibilidade de uma única recondução, por igual período. Para a preservação de sua independência, os integrantes não podem ser destituídos senão em condições muito especiais.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conquanto sejam de todo concebíveis as considerações acima sobre a revisão judicial de decisões do CADE de ordem preponderantemente técnica, não merece agasalho a tese de que ao Judiciário é vedado examinar o mérito do julgamento prolatado pelo referido órgão, até porque, conforme acentuado em passagem deste escrito, ainda quando se trate de decisão técnica, ela ingressa no rol dos atos vinculados, sendo pertinente, por conseguinte, nesses casos, no exercício do controle judicial, a pesquisa quanto a sua validade.

Os conflitos sobre a concorrência e as relações de mercado em geral referentes à fusão, incorporações e associações de empresas, vendas de participações societárias, formação de cartéis, vendas casadas, preços predatórios, acordos de exclusividade, dentre muitas outros, constituem temas que apenas passaram a freqüentar com mais assiduidade o Judiciário após a Constituição de 1988, não sem razão, exatamente com a (re)democratização do País, a estabilização da moeda nacional e o fenômeno da globalização. É natural, e mesmo aceitável, que os órgãos jurisdicionais, nos primeiros instantes, experimentem falta de intimidade maior com o assunto, cometam alguns senões e não possuam, ainda, uma jurisprudência sólida sobre esses assuntos, o que tem o condão de gerar certa insegurança jurídica.

Naturalmente que esse estado de coisas não quer dizer que o Judiciário não tenha condições de melhor capacitar-se para enfrentar questões dessa natureza.

A realização de eventos temáticos sobre a regulação da concorrência, estreme de dúvidas, cuida-se de instrumento satisfatório e de fundamental importância para a disseminação do conhecimento dessa matéria, sem embargo de outras iniciativas, como a especialização de varas para o julgamento dos processos que tenham como objeto o referido assunto.

Não se enxerga, porém, espaço nem justificativa plausível para que se crie, em nosso meio, um segmento do Poder Judiciário especializado para tratar da matéria, à semelhança do que ocorre com as questões trabalhistas, eleitorais e militares.