

O CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE OS ATOS EMANADOS PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE¹

Joaquim Alves da Câmara Atie²

Leonardo Medeiros Júnior³

RESUMO

Este estudo adentra na discussão acerca do controle jurisdicional sobre os atos emanados pelo Conselho Administrativo da Defesa Econômica - CADE, os quais, por sua vez, possuem o dever de equilibrar atividades que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, resultando no domínio de mercados relevantes de bens ou serviços. De acordo com o §3º do art. 54, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, os atos que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja por meio de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 400 milhões de reais devem ser submetidos à aprovação do CADE. Dessa forma, para demonstrar a aplicabilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição, apontam-se casos concretos na jurisprudência nacional de intervenções do Poder judiciário frente aos atos emanados pelo CADE que avançam seus limites e jogando-se diante do pântano da ilegalidade, merecendo a pronta correção ou invalidação do mesmo. O artigo em questão foi construído a partir de uma pesquisa teórica e bibliográfica, de caráter predominantemente dedutivo, utilizando-se a doutrina do direito administrativo e de instrumentos normativos coerentes com o assunto. Tem-se da análise da pesquisa, dentro de um padrão de natureza principiológica, que apesar de que existam as questões técnicas complexas, deve portanto o Poder Judiciário exercer um controle mínimo, no sentido de apenas conferir se a decisão administrativa está devidamente motivada, deve-se reconhecer então, da grande dificuldade para o exercício do controle dessas decisões pelo magistrado, o que não resulta liberdade sem limites.

PALAVRAS-CHAVE: CADE. Atos Administrativos. Poder Judiciário. Controle Jurisdicional.

ABSTRACT

The essay revolves around the judicial control over the acts issued by the Conselho Administrativo da Defesa Econômica (Board of Economic Defense) - CADE, which, in turn, have a duty to balance activities that may limit or hinder free competition, resulting in

¹ Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

² Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN. E-mail: jcatie@gmail.com.

³ Professor Orientador do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN. E-mail: leonardomedeiros@tjrn.jus.br.

markets for certain products or services because it is peaceful, from § 3 of art. 54 “d” of Law nº 8884 of 11 June 1994, to be subject to approval by CADE, the acts aimed at any form of economic concentration, either through merger or incorporation of companies, setting up the company to exercise control of companies or corporate grouping, involving participation of company or group of companies resulting in 20% of a relevant market, or if any of the participants has registered an annual gross revenue in the last balance equivalent to 400 million dollars. Thus, to demonstrate the possibility of judicial review, they point to cases in the national case of intervention of the judiciary in the face of acts emanating from CADE advancing its limits and playing in front of the illegality, it deserves the prompt correction or invalidation of it. The article in question was constructed from a theoretical and bibliographic research, predominantly deductive, using the doctrine of administrative law and laws consistent with it. It has been examining the research into a pattern of a set of principles, that although there are technical issues complex, so must the judiciary to exercise the least control, to just make sure that the administrative decision is properly motivated to be recognized, then, the great difficulty in exercising control of such decisions by the magistrate, which is not apparent freedom without limits.

KEY-WORDS: CADE. Administrative Acts. Judiciary. Judicial review.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, o mundo tem acompanhado o intenso caminhar do desenvolvimento social, político e tecnológico, em que tempo e espaço são reduzidos. Além disso, tem-se feito também um grande avanço com relação à diversificação e internacionalização da economia, trazendo desta forma inúmeras consequências, que podemos citar diante dessa nova conjuntura, a necessidade das empresas buscarem o seu fortalecimento para serem capazes de enfrentar a livre concorrência, de forma igualitária, entre empresas tanto no âmbito nacional quanto no estrangeiro. Dentro desse contexto é que o Estado deve fazer constantemente a implementação de políticas que sejam eficientes para a proteção do consumidor de serviços e bens que estão disponíveis no mercado, tendo como resultado final dessas referidas implementações, a promoção da livre concorrência e a repressão e prevenção do abuso à ordem econômica.

Nesse aspecto, muito tem se falado nos últimos anos sobre o tema da judicialização das decisões administrativas que são emitidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em matéria de legislação antitruste. Essa judicialização deve ser compreendida como o natural e desejado caminho da aplicação da legislação da concorrência, tendo em vista que a independência do Poder Judiciário é uma garantia individual e coletiva contra eventuais equívocos, tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo.

O controle preventivo dos atos é previsto no art. 54 da Lei nº 8884 de 11 de junho de 1994⁴. Segundo este dispositivo, os atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar no domínio de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. O §3º do art. 54⁵ do já citado diploma legal determina que, devem ser submetidos à aprovação do CADE, os atos que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja por meio de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou agrupamento societário, que implique

⁴ Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

⁵ Art. 54, § 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Redação dada pela Lei .10.149, de 21.12.2000)

participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 400 milhões de reais.

Em adição, podemos dizer que o CADE foi introduzido como um órgão judicante, com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei 4.137/62 e transformado em Autarquia vinculada ao Ministério da Justiça pela Lei 8.884 de 11 de junho de 1994, servindo como auxiliar do Poder Judiciário, pois trata-se de jurisdição administrativa, e não judicial, porque o CADE integra o Poder Executivo, devendo exercer sua função, emitindo decisões técnicas, orientando, fiscalizando, prevenindo e apurando abusos do poder econômico, exercendo papel tutelar da prevenção e repressão do mesmo. Pois nos encontramos em uma situação onde, de um lado temos condutas anticoncorrenciais que podem nos levar a sérios danos à coletividade e, por outro lado, temos condenações com grande disparidade dentro de nossa realidade econômica vigente, não atendendo os próprios procedimentos já impostos no próprio Conselho e aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório.

Dentro deste contexto, é interessante abordarmos que o CADE é uma Autarquia com caráter técnico. Sua ações são conduzidas a partir de Atos Administrativos, os quais, aqui nesta obra científica serão discutidos, o Poder Discricionário que neles existe bem como a possibilidade ou não de seu controle judicial.

2. A REGULAÇÃO ECONÔMICA NO BRASIL

A importância das políticas de defesa da concorrência no Brasil ganhou força a partir da significativa alteração do papel do Estado, quando se iniciavam os anos noventa. Mudança esta que se concretizou a partir da privatização das empresas estatais, estas que foram implementadas entre as décadas de setenta e oitenta.

Desta forma, à medida que o Estado passou a dar mais atenção a seu papel de regulador, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ganhou maior importância. Diante da nova realidade econômica, foi promulgada a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, criando condições para assegurar a defesa da concorrência em nosso país. Primordialmente, buscava-se evitar que as empresas usassem com abusos e excessos de suas posições de domínio econômico, infligindo restrições a livre concorrência nos mercados em

que operavam, bem como aumentassem seu poder de mercado através de alianças ou fusões com empresas de mesmo calibre, concorrentes.

A expressão “de mercado” foi introduzida na lei antitruste brasileira pela Lei nº 8884/94. Mercado é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. A delimitação do mercado é primordial para o funcionamento do CADE tanto no julgamento dos processos administrativos referentes às infrações à ordem econômica quanto na análise dos atos de concentração. Diante da delimitação do mercado é possível verificar se a conduta causa ou pode causar a eliminação da concorrência, o domínio de mercados e o aumento arbitrário dos lucros.

Seguindo este raciocínio, essas mencionadas políticas de defesa da concorrência, além de privarem que as barreiras eliminadas pelo Governo fossem refeitas pelos agentes com alto poder econômico, sugeriram a criação de uma nova cultura concorrencial. Onde as normas de competição se tornaram tão necessárias e importantes para assegurar a própria existência e desenvolvimento do mercado. Assim, a regulação de setores específicos na economia teve como finalidade retificar eventuais falhas de mercado. A regulação do mercado, notadamente em setores do mercado que apresentam um elevado grau de concentração, restringindo grande parte do espaço da livre concorrência, que é condição imprescindível para garantir um adequado ambiente de justa concorrência.

Essa intromissão do Estado na organização da economia (regulação) tornou-se cada vez maior no mundo com os danos causados pelas grandes concentrações, de maneira especial diante da possibilidade de acontecer também danos potenciais. A concentração deve ser vista como uma atuação que, mesmo quando não inviabiliza a concorrência, desvirtua o grau de concorrência, lesando em último momento, o consumidor.

É também interessante observar que o mercado se presta como uma real ferramenta, de forma totalmente imprescindível para acolher as demandas materiais do ser humano, visto que este age como armazenador de recursos e tempo, enquanto que permite o câmbio entre pessoas de modo impessoal. Os mercados são sistemas construídos por pessoas, que funcionam amparados num conjunto de regras sociais que mudam no tempo e no espaço.

Diante disso, para desempenhar sua tarefa, o mercado, precisa que certas normas sejam resguardadas, entre as quais: a liberdade de concorrência e a autonomia de escolha do consumidor. Para que aconteça o funcionamento apropriado do mercado é necessário que o

Estado esteja sendo apoiado por instituições de preservação bem estruturadas na área de defesa da concorrência.

2.1.O “ESTADO DE DIREITO”

O Estado de Direito será analisado neste trabalho científico apenas sob o ângulo jurídico descartando desta forma o âmbito político militante. Tendo esclarecido isto, é mister dizer que a análise parte do basilar princípio de que o reconhecimento e a institucionalização do Estado de Direito produz, de maneira geral, a abolição do arbítrio nas atividades dos poderes públicos, a subordinação do poder ao império do direito e a autoridade de direitos e garantias fundamentais, que são, em uma derradeira análise, a concretização de uma imaginação de justiça constante na constituição de um Estado.

Assim, pode-se alegar que o Estado de direito possui várias dimensões. A primeira é que o Estado de Direito é um Estado que se subordina ao direito. Isso denota que, mais concretamente: o Estado está sujeito ao direito, de forma especial a uma Constituição; o Estado opera por meio do direito e; o Estado está sujeito a uma idéia de justiça.

Desta feita, afirmar que o Estado está sujeito ao direito é a mesma coisa que dizer que o poder político não é aberto, desvinculado, transcendente a toda a legislação. Ao oposto, o direito afeiçoa o poder, o organiza e o subordina a um conjunto de regras e princípios jurídicos. Isso significa que o Estado, os poderes locais e regionais, os órgãos, funcionários ou agentes dos poderes públicos devem notar, acatar e desempenhar as normas jurídicas em vigor, tal como o devem fazer os particulares.

Alegar que o Estado participa ou atua através do direito, significa que o exercício do poder só pode concretizar-se através de instrumentos jurídicos institucionalizados pela ordem jurídica, ou seja, para poder praticar atos, cumprir tarefas, realizar fins, poderão exclusivamente aqueles autorizados pela ordem jurídica.

E dizer que o Estado está dependente a uma idéia de justiça significa também que está submisso a pressupostos valorativos interpostos pela Constituição Federal, esta, que evita que o Estado faça uso abusivo do direito, tanto para criar normas jurídicas quanto para se fazer a revisão ou emenda a constituição.

As demais dimensões falam que o Estado de Direito está relacionado com: os direitos fundamentais, ou seja, um Estado que adota e, possui em sua Constituição um conjugado de direitos que formam o alicerce de sua fundamentação e de sua força político-jurídica. Ressalta o princípio da razoabilidade, é um Estado de justa avaliação porque se constrói em torno do princípio comumente chamado de “princípio da proibição de excesso”.

É estabelecido, dentre as dimensões, o princípio da legalidade da administração pública, sendo um Estado que coloca a idéia de sujeição à lei dos responsáveis dos órgãos, funcionários e agentes do Estado. Trata-se ademais de um Estado civilmente responsável por danos incidentes no campo jurídico os particulares, não se exigindo qualquer prova da culpa, sendo a sua responsabilidade, objetiva.

Continuando por entre as suas dimensões, é um Estado que garante o acesso ao poder judiciário no caso de ameaça ou de lesão de direito, além de garantir a segurança jurídica pois assevera a aplicação da lei, com nitidez e racionalidade das tarefas do Poder Legislativo e de limpidez nas atividades do poder; pois é construído através da divisão de poderes, isto é, do fracionamento do Poder do Estado e da independência de seus três poderes sendo assim, um Estado que tem respeito e ademais incentiva os processos autônomos dos cidadãos, um Estado de igualdade e por fim é um Estado Democrático e Republicano, isto é, é um Estado alicerçado na soberania popular e na defesa e no cuidado com o bem público.

Em suma, o Estado de Direito é, portanto, um Estado em submissão ao direito, cujo ampara os direitos fundamentais e a segurança de seus cidadãos e que se estrutura a partir dos princípios da razoabilidade, da responsabilidade por seus atos e do respeito da via judicial. Ademais, faz sua base através da divisão dos poderes e da descentralização de sua atuação, sendo a sua administração norteadas pelo princípio da legalidade e voltada à supremacia dos princípios da liberdade e da igualdade, não afastando o fundamento popular do poder e a defesa do bem público.

2. O CADE: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é um órgão judicante, possuindo jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei 4.137/62 e transformado

em Autarquia vinculada ao Ministério da Justiça pela Lei nº. 8.884 de 11 de junho de 1994. Este está inscrito na estrutura do Poder Executivo, com a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, desempenhando um papel de tutelador da prevenção e da repressão a tais abusos, sem, contudo, obstar o acesso ao Poder Judiciário.

Sem dúvidas, o CADE é um órgão administrativo técnico, o qual possui como objetivo a prevenção e a repressão das práticas anticoncorrenciais, detendo o poder para o bom emprego de sanções, cujo desígnio é a preservação da economia nacional e do bem estar de todos, principalmente ao consumidor também chamado usuário final. É incontestável que, abordado como órgão técnico, as suas decisões não são discricionárias. As decisões do CADE, são caracterizadas, sob a forma de atos vinculados, são vinculados à complexidade dos critérios científicos que devem ser examinados diante do caso concreto e não vinculados à lei em si. Assim, não há nenhuma margem para discussão a respeito da probabilidade de o Poder Judiciário, quando incitado, intrometer-se para avaliar a legitimidade dos julgamentos prolatados administrativamente pela autarquia em questão.

Entretanto, o que se é fortemente vedado objetivando o amparo à autonomia do CADE, é o reexame do tema no âmbito administrativo, sendo totalmente defeso o reexame como aduz o art. 50 da Lei nº 8.884/94⁶. Pois, como o CADE é considerado um órgão técnico, possuindo sua autonomia decisória, é defeso recurso de seus julgamentos na seara administrativa, podendo desta forma ser desconsiderada essa sua característica de autônomo, transformando-o em um órgão vinculado ao projeto político-econômico impulsionado pelo Presidente da República. Tendo em vista que o CADE não é um órgão politizado, e sim técnico, não estando, conseqüentemente, ligado ao anseio que governa na seara econômica do Governo de nosso país, devendo regular suas ações com liberdade e placidez, tendo como finalidade concretizar a pretensão descrita no art. 173, § 4º, da Constituição Federal:

Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

⁶ Art. 50. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Desta forma, é mister abordarmos que a função que desempenha o CADE é assaz necessária e tênue, devendo este trabalhar de modo a não lesar os próprios interesses nacionais. Diante desta afirmação, pode-se acreditar que a exata essência do pretexto de ser do CADE, encontra-se em regular a atividade econômica conduzindo-a ao implemento de sua função social, que é o próprio desempenho da atividade econômica.

Dentro deste desempenho, encontramos a livre iniciativa, que é um princípio que tem como apoio a satisfação, amplamente falando, das necessidades sociais. Sendo este princípio previsto, exclusivamente, em prol do grupo social como um todo.

Ademais, é necessário preservar a concorrência, que é cláusula que decorre da livre iniciativa, pois sem esta o mercado fica sob a autoridade da minoria, tendo como resultado a elevação dos preços das mercadorias, o declínio da qualidade dos produtos e a estagnação tecnológica.

4. A NATUREZA JURÍDICA DOS ATOS EMANADOS PELO CADE

O conjunto de todas as decisões derivadas dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que é responsável pela promoção de uma economia competitiva, por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência no Brasil, sendo sua atuação orientada pela Lei nº. 8.884/94, decorrem do exercício de uma competência administrativa.

O SBDC é composto pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão do Ministério da Justiça; pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão do Ministério da Fazenda; e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Assim, o SDE e o SEAE estão integrados na estrutura administrativa Direta do Estado e o CADE, sendo uma autarquia especial, faz parte da Administração Indireta. Sendo portanto, possível afirmar que os atos praticados por essas autoridades possuem natureza administrativa. Além disso, existe certa discussão doutrinária quanto a serem atos discricionários ou atos vinculados.

4.1. Os Atos Administrativos: Atos Vinculados e Atos Discricionários

Antes de adentrarmos no assunto que versa sobre os atos administrativos emanados pelo CADE e seus pormenores, faz-se mister abordarmos sobre o conceito destes, bem como esmiuçarmos as diferenças quanto ao objeto, ou seja, seu próprio conteúdo, por meio do qual a Administração manifesta sua vontade, ou atesta simplesmente situações que já existem.

Assim, segundo o Ilustre professor Antônio Cecílio Moreira, o ato administrativo “é toda manifestação de vontade da administração pública, no exercício de sua função administrativa, agindo concretamente, tem por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, com vistas à realização de sua finalidade pública e sujeita ao controle jurisdicional”.

Nos atos vinculados, a um motivo, este que pode ser uma circunstância fática que leva a Administração a editar o ato ou um pressuposto legal, ou seja, o dispositivo legal em que se baseia o ato, corresponde a um único objeto. Uma vez verificado o motivo, a prática do ato, com aquele conteúdo estabelecido na lei, é obrigatória. Em outras palavras,

A atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.⁷

Entretanto, como é impossível ao legislador alistar todo e qualquer ato que a Administração Pública possa realizar, e sabendo que o objetivo da Administração é sempre buscar as melhores soluções para os casos concretos, diante da possibilidade a qual o administrador se encontra de poder escolher dentre duas ou mais soluções, este pode revestir-se da discricionariedade.

Assim, nos atos discricionários, há liberdade de valoração do motivo e, como resultado, escolha do objeto, dentre os possíveis, autorizados na lei. O ato somente será praticado se e quando a Administração considerá-lo oportuno e conveniente, e com o conteúdo escolhido pela Administração, nos limites da lei. Pois como bem ensina o ilustre professor Hely Lopes Meirelles:

Só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 176.

certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo.

A doutrina, de forma assaz tradicional, afirma que nos atos vinculados, seus elementos, motivo e objeto são vinculados, ao passo que nos atos discricionários, o motivo e o objeto são discricionários. Desta feita, são os elementos motivo e objeto que permitem verificar se o ato é vinculado ou discricionário. De fato, enquanto na hipótese de vinculação o administrador não dispõe de qualquer liberdade, devendo praticar o ato de acordo com o enunciado normativo, na discricionariedade possui certa margem de liberdade para escolher o conteúdo do ato, além da conveniência e oportunidade de sua manifestação.

Nos atos discricionários, o binômio motivo-objeto determina o denominado mérito administrado.

4.1.2 Poder Discricionário e Conceitos Jurídicos Indeterminados

O exercício do poder discricionário é antecedido de anterior interpretação normativa, esta, que conduz à escolha de uma providência diante de uma pluralidade de medidas possíveis em tese. Se dentro do processo de interpretação resultar uma única ação a ser adotada, não se terá discricionariedade.

Contudo, não podemos fazer a confusão quando nos deparamos com a presença de várias medidas possível para a solução do caso concreto, cuja escolha está nas mãos da Administração Pública, com a existência de equivocidade, indeterminação ou fluidez.

No momento da interpretação das normas, é muito comum deparar-se o administrador público com conceitos imprecisos ou vagos, não encontrando dificuldade em preenchê-los com o conteúdo que melhor lhe pareça útil, conveniente ou oportuno. Desta forma, a essência do conceito se amolda ao conteúdo que se dá a este, mostrando-se então variável, vulnerável ao sabor das exigências políticas coincidentes com o interesse público perseguido pela lei.

Nesse sentido, não será sempre que existirá discricionariedade quando se faz a interpretação de conceitos indeterminados ou imprecisos. A discricionariedade, como bem aduz Maria Sylvia Di Pietro:

Não existirá se houver elementos objetivos, extraídos da experiência, que permitam a sua delimitação, chegando-se a uma única solução válida diante do direito. Neste caso, haverá apenas interpretação no sentido da norma, inconfundível com a discricionariedade. Por exemplo, se a lei prevê o afastamento *ex officio* do funcionário incapacitado para o exercício de função pública, a autoridade tem que procurar o auxílio de peritos que esclareçam se determinada situação de fato caracteriza incapacidade; não poderá decidir segundo critérios subjetivos.

Entende-se que quando é conferida a possibilidade de escolher qualquer das providências possíveis, haverá discricionariedade. Mas, sendo somente possível a adoção de uma única medida, existirá mera interpretação da norma.

Assim, a interpretação encontra-se diante de duas terminologias: os conceitos de significação exata e os conceitos de significação imprecisa, porém determinável. Com relação aos primeiros, não há nenhuma dúvida de que são aplicados de forma automática pela autoridade administrativa, não havendo discricionariedade. Já com relação aos conceitos de significação imprecisa, são determinados pela própria Administração Pública, no momento em que os aplica para solucionar os casos concretos. Dentro deste, há os conceitos de conteúdo empíricos, também chamados de noções da experiência e os conceitos de conteúdo de valor.

Quando falamos de conceitos empíricos ou de experiência, estamos tratando de conceitos determináveis mediante exercício de interpretação baseado em elementos objetivos, tirados da experiência. Diante desta, ocorre à delimitação do conceito, alcançando assim, uma única solução válida perante o ordenamento jurídico. Demonstrando-se claro aqui, a inexistência da discricionariedade e sim a mera interpretação da norma jurídica. E quando houver a necessidade de apreciar a norma usando a subjetividade da Administração Pública, estamos nos referindo ao conceito de valor, o que se configura a discricionariedade.

Reforçando nosso entendimento acerca desse assunto de grande relevo, cumpre trazer à baila das lições de Regina Helena Costa, que aduz:

Os conceitos jurídicos indeterminados podem ser classificados em conceitos de experiência e conceitos de valor. E, conforme pretendemos demonstrar, entendemos que, quando se tratar de conceitos de experiência, o administrador, após socorrer-se do processo interpretativo, torna preciso o conceito, não lhe restando qualquer margem de liberdade de escolha de seu significado. Quando estivermos diante de conceitos de valor, diversamente, caberá àquele, terminada a interpretação, uma vez restando ainda um campo nebuloso do conceito que esta não foi suficiente para eliminar,

definir o conceito por intermédio de sua apreciação subjetiva, que outra coisa não é que a própria discricionariedade.

Em conclusão, quando a lei emprega conceitos de experiência, há mera interpretação e quando esta se utiliza de conceitos de valor, há discricionariedade.

4.1.3. O Mérito Administrativo

Conceitua-se o mérito administrativo como o poder conferido pela lei ao agente público para que ele decida sobre a oportunidade e conveniência de praticar determinado ato discricionário, e escolha o conteúdo desse ato, dentro dos limites estabelecidos na lei. Vale salientar, novamente, que somente existe mérito administrativo em atos discricionários.

Os atos discricionários vinculam-se, invariavelmente, à expressa previsão da lei: a competência, a forma e a finalidade. De outro lado, o administrador, ao praticar um ato discricionário, possui liberdade para, nos limites expressos ou implícitos da lei, escolher, conforme sua valoração, os requisitos motivo e objeto do ato.

O mérito administrativo não está sujeito ao controle judicial, pois o controle de mérito é sempre com relação à oportunidade e conveniência. Assim, controle de mérito resulta na revogação ou não do ato, nunca em sua anulação. Nos atos discricionários, o Judiciário, se provocado, pode controlar a legalidade do ato que, a título de “mérito administrativo”, haja extrapolado os limites da lei.

O que ocorre é que as questões de mérito advêm da discricionariedade administrativa, e são, em derradeira análise, a sua própria medida. O mérito administrativo, destarte, encontra-se naquela faixa decisória em que o administrador, através da apreciação subjetiva, preenche a finalidade da norma com uma medida capaz de alcançar o resultado pretendido. Ocorre que, por vezes, o agente administrativo ultrapassa a legitimidade de sua apreciação meritória, emanando medidas inadequadas, que restringem de forma desproporcional os direitos subjetivos dos cidadãos.

Desta forma, se o exame meritório do administrador se mostra desarrazoado e desproporcional, é claro que não está ajustado à moldura legal – lei em sentido lato, reclamando o legítimo controle jurisdicional a fim de garantir a invalidação da excessiva restrição ao direito subjetivo dos cidadãos. Se a atuação administrativa limita de modo

inadequado e desproporcional determinado direito fundamental, ilegítima se mostra a medida adotada, viciada quanto aos aspectos de mérito ou de legalidade, gravitando fora do campo da legítima atividade discricionária.

5. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Essa discussão encontra maior relevo, no momento em que se é estudado a jurisprudência brasileira, bem como nossa doutrina majoritária, que possui o entendimento de que o mérito dos atos discricionários deve ser excluído do controle judicial, pois entende-se que o mérito é o conteúdo político do processo de realização da vontade do Estado. Sendo portanto, esse ato, submetido ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Como podemos ver o entendimento atual logo abaixo:

RESP 69.735, 6ª Turma do STJ. Ementa: “Ato administrativo – Reexame do Judiciário – Insuscetibilidade. Os modernos princípios de acesso ao Judiciário recomendam aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos. O aspecto formal não deve ser aplicado de modo intransigente. O ato administrativo, quanto ao mérito, é insusceptível de reexame do Judiciário, em decorrência da separação dos poderes. A discricionariedade do ato não se confunde com ilegalidade.

Seguindo a corrente, posicionou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelação Cível 212.259, TJ/SP. Ementa: “Ato administrativo – Ingerência do Judiciário – Limitação. É princípio de direito administrativo que o controle judicial dos atos da Administração limita-se à ordem da legalidade: o Judiciário não tem poder de ingerência no mérito administrativo dos atos do Executivo”.

E reforçando esse entendimento, decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial:

RESP 4.526, 2ª Turma do STJ. EMENTA: “Ato administrativo – Mérito – Reenquadramento de Professores – Apreciação pelo Judiciário – Inadmissibilidade. Recurso Especial. Ato Administrativo. Mérito. A tripartição dos poderes enseja a cada um decidir, no âmbito discricionário, a respeito da oportunidade e conveniência. O mérito do ato é definido, n o caso dos autos, pelo Executivo. Ao Judiciário é vedado substituir o administrador. O exame da legalidade, além do aspecto formal, compreende também a análise dos fatos levados em conta pelo Executivo. Inadequado, porém, simplesmente, alterar a opção daquele Poder”.

Em diversas decisões, podemos encontrar termos vagos ou com ambiguidades, que dão espaço para se fazer uma distinção entre os conceitos indeterminados e os conceitos discricionários. Pois, nem sempre a vagueza e a ambiguidade geram a discricionariedade. E existe uma grande discussão na doutrina acerca da vincularidade ou na discricionariedade de certos conceitos indeterminados.

Fala-se, portanto, que o conceito indeterminado, mesmo sendo este vago e ambíguo, admite uma certa determinação por meio de sua interpretação, pois o conteúdo é indeterminado e não indeterminável. Já os conceitos que trazem valores são os discricionários.

5.1. O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Os atos emanados pelo CADE, como afirmado acima, são de natureza administrativa, e é com base neles que esta autarquia especial aprova ou desaprova atos de concentração. Os atos de aprovar ou desaprovar são atos administrativos e, assim, questiona-se se esses atos ligam-se ao exercício de poder discricionário ou vinculado.

Justamente por transcorrerem de uma margem de liberdade, os atos administrativos discricionários devem trazer abertos seus motivos. Afinal, como afirma Florivaldo Dutra de Araújo, quanto menos intensamente regrado o ato, mais a motivação faz-se necessária ao seu controle e, pois, à sua validade. Tais motivos precisam atender aos princípios fundamentais do Direito Administrativo, dentre os quais a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a razoabilidade e a proporcionalidade.

No momento da investigação da motivação, do motivo e da finalidade do ato administrativo observado em juízo, o magistrado precisa penetrar em seu mérito. Não significando que o Poder Judiciário roubará da Administração Pública a análise sobre a conveniência e oportunidade da medida.. Entretanto, as mencionadas conveniência e oportunidade devem se sujeitar à legalidade, em sentido amplo, competindo ao Judiciário, possuidor da exploração da jurisdição, verificar de forma concreta essa sujeição.

Acerca desse entendimento, citamos o brilhante Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Nada há de surpreendente, então, em que o controle jurisdicional dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito.

Vigilante à tendência doutrinária contemporânea, o STJ tem demonstrado o entendimento da matéria da seguinte forma:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.
3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.
4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.
5. Recurso especial provido." (STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 429570 / GO ; Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219)

Não obstante, vale à pena transcrever os ensinamentos da Ministra Eliana Calmon, relatora do caso, onde demonstra com maestria as razões do novo modelo de controle judicial dos atos administrativos discricionários:

No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei.

A visão exacerbada e literal do princípio transformou o Legislativo em um super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do

Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o facere ou non facere, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário.

A partir da última década do Século XX, o Brasil, com grande atraso, promoveu a sua revisão crítica do Direito, que consistiu em retirar do Legislador a supremacia de super poder, ao dar nova interpretação ao princípio da legalidade.

Em verdade, é inconcebível que se submeta a Administração, de forma absoluta e total, à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência, deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com o cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto, deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento.

A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de "Cavalo de Tróia" pelo alemão Huber, transcrito em "Direito Administrativo em Evolução", de Odete Medauar.

Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública.

Assim, é consolidado que dentro da margem de discricionariedade da Administração Pública podem ocorrer atos praticados com abuso de poder ou desvio de finalidade. Diante dessa perspectiva, é a observação dos motivos, em cada caso concreto, que poderá permitir a verificação da correspondência do ato atacado com os princípios que regem a atividade administrativa, como nos ensina a Professora Odete Medauar:

Afinal, a prática de ato inválido acobertado pelo manto da discricionariedade é extremamente perigosa, pois constitui-se em uma violação difícil de ser percebida; um atentado dissimulado; constituindo em um verdadeiro "cavalo de tróia".

A oportunidade, a conveniência e o próprio mérito do ato administrativo discricionário não poderão ser apurados de modo afastado desses princípios, que funcionam como critérios objetivos da legalidade do ato administrativo e devem estar presentes na liberdade de escolha do administrador público.

O poder discricionário encontra limites não apenas na finalidade legal da norma que o instituiu, mas também, e primordialmente, nas normas constitucionais.

6. O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS EXARADOS PELO CADE

Dentro da Lei nº. 8.884/94 a grande parte dos conceitos jurídicos indeterminados pode ser classificada como conceitos de experiência, ou seja, determináveis por meio de critérios objetivos. Dessa forma, mediante estudos, pesquisas e pareceres técnicos demonstrem “abuso de posição dominante”, “ato que prejudique a livre concorrência” ou que se chegue ao resultado de uma “dominação de mercado relevante”, deve o CADE resolver implementar medidas destinadas a suprimir a violação à ordem econômica. O que, caso não ocorra, deve ser feita a revisão judicial de tal decisão.

Ademais, tem-se abordado demasiadamente o assunto acerca da “discricionariedade técnica”. Que nada mais são do que atos que, segundo o austríaco Bermatzik: “pôr sua alta complexidade técnica, deviam ser retirados do controle judicial”. E, indo mais além, é mister elucidar a distinção entre a “discricionariedade técnica” e a “discricionariedade técnica própria”, onde a primeira acontece quando a lei usa conceitos que dependem da opiniões de órgãos técnicos, cabendo à Administração somente uma única solução juridicamente válida. Nesse caso, o ato, embora com base em conceitos empíricos sujeitos à interpretação técnica, é vinculado. Enquanto que a “discricionariedade técnica própria” ocorre quando a Administração se baseia em critérios técnicos, mas não se obriga por eles, ou seja, não está vinculada a estes critérios, podendo exercer seu juízo conforme critérios de conveniência e oportunidade, em outras palavras, discricionariamente.

Acerca deste mencionado assunto, o professor Marcos Juruena Souto, sobre o controle judicial em relação a discricionariedade técnica afirma:

O controle da discricionariedade técnica não pode, assim, envolver mérito, salvo por erro de fato, irrazoabilidade de contradição (que seria o excesso de poder) ou por violação da lei. (...) Quando a ordem jurídica se remete a questões técnicas complexas de difícil compreensão ou de impossível reprodução probatória, o juiz deve se contentar com o ‘juízo do tolerável’,

ou seja, uma decisão motivada da Administração (já que o estado da arte ainda não permitiu a certeza absoluta).

O ilustre Ministro do STF, Eros Roberto Grau, juntamente com a Doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em contrariedade a esse acima citado entendimento afirmam que, quando não é possível que, devido a grande complexidade técnica das decisões expedidas pelo CADE, tenha como resultado a livre apreciação subjetiva pela Administração Pública. E por isso, sustenta que quando um juiz deparar-se com uma matéria cuja desconheça, deve fazer a oitiva de peritos anteriormente, a fim de fundamentar sua decisão. Veja-se:

Tenho entendido que, entre os conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei, os conceitos técnicos são precisamente os que menos geram discricionariedade, pelo simples fato de que a indeterminação pode desaparecer com a manifestação do órgão técnico. No direito brasileiro, os peritos são considerados auxiliares da Justiça e, com a sua manifestação, o Poder Judiciário pode transformar em determinado um conceito que, na lei, aparece como indeterminado. Se a definição feita por ato administrativo for incorreta e causar dano ou ameaça de dano, ela pode ser invalidada pelo Judiciário.

Fundamentando ainda mais o entendimento de que as decisões, sob o manto da discricionariedade técnica, quando proporcionar lesão ou ameaça de lesão a direito, são passíveis de correção judicial, bem como que, estes, não expressam um juízo de conveniência e oportunidade, mas uma vinculação a entendimentos legais que fazem referência à proteção da livre iniciativa e da livre concorrência, afirma a digna doutrinadora Maria Sylvia Z. Di Pietro: “(...) entre os conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei, os conceitos técnicos são precisamente os que menos geram discricionariedade, pelo simples fato de que a indeterminação pode desaparecer com a manifestação do órgão técnico”.

Diante dessa discussão acerca do controle dos atos administrativos, seja ele discricionário ou vinculado, faz-se necessário demonstrar o entendimento do importante doutrinador Adreas J. Krell, veja-se:

Não há mais dúvidas, no Brasil, de que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário e também aquele decorrente de valoração

administrativa dos conceitos indeterminados de prognose, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, baseado nos princípios constitucionais e nos princípios gerais de Direito. Na atual fase ‘pós-positivista’, que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direito nos novos textos constitucionais, os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade. Essa ‘principalização’ do Direito brasileiro (proibição da arbitrariedade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima, etc.) aumentou a margem da vinculação dos atos discricionários.

Assim, diante dessa possibilidade de busca da tutela de direitos pelo interessado, tem-se ocorrido um fenômeno chamado hodiernamente de “judicialização da concorrência”, devido a gradativa frequência de ingressos de ações no Poder Judiciário no intuito de questionar as decisões técnico-administrativas do CADE. Isso ocorre pois, a idéia de que a especialização da matéria em que é discutida nessas ações é tão densa que o Judiciário não deve se submeter, não deve ser posta em consideração. Deve-se sim, para fazer o exame destas ações, ter um conhecimento sobre comportamentos anticoncorrenciais e fenômenos econômicos, mas, apesar de indispensável, não é necessário um conhecimento deveras denso, pois, além de tudo, o Judiciário ainda dispõe de peritos para retirar qualquer dúvida acerca do que for posto nestas ações.

Ademais, é assaz importante falarmos também que, apesar da extraordinária tecnicidade das decisões do CADE, elas, em muitas vezes partem de pressupostos fáticos, não tendo, assim, nenhum obstáculo para que dificulte a revisão por parte do Judiciário. Bem como, não parece errado o Poder Judiciário verificar a aplicação do Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade, previstos em nossa Constituição Federal, da multa aplicada ou da obrigação de fazer ou não-fazer, imposta pelo CADE, como condição de admissão do negócio jurídico que preten-se fazer pelos agentes econômicos.

Ante o exposto, podemos afirmar que existe a possibilidade da busca da tutela de direitos pelo interessado, no momento em que dirige-se ao Poder Judiciário para rediscutir o caso, sobre a decisão do CADE. Esse entendimento não retira a eficácia das decisões emanadas pelo CADE, uma vez que quando o interessado procurar o Poder Judiciário, deverá, a priori, conquistar o desfazimento da coisa julgada administrativa para não ser obrigado ao cumprimento da obrigação ou multa aplicada.

7. ESTUDO DE CASOS

7.1 O caso AMBEV - Companhia de Bebidas das Américas

A criação da AmBev foi posta à apreciação do CADE porque o ato de concentração representou mais de 20% do mercado relevante de bebidas. A união da Brahma e da Artarctica representa 72% do mercado de cerveja no Brasil e 40% do mercado de bebidas em geral. Referente ao caso, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, emitiu parecer em novembro de 1999 propondo a venda da Skol, parte integrante da Brahma. No seu parecer, elaborado em seguida, a Secretaria de Direito Econômico - SDE, apreende que para evitar prejuízos aos consumidores, a AmBev deve vender os ativos de uma das três cervejarias (Brahma, Skol ou Artarctica).

O CADE aprovou, sem restrições, a fusão da AmBev no ato referente aos mercados relevantes águas engarrafadas e refrigerantes e outras bebidas não alcoólicas e, sob condições, no mercado de cerveja.

As condições foram as seguintes: viabilização de novo concorrente mediante a alienação da marca Bavaria, assim como a transferência dos contratos de fornecimento e distribuição relacionados a marca e a alienação de uma unidade fabril para a produção da cerveja, localizada em cada uma das 5 regiões do mercado relevante geográfico (Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Nordeste e Norte); o acesso a distribuição para o mercado (a Ambev deverá compartilhar sua rede de distribuição com o comprador, em todas as regiões do país, pelo prazo de 4 anos, prorrogável por mais 2); a Ambev deverá providenciar a oferta pública das unidades fabris de cerveja que pretender desativar nos próximos 4 anos (não pode fechar fábrica sem oferecer ao mercado antes); deve promover programa de retreinamento e recolocação de trabalhadores que perderam emprego em razão da fusão nos 04 anos vindouros; a desobrigação da exclusividade no ponto de venda; entre outras. A alienação da marca Bavaria deve ser feita para empresa independente, nacional ou estrangeira, sem qualquer vínculo com a AmBev, que não detenha, na data da decisão, mais de 5% da participação do mercado relevante brasileiro de cerveja.

Descumprindo algumas destas condições, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, condenou por unanimidade, no ano de 2009, a AmBev a pagar multa de R\$ 352,6 milhões por prejudicar a concorrência no mercado de cerveja. A multa é a maior da

história do conselho – superando a maior multa que havia sido aplicada contra a Gerdau, de R\$ 156 milhões por formação de cartel na venda de aço.

A AmBev foi condenada por exigir exclusividade dos seus produtos em pontos de venda e inibir a venda de outras marcas. O Cade entendeu que isso prejudicou as outras marcas de cerveja e o consumidor. O valor corresponde a 2% do faturamento bruto da empresa no ano de 2003, anterior à instauração do processo.

O Conselheiro do CADE, Fernando de Magalhães Furlan, criticou ainda a AmBev dizendo que ela, como líder, tem responsabilidade sobre atos que repercutem em todo o mercado. A empresa tem mais de 70% do mercado de cerveja e produz, entre outras, Skol, Brahma e Antarctica. O conselho determinou ainda que a AmBev pare com os programas de fidelidade que exigem exclusividade, sob pena de multa diária de R\$ 53,2 mil.

Entretanto, em Setembro de 2009, o juízo monocrático da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal cassou, por meio de uma liminar, a decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que multou a fabricante de cerveja AmBev em R\$ 352 milhões. A liminar também decretou a nulidade do processo administrativo que culminou na decisão de multar a companhia. O CADE pode recorrer da decisão. A decisão do CADE de multar a companhia foi tomada em julho de 2009, um dia depois de a empresa apresentar uma proposta de R\$ 12 milhões em troca do fim do processo, que corre sob sigilo. A ideia da AmBev era que a verba fosse destinada para treinamento de técnicos dos órgãos antitruste brasileiros na Europa e nos Estados Unidos. Como revelou em sua edição, o jornal Valor, os conselheiros do CADE consideraram a proposta imoral. Para esta autarquia, o fato de a companhia arcar com o treinamento de servidores públicos que posteriormente iriam instruir e julgar processos em que ela responde como ré viola a moralidade administrativa. Como podemos aferir abaixo:

Processo 2009.34.00.028766-7

16ª VARA FEDERAL da Seção Judiciária do Distrito Federal

Decisão em 29/10/2009:

(...) Passo a decidir: Inicialmente, vale esclarecer que a antecipação da tutela, instituída pela Lei n. 8.952, de 13.12.94, é medida de caráter satisfativo, uma vez que permite ao juiz antecipar, provisoriamente, a própria solução definitiva pretendida pela parte, desde que atendidos os pressupostos elencados caput, incisos e parágrafos do art. 273 do Código de Processo Civil.

Em análise perfunctória da questão, não vislumbro existência de prova inequívoca a me convencer da verossimilhança de suas alegações (caput do artigo 273, do CPC).

Contudo, tenho que a hipótese fática descrita na inicial se subsume ao comando do art. 65 da Lei Antitruste n.º 8.884/94, que permite à autora garantir o juízo no valor das multas aplicadas para fins de suspender a exigibilidade do título executivo constituído com a decisão do Conselho de Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que constatou a suposta infração à ordem econômica perpetrada pela requerente. Confira-se: "Art. 65. O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias."

Sobre o tema, o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. MULTA APLICADA PELO CADE. SUSPENSÃO. GARANTIA DO JUÍZO. PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO.

1. Nos termos do art. 65 da Lei n. 8.884/1994, "o oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias".

2. Agravo desprovido. (AG 2001.01.00.038292-1/DF, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, DJ p.138 de 13/11/2006)

Nestas condições, concedo a suspensão da exigibilidade da multa aplicada pelo CADE à autora, bem como das penas de publicação da decisão daquela autarquia federal no jornal de maior circulação no país, e de inscrição no cadastro de consumidores, originárias do processo administrativo n.º08012003805/2004-10, as duas últimas ad cautelam, em vista da letra do §7º do artigo 273 do CPC; todas sob a condição de oferecimento de caução fidejussória consistente em fiança bancária no aporte de R\$353.000.000,00 (trezentos e cinquenta e três milhões de reais), conforme pedido.

Na oportunidade, com vistas a preservar a intimidade e sigilo dos negócios da requerente, determino que os presentes autos tramitem sob sigilo de Justiça. Intime-se. Após, cite-se a ré para responder aos termos da presente ação, conforme disposições do art. 297 c/c o art. 188, ambos do Código de Processo Civil. P.I. (...)

7.2.A fusão DirecTV-Sky

O Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL concedeu anuência prévia para a transferência do controle da DirecTV. Dessa forma a Sky Brasil Serviços Ltda. pôde vir a adquirir de forma indireta o controle da DirecTV e, conseqüentemente, o controle das operações da prestadora no país.

Ambas as empresas foram autorizadas a explorar o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite (DTH) em âmbito nacional. Além disso, a Agência determinou a remessa do ato de concentração correspondente ao Conselho

Administrativo de Defesa Econômica – CADE, recomendando a aprovação da operação com restrições.

Na decisão acerca da fusão entre a Sky e a DirecTV, o CADE admitiu a operação desta fusão, impondo várias restrições, através de obrigações de fazer e não-fazer, argumentando que estas obrigações foram de extrema necessidade para mitigar os prováveis impactos negativos que iriam ser gerados à concorrência. Entre as várias restrições, determinou que pelo período de 05 anos, que a empresa Sky deixe os preços iguais em todo o país para os pacotes de canais, permitindo promoções locais pelo prazo de no máximo 90 dias; que os mencionados pacotes sejam oferecidos em todo território nacional. O CADE obrigou também, que a Sky, pelo prazo de 03 anos, continue transmitindo canais que atualmente são disponíveis pela DirecTV para os atuais assinantes que venham a migrar para a Sky; que a Sky 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 por fim, 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.

Para ajudar a decisão do CADE, a ANATEL avaliou o impacto da operação em três mercados relevantes. O primeiro foi o Provedimento de TV por Assinatura, composto pelos Serviços de TV a Cabo, MMDS e DTH; Depois a Comercialização de Canais de Programação Audiovisual; e por fim, o Licenciamento de Tecnologia para Acesso e Recepção de TV por Assinatura. De acordo com a mencionada Agência, a união entre SKY e DirecTV, além de implicar a eliminação de um concorrente, resultará, para o Brasil, numa empresa possuidora de mais de 97% do Mercado de Provedimento de TV por Assinatura na plataforma DTH e de mais de 34% do Mercado de Provedimento de TV por Assinatura, contando as três tecnologias.

7.3.O caso Coopers do Brasil Ltda. e Indústria Química e Farmacêutica Schering-Plough

A respeitada empresa Schering-Plough Veterinária, em 2002, se fundiu a Coopers Brasil e em 2005 adotou a marca mundial do Grupo, retirando o nome Coopers de sua assinatura. Por meio desta união a empresa otimizou suas ações de comunicação e conquistou ainda mais a confiança de seus consumidores.

Ademais, a Schering-Plough sempre teve um time formado por especialistas em campo para a aplicação de programas técnicos voltados para manter a produção e a saúde animal em

alta. Além disso, a equipe da empresa presta um inestimável apoio técnico e comercial a Médicos Veterinários, produtores e criadores, esclarecendo dúvidas para que os mesmos obtenham os melhores resultados e retorno econômico.

Assim, é pacífico o entendimento de que o CADE é competente a análise de contratos de tecnologia, de cessão e de licença, sempre que se aplicarem os limites mínimos do art. 54 da Lei .8434/94⁸, como analisa abaixo a razoabilidade de cláusulas de confidencialidade de contratos de *know how*:

CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDADE - SEGREDOS DE INDÚSTRIA – RESTRIÇÃO DE USO PELO VENDEDOR EM ATO DE CONCENTRAÇÃO PELO PRAZO DE DEZ ANOS – ADMISSIBILIDADE Admissível é a cláusula de confidencialidade que impeça o vendedor em ato de concentração de se utilizar de conhecimento/informações confidenciais transferidos por meio da operação pelo prazo de dez anos.

É flagrante na jurisprudência do CADE que a cláusula de não concorrência é tida como uma prática comercial corriqueira, não configurando, por si, ilícito anticoncorrencial. Também é evidente que o CADE vem estabelecendo em 5 anos o período que, a priori, é considerável razoável, sem deixar de reconhecer casos que demandam um período de não concorrência mais alongado. (...) Entretanto, não se justifica o impedimento à vendedora de atuar no setor por 10 anos. As peculiaridades do mercado de saúde animal que segundo as Requerentes, poderiam justificar a manutenção do alongado período já são tratadas, sobremaneira, pela cláusula de confidencialidade que tem duração de 10 anos. Não sobrevive, justamente pelo alcance da cláusula de confidencialidade, a necessidade de impedir-se a vendedora de atuar no mercado por período superior a cinco anos. Assim, a vendedora, após cinco anos, contados do fechamento da operação, poderá atuar no mercado por meio de produtos de domínio público ou pela pesquisa e desenvolvimento de novos produtos, sem, entretanto, utilizar-se das informações consideradas confidenciais e transferidas à compradora por meio dessa operação. De tal maneira, determino a redução do período de não concorrência estipulado em 10 anos, para 5 anos, lapso tido pela jurisprudência do CADE¹ como razoável para a vigência dessa espécie de cláusula. Não obstante, ressalto, fica mantida a cláusula (7.01, (f) que estabelece em 10 anos o período em que a vendedora não poderá divulgar ou utilizar as informações confidenciais .⁹

⁸ Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

⁹ Ato de Concentração n.º 08012.001856/02-45, de 26 de fevereiro de 2003, Requerentes: Coopers do Brasil Ltda. e Indústria Química e Farmacêutica Schering-Plough. In DOU de 2 de abril de 2003, Seção 1, pág. 38. O julgado dá como precedentes os AC n.º 08012.000317/99-12 – Dyno Industries ASA e Placas do Paraná S.A., Conselheira-Relatora Hebe Romano e AC n.º 08012.0002266/99-46 – Hebdo Mag Brasil Holding Ltda. e Editora Balcão Ltda., Conselheiro Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca.”

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, tendo como atribuição o exercício da função judicante administrativa, prolatando decisões técnicas tendo em mira conter, ou precaver, as infrações contra a ordem econômica, norteando-se pelas cláusulas constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

A revisão judicial das decisões do CADE, as quais são preponderantemente técnicas, devem ser examinadas pelo Poder Judiciário, pois, ainda que seja uma decisão técnica, encontra-se no rol dos atos vinculados, sendo portanto, pertinente o estudo sobre sua validade. Assim, a eficácia das decisões do CADE pode ser investigada sob dois aspectos: o primeiro, quanto aos instrumentos de imposição para se fazer valer o que dentro delas está determinado, o que se faz através de uma execução judicial das multas e das obrigações de fazer ou de não fazer sobrepostas; segundo, em afinidade à anuência da decisão pelo representado, com ela se adaptando, sem impugná-la diante o Judiciário.

Ademais, os atuais conflitos diante da concorrência e as relações de mercado de forma ampla, ao referir-se à fusão, incorporações e associações entre empresas, constituem temas que somente depois da Constituição Federal de 1988 é que tanto a doutrina como a jurisprudência têm aceitado o controle judicial, até mesmo o mérito do ato administrativo discricionário. Discute-se não mais em legalidade em sentido estrito como limite ao exercício do poder discricionário da Administração Pública, mas em legalidade em sentido amplo, que abrange os princípios, em especial aqueles com assento constitucional.

A discricionariedade técnica das decisões do CADE não implica em dizer que estas estejam inacessíveis ao controle judicial, com relação ao seu mérito. Pois, no exercício do poder discricionário caberá ao agente, após efetivar o processo cognoscitivo mencionado, integrar a norma a ser aplicada mediante apreciação própria, com o objetivo de atingir a vontade legal. Assim, o exercício da discricionariedade sucede à interpretação da norma cuja aplicação se pretende.

O que se obsta é um poder discricionário absoluto, sem algum limite ou critério que permita delimitar sua área de atuação. O atuar administrativo que avança seus limites

joga-se diante da ilegalidade, merecendo a pronta correção ou invalidação do Poder Judiciário.

Apesar de que existam as questões técnicas complexas, deve portanto o Poder Judiciário exercer um controle consiso, no sentido de apenas conferir se a decisão administrativa está devidamente motivada, deve-se reconhecer então, da grande dificuldade para o exercício do controle dessas decisões pelo magistrado, o que não resulta liberdade sem limites. É, portanto, dever do magistrado observar o fundamento dos critérios técnicos demonstrados, os quais ensejaram à decisão, valendo-se, sempre quando preciso, de peritos. Após esta ajuda dos peritos, ao estar claro que, ao praticar o ato administrativo com poder discricionário e, além de transbordar os limites impostos pela lei, não atender os interesses do âmbito público, será legítima a provocação do Poder Judiciário para anular o ato, eliminando o arbítrio subjacente à atividade do administrador público.

Assim, seja o ato administrativo, vinculado ou discricionário, quer penetre no mérito ou não, mesmo quanto à oportunidade e à conveniência, devem entender todos os princípios do Direito, ainda que expressos ou implícitos, próprios da Administração ou gerais do direito. Então, ao se detonar afronta a esses princípios é cessada qualquer opinião de imunidade jurisdicional do mérito administrativo. É submetido o ato administrativo que vai além de seus limites, à avaliação jurisdicional sem que ocorra violação ao princípio constitucional da independência dos Poderes do Estado.

Relembrando o principal objetivo constitucional do Poder Judiciário e derrubada a inafastabilidade dos princípios constitucionais dos atos administrativos, há, em harmonia ao controle jurisdicional, o disposto no artigo 5º, inciso XXV da Constituição Federal: não será excluída, por lei, apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito.

Portanto, é mister entender de caráter prático e possível o controle do mérito administrativo nas idéias acima dispostas, assim como ilógica a imunidade extrema de atos emanados por qualquer um dos poderes, incluindo-se aqui, os atos emanados pelo CADE, ainda mais se observa a larga repercussão que têm os atos administrativos nos direitos individuais e coletivos. O Poder Judiciário, nesse contexto de proteção de direitos que possam se contrapor à Administração, tem o indispensável papel, bem pelo qual não se deve hesitar em provocá-lo.

9. REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CADE. **Conselho Administrativo da Defesa Econômica**. < <http://www.cade.gov.br> >.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7258>>. Acesso em 27 de Dezembro de 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda pública em juízo / Leonardo José Carneiro da Cunha**. – 6. Ed. Ver., Ampl. E Atual. – São Paulo: Dialética, 2008.

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

MARQUES TEIXEIRA, José Elaeres. **Controle Judicial das Decisões do CADE in Revista do IBRAC**, v. 12, n. 6, 2005.

PEREIRA, José Matias. **Defesa da concorrência e regulação econômica no Brasil**. Revista de Administração Mackenzie, v. 5, n. 1, p. 35-55.

SAKAMOTO, Thatiane Erika. **O controle jurisdicional do mérito do ato administrativo. Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/41393> >. Acesso em 03 de Março de 2010.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **A função judicante do CADE**. Natal: Revista do CEJ/RN, v. 4, n. 5, p. 201-225, nov. 1998.

TADDEI, Marcelo Gazzí. **O CADE e o controle preventivo dos atos de concentração empresarial**. Disponível em: < <http://www.franca.unesp.br/O%20CADE.pdf> >. Acesso em 20 de Dezembro de 2009.