

Amanda Flávio de Oliveira

CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

2000



Amanda Flávio de Oliveira

CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Econômico.

Orientador: Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca.

Belo Horizonte

Faculdade de Direito da UFMG

2000

U.F.M.G. - BIBLIOTECA UNIVERSITÁRIA



118360008

2003
BIBLIOTECA CENTRAL
DA UFMG

AGRADECIMENTOS

Ao prof. João Bosco Leopoldino da Fonseca, pelo exemplo que para mim representa de dedicação e competência. Minha gratidão pela tranqüilidade, atenção e seriedade com que conduziu a orientação deste trabalho.

À prof. Silma Mendes Berti, incansável incentivadora de minha caminhada acadêmica.

À prof. Teresinha Maria Oliveira Lanna, que há muitos anos procura me orientar da difícil arte de bem utilizar a língua portuguesa.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Humberto e Margarida, e ao meu irmão, Cristiano, razões de ser de tudo o que faço. A eles, por me demonstrarem, todos os dias, a importância de se ter uma família unida.

À Dindinha, sempre presente em minha vida, mesmo à distância.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL	8
2.1 O direito da concorrência como parte integrante do direito econômico..	8
2.2 Subdivisões do direito econômico: direito regulamentar econômico e direito institucional econômico	12
2.2.1 Direito regulamentar econômico da concorrência	15
2.2.2 Direito institucional econômico da concorrência.....	26
2.2.2.1 Tutela administrativa e judicial da concorrência	36
3 CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS PROFERIDAS EM QUESTÕES CONCORRENCIAIS	39
3.1 Fundamento: o princípio da unicidade de jurisdição	39
3.1.1 A origem – a teoria da separação de poderes.....	39
3.1.1.1 Formas de relacionamento entre a Administração Pública e o Poder Judiciário	44
3.1.2 Evolução do tema no constitucionalismo brasileiro	47
3.1.2.1 A situação atual – O princípio da unicidade de jurisdição na Constituição Federal de 1988.....	50
3.1.3 Conseqüências do princípio da unicidade de jurisdição	51
3.2 O CADE e o poder judiciário.....	53
4 LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO CADE	56

4.1 Natureza jurídica das decisões proferidas pelo CADE	56
4.1.1 Vinculação e discricionariedade	58
4.1.2.1 Conceitos tradicionais e sua evolução	59
4.1.1.2 Os conceitos jurídicos indeterminados	62
4.1.1.3 A regulação técnica	66
4.1.1.4 Controle jurisdicional dos atos administrativos	67
4.2 O princípio da razoabilidade dos atos administrativos.....	72
4.3 A natureza jurídica das decisões do CADE e os limites do controle judicial.....	74
5 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM QUESTÕES CONCORRENCIAIS	81
5.1 A especificidade das questões concorrenciais - o caráter altamente interdisciplinar do direito da concorrência.....	81
5.1.1 Breve histórico da relação direito - economia.....	82
5.2 A análise econômica do direito (AED)	85
5.2.1 Contribuições da ciência econômica à jurídica na perspectiva da AED	88
5.2.2 O papel do juiz na perspectiva da AED	94
5.2.3 As possíveis contribuições da análise econômica do direito à atuação do juiz em questões concorrenciais.....	99
5.3 A atuação do poder judiciário em questões concorrenciais – notas finais	103
6 CONCLUSÃO	106
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	109

1 INTRODUÇÃO

O Direito da Concorrência brasileiro vem-se desenvolvendo a cada dia, mas ainda assim deve ser considerado um tema novo na doutrina nacional e que apresenta pontos que carecem de estudos mais aprofundados.

Um dos aspectos que ainda requerem uma análise mais detida diz respeito à atuação do Poder Judiciário em relação a questões concorrenciais. Se as decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) podem ser revistas no âmbito daquele Poder, até que ponto esse controle poderá ser exercido? E qual deve ser o papel do juiz diante desses casos?

O objetivo da presente dissertação é *apresentar uma contribuição à atuação do juiz em situações em que é chamado a se manifestar a respeito das decisões proferidas pelo CADE*. Para tanto, é indispensável que se proceda, inicialmente, a uma *contextualização* do assunto, apresentando-se, no item 2, as bases que sustentam atualmente A Defesa da Concorrência no Brasil.

O item 3 é dedicado ao *fundamento* do controle judicial das decisões do CADE: o chamado princípio da unicidade de jurisdição, consagrado pela Constituição Federal de 1988. A intenção, neste instante, não foi de esgotar o tema, já tão desenvolvido pela doutrina do Direito Constitucional e Processual, mas apenas apontar a grande razão que justifica

a interferência do Poder Judiciário nas decisões do Conselho.

Em seguida (item 4), passa-se à análise dos *limites* do controle a ser exercido pelo Poder Judiciário. Até que ponto o magistrado está autorizado a rever a decisão do CADE? Para responder a essa questão, foram estudadas as tendências recentes do direito administrativo no que diz respeito ao controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário.

Estabelecidos os limites de atuação do juiz, foram apresentadas algumas possíveis *contribuições* à atuação do Poder Judiciário em questões concorrenciais, acreditando-se que a flagrante especificidade do assunto requer do julgador uma postura diferenciada. Alerta-se, então, para o fato de que, se as decisões proferidas em questões concorrenciais geram reflexos inegáveis na economia e no mercado, isso não pode ser desconsiderado pelo juiz.

Não tivemos a intenção, com este trabalho, de apresentar a solução definitiva e acabada para a questão. Estas idéias, entretanto, parecem-nos, no momento, as mais adequadas, tendo em vista a legislação brasileira de defesa da concorrência e sua inafastável inserção no contexto de nossa Constituição Federal.

2 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

2.1 O direito da concorrência como parte integrante do direito econômico

Muito embora não tenham sido poucas as opiniões que, no decorrer deste século, classificavam a disciplina da concorrência como parte integrante de outros ramos jurídicos, para efeito deste trabalho, parte-se do pressuposto de que, indubitavelmente, deva ela ser compreendida no contexto das normas que compõem o Direito Econômico¹.

Realmente, a política econômica da concorrência, como as diversas políticas econômicas existentes, desenvolvidas tanto pelo setor público quanto pelo setor privado, exigem um tratamento jurídico diferenciado, que considere suas especificidades. O Direito Econômico², enquanto fruto da

¹ Apesar da resistência inicialmente apresentada pela doutrina brasileira em reconhecer autonomia ao Direito Econômico, essa questão foi superada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em que se estabelece, no art. 24, inciso I, a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre ele, dentre outros ramos jurídicos, ali mencionados. Acreditamos, no entanto, que o verdadeiro fator que conduz à consagração de uma disciplina jurídica como autônoma, acima de tudo, é a necessidade que surge, no ambiente social, de se regulamentar um determinado fato ou situação como únicos ou como pertencentes a um conjunto de fatos ou situações que requer tratamento específico, exatamente porque passa, por algum motivo, a desempenhar um papel de destaque na vida em sociedade. Diante dessa perspectiva, é da necessidade de se regulamentar as políticas econômicas que surge e se desenvolve o Direito Econômico. Se até um certo momento histórico não se justificou a preocupação de se estabelecerem normas e princípios específicos que se referissem à atividade econômica (ou não se pretendeu essa regulamentação, porque contrária à ideologia dominante), a partir da intervenção estatal na economia, essa disciplina tornou-se necessária. Essa exigência, que surge e se impõe no contexto social, é que concede ao Direito Econômico sua inquestionável autonomia em relação aos demais ramos jurídicos.

² Os portugueses Antônio Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques conceituam o Direito Econômico como o "*ramo do direito que tem por objecto o conjunto dos princípios e normas que regem a ordenação da actividade económica pelos poderes públicos e privados*". SANTOS, GONÇALVES, MARQUES, *Direito económico*, p.1.

interdisciplinaridade entre ciência econômica e jurídica³, torna-se, assim, o instrumento mais apto para proporcionar o tratamento peculiar que a atividade econômica requer⁴. Nenhum outro ramo do sistema jurídico, nem mesmo o Direito Administrativo e o Direito Penal, mais cotados como candidatos a “abrigar” o Direito da Concorrência, apresentam-se preparados para tal. De fato, aqueles, com seus conceitos, regras e princípios já tão sedimentados pelo tempo, demonstram-se deficientes para acompanhar a realidade econômica, em constante mutação.

Não se desconsidera, neste momento, o fato de que, realmente, o direito da concorrência brasileiro, apresentou, em sua gênese, natureza penal⁵. É

³ Em relação a essa interdisciplinaridade, o mestre Chenot afirma: *"Quant aux règles de droit et aux institutions qui concernent la vie économique, il serait tout simplement absurde de les étudier en ignorant les problèmes économiques. Ces règles et ces institutions expriment les réactions directes et immédiates du pouvoir en face des problèmes de l'heure. Aberrantes ou efficaces, cohérentes ou désordonnées, ce sont des solutions que l'autorité publique a élaborées sous la pression des faits économiques et sociaux."* CHENOT, *Organisation économique de l'état*, p.11.

⁴ *'Pois que importa nunca esquecer que as leis de defesa da concorrência ou são um instrumento de política econômica - estrutural e conjuntural - bem aderentes à realidade das economias a que se aplicam, num dado momento histórico e com uma dada estrutura e estado de desenvolvimento econômico, ou nunca passarão de um dos elementos do "folclore do capitalismo", na sarcástica expressão de Thurman W. Arnold.'* In XAVIER, *Subsídios para uma lei de defesa da concorrência*, p.121.

⁵ Álvaro Ricardo Souza Cruz, em dissertação de mestrado, afirma que tanto o Decreto 869/38, como a lei 1.521/51 eram legislações que buscavam punição, *"... tentando conferir tratamento penal à matéria."* CRUZ, *Do direito antitruste*, p.72. Na verdade, essa situação não é característica própria da legislação brasileira. Leis de proteção à concorrência de outros países também apresentaram, em sua gênese, natureza penal. Sobre a realidade portuguesa, escreveu Alberto P. Xavier: *"Com efeito, o Código Penal, dentro dos crimes contra a ordem e a tranquilidade pública, abrangia o monopólio..."* E mais adiante, *"... a lei penal não foi (...) arma bastante para repelir a generalização entre nós de cartéis e práticas similares..."* XAVIER, *Subsídios para uma lei de defesa da concorrência*, p.36. Também a legislação francesa de defesa da concorrência era, inicialmente, de natureza penal. Sobre isso, informa o Professor Jacques Azema: *"Parmi les éléments composant ce qu'il est convenu d'appeler le droit économique figure aujourd'hui en bonne place le droit de la concurrence..."*(...) *"Plus qu'une autre peut-être, cette branche de notre droit économique a largement subi l'empreinte du droit penal."* Mais adiante, comentando "L'ordonnance 86-1243" relativa à liberdade de preços e de concorrência, que, segundo esse professor, realiza uma reforma profunda no direito francês neste assunto, afirma ele: *"Le second objectif des rédacteurs des textes nouveaux a été de procéder à une refonte totale de notre droit de la concurrence, et sa dépénalisation a été présentée par les pouvoirs publics comme une manifestation de sa modernisation et une victoire de la liberté."* AZEMA, *La dépénalisation du droit de la concurrence*, p.651-52.

de se observar, porém, que o próprio desenvolvimento da legislação e dos instrumentos institucionais conduziu ao abandono dessa concepção. Essa percepção tem feito com que, a cada dia, diluam-se as vozes que apregoam tratar-se de matéria própria do Direito Penal.

De fato, se se observa o desenvolver do tema no âmbito da doutrina e da jurisprudência brasileiras, percebe-se facilmente, na fase inicial e intermediária da evolução da disciplina da concorrência, a predominância do entendimento de que se tratava de uma subdivisão do que se convencionou chamar “direito penal econômico”⁶.

Franceschini, considerado atualmente um dos principais defensores dessa teoria⁷, argumenta que o primeiro diploma legal relacionado à concorrência no Brasil foi, de acordo com o próprio responsável por sua elaboração, declaradamente inspirado no projeto de Código Penal argentino⁸. De fato, essa constatação é inquestionável, assim como também não se discute a natureza penal de outros diplomas legais que se sucederam na linha evolutiva da defesa da concorrência brasileira. O que hoje se discute, entretanto, é se se deve, em vista da evolução da realidade econômica e do ordenamento jurídico brasileiro, que reconheceu a existência de um ramo do

⁶ Foram estas, por exemplo, as opiniões dos Conselheiros do CADE Nestor Duarte e Gratuliano Brito, emitidas no processo SC-GB 675/64, datada de 1975. Enquanto aquele afirma que a lei que trata da repressão ao abuso de poder econômico é “... lei penal por excelência...”, este é ainda mais veemente, concluindo ser a lei 4.137/62 “... desenganadamente uma lei penal.”. In *Revista de Direito Econômico*, n.1, p.25-44. Outras decisões nesse sentido podem ser encontradas nas seguintes obras de Franceschini: FRANCESCHINI, *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*, 1985 e *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*, 1998.

⁷ Na opinião deste autor, “o Direito da Concorrência deve ser entendido como o ramo do Direito Penal Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade.” In FRANCESCHINI, *Introdução ao Direito da Concorrência*, p.75.

⁸ FRANCESCHINI, *Introdução ao Direito da Concorrência*, p.76.

Direito cujo objeto é exatamente a regulamentação de políticas econômicas, negar a esse mesmo ramo a análise de questões concorrenciais.

Se o Direito deve ser aprimorado e se a realidade, no transcorrer do século XX, reconheceu as políticas econômicas como carentes de uma regulamentação específica, particular, alçando-as à condição de objeto de estudo de um ramo do sistema jurídico, retirar do Direito Econômico o conteúdo das questões concorrenciais constituiria uma grande lástima e um inegável retrocesso⁹.

No que se refere à possível filiação das normas de defesa da concorrência aos postulados do Direito Administrativo, a grande crítica que se coloca é a dificuldade que esse ramo encontraria de oferecer respostas ágeis e eficientes à questão econômica, em constante mutação. A rigidez de suas normas significaria um grave entrave à análise do fato econômico, que requer flexibilidade por parte das regras jurídicas envolvidas¹⁰. Soma-se a isso a

⁹ Coadunando com essa idéia, que contraria a tese defendida por Franceschini, a professora Isabel Vaz, em seu livro "Direito Econômico da Concorrência" afirma: "*Alguns intérpretes respeitáveis vêm-se valendo da gênese e da natureza formalmente repressiva da legislação antitruste para fundamentar afirmações no sentido de se estar diante de "... um diploma penal, enquadrado no novíssimo ramo do Direito penal-econômico.*" In VAZ, *Direito econômico da concorrência*, p.267. Na opinião dessa professora, "... aceitar-se a natureza de direito penal econômico para rotular a legislação antitruste seria limitar enormemente a ação dos órgãos encarregados de apurar e de reprimir as práticas anticoncorrenciais." Ibidem, p. 274. Sobre este assunto, veja ainda, da mesma autora: VAZ, *As três vertentes do direito da concorrência*, p.35-47. Não é intenção deste trabalho discorrer sobre os inúmeros aspectos que afastam a tese de que o Direito da Concorrência deva ser entendido como parte integrante do Direito Penal. Para tanto, sugere-se a leitura das obras ora citadas.

¹⁰ Cf. CRUZ, *Do direito antitruste*, p.67. A opinião de Ricardo Antônio Lucas Camargo complementa este entendimento: "*A conformidade ou não da política econômica posta em prática tanto pelo agente privado como pelo Poder Público ao que estabelecido pelo ordenamento jurídico não pode ser equacionada apenas pelos princípios desenvolvidos pelo Direito Administrativo, porquanto este apenas verificaria se o ato foi praticado pelo agente competente, se os elementos constitutivos do ato estariam presentes, se o ato seria qualificado como discricionário ou vinculado. Em que pese a importância de tais considerações, a verificação do desvio de poder em um tal caso demandaria, efetivamente, os subsídios da disciplina que tem por objeto a regulamentação das medidas de política econômica: o Direito Econômico.*" CAMARGO, *O perfil do CADE na legislação antitruste*, p.82.

constatação da possível dificuldade de adaptação das normas do Direito Administrativo aos fatos econômicos, que exigem não apenas atenção aos princípios jurídicos, mas, também, olhos atentos à realidade econômica, considerada em si mesma.

Nem o Direito Penal nem o Direito Administrativo ou qualquer outro ramo da ciência jurídica que se observe, encontra-se atualmente tão preparado para recepcionar o direito da concorrência quanto o Direito Econômico. As características particulares de suas normas, a especificidade de seus princípios informadores, seus conceitos, representam o campo propício para o desenvolvimento da concorrência¹¹. No atual estágio da regulamentação da defesa da concorrência brasileira, entendê-la dessa forma constitui uma inevitável conclusão.

2.2 Subdivisões do direito econômico: direito regulamentar econômico e direito institucional econômico

Partindo-se do pressuposto de que o Direito da concorrência deva ser entendido como uma das vertentes do Direito Econômico¹², adota-se, como fazem Bernard Chenot e Alberto Venâncio

¹¹ Sobre as características do Direito Econômico, vide LEOPOLDINO DA FONSECA, *Direito econômico*, 2.000.

¹² É esta, também, a opinião de FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, 1998; e de José Júlio Lopes da Fonseca, quando este afirma que “a aplicação do direito antitruste envolve momento de apreciação de política econômica (...). Verifica-se, assim, o papel do direito econômico na disciplina da concorrência.” In FONSECA, *Direito antitruste e regime das concentrações empresariais*, p.38.

Filho¹³, a classificação que subdivide este em Direito Regulamentar Econômico e Direito Institucional Econômico. Cogita-se, assim, da existência de um “Direito Regulamentar Econômico da Concorrência” bem como de um “Direito Institucional Econômico da Concorrência”.

Para os autores que subdividem o Direito Econômico nessas duas categorias, seriam consideradas como objeto de estudo do chamado “Direito Regulamentar Econômico”, todas as normas jurídicas que apresentassem por objeto a regulamentação de políticas econômicas. Já o “Direito Institucional Econômico” ocupar-se-ia do estudo das diversas instituições criadas pelo Estado para implementação de sua política econômica.

Note-se, a esse respeito, ser possível verificar uma certa propensão daqueles que adotam essa distinção, em classificar o Direito Econômico como ramo do direito público preocupado com questões relacionadas unicamente com a intervenção estatal na economia. Se o desenvolvimento dessa disciplina no Brasil tem tornado evidente o seu não-enquadramento na clássica distinção existente entre direito público e privado e se, por outro lado, vive-se em uma sociedade em que a liberdade de iniciativa encontra-se assegurada no texto constitucional, torna-se indispensável a inclusão das políticas econômicas a cargo da iniciativa

¹³ VENÂNCIO FILHO, *A intervenção do Estado no domínio econômico. O direito público econômico no Brasil*, 1968. Recentemente, foi publicada pela Editora Renovar a edição fac-similar desta obra. Sobre as idéias de Bernard Chenot neste aspecto veja o verbete “Droit public économique” in *Dictionnaire des Sciences Économiques*, 1958, p.420-23.

privada entre as preocupações do Direito Econômico¹⁴.

Se se opta pela divisão do Direito Econômico em Institucional e Regulamentar, essa opção não significa comunhão irrestrita de idéias com seus idealizadores, mas, antes, a escolha por um método que, acredita-se, seja didaticamente valioso para o estudo das questões postas por aquela disciplina.

Transpondo essa ordem de idéias para o campo específico do Direito da Concorrência, poder-se-ia falar em “Direito Regulamentar Econômico da Concorrência” sempre que se estivesse diante de normas que, ao longo da evolução legislativa brasileira, tenham versado sobre questões concorrenciais, mesmo que, na sua origem, não tenham adquirido essa conotação, mas que possam ser consideradas a origem da questão no plano legal.

Em outro sentido, o “Direito Institucional Econômico da Concorrência” deve ocupar-se do estudo dos diversos entes encarregados, no Brasil, de implementar a política econômica estatal da concorrência, bem como sua evolução e importância¹⁵.

¹⁴ A este respeito, a opinião de Jacquemin e Schrans: *“Un principe directeur préférable est de considérer que le droit économique traduit sous forme de règles générales la confrontation entre le pouvoir public central (qu’il ait le visage du pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif) et l’ensemble des décisions privées qui donnent vie à l’économie de marché.”* JACQUEMIN, et SCHRANS, *Le droit économique*, p.93. Sobre liberdade de iniciativa e lei antitruste, Jorge Fagundes afirma: *“A importância de uma legislação antitruste no contexto de uma economia de mercado é indiscutível, sendo sua legitimidade aceita em todos os países desenvolvidos do mundo ocidental e mesmo nas economias emergentes do sudeste asiático.”* FAGUNDES, *Estado e defesa da concorrência*, p.96.

¹⁵ Deve-se observar, no entanto, que, apesar da distinção proposta mostrar-se bastante adequada para o estudo da questão concorrencial, a estreitíssima ligação existente entre elas é evidente, uma vez que as próprias instituições envolvidas (Direito Institucional Econômico da Concorrência) são criadas mediante leis (Direito Regulamentar Econômico da Concorrência).

2.2.1 Direito regulamentar econômico da concorrência

Observando-se o Direito da Concorrência no Brasil sob a ótica das próprias normas que o constituem, pode-se perceber serem elas relativamente recentes, o que explicaria a ausência, já por tantas vezes afirmada, de uma “cultura concorrencial” em nosso país¹⁶.

De fato, a análise do direito comparado nessas questões nos faz crer que, independentemente do ordenamento jurídico estatal que se tome por base de estudo, pode-se afirmar que o surgimento de uma legislação que tratasse desse assunto somente se fez necessária a partir de um determinado estágio de desenvolvimento do próprio capitalismo, que passou a exigir normas que regulamentassem o poder econômico privado, nas situações em que o exercício desse poder se constituísse em abuso ou adquirisse proporções exageradas no contexto do mercado a que pertencesse¹⁷.

Especificamente no Brasil, a própria história do país impediu que houvesse, por algum tempo, a necessidade de leis que regulamentassem

¹⁶ Segundo Laércio Farina, “estamos em formação de uma cultura antitruste (...). A cultura do CADE ou a cultura do estudo das questões antitruste no nosso país, embrionária que é, impõe um reforço e impõe também a formação de uma cultura sobre a força que o órgão, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica deva ter, de forma a elevá-lo à categoria de órgão efetivamente eficaz e reconhecido como tal, nos moldes da Federal Trade Commission nos Estados Unidos.” FARINA, *Do processo administrativo da natureza do ato*, p.104. Quanto à relação entre a atuação do Poder Judiciário e a formação desta “cultura concorrencial”, Laércio Farina faz uma importante observação: “Ora, o que isto pode propiciar dentro desta idéia de fortalecimento da imagem da nossa agência antitruste? Basta que uma única decisão importante e de repercussão do CADE seja modificada pelo Judiciário para que esta imagem venha abaixo com uma facilidade imensa.” FARINA, *Op. cit.*, p.104-5.

¹⁷ Venâncio Filho relaciona o surgimento da legislação antitruste especificamente à questão da concentração de empresas, quando afirma: “O aparecimento da legislação antitruste é uma decorrência do desenvolvimento do capitalismo, com o surgimento dos agrupamentos das grandes empresas.” VENÂNCIO FILHO, *A intervenção do Estado no domínio econômico. O direito público econômico no Brasil*, p.292-3.

questões concorrenciais. Na época do Brasil colônia, nem mesmo se poderia falar na existência de uma indústria razoável, tampouco em um consistente mercado consumidor¹⁸. Os representantes do “poder econômico privado”, naquela ocasião, no Brasil, não praticavam qualquer ato que pudesse ser qualificado como abuso ou concentração de poder e que justificasse tutela específica.

Em relação à disciplina da concentração empresarial, somente pôde ser verificada ainda mais tardiamente no ordenamento jurídico brasileiro, se considerada em relação ao abuso de poder econômico. Realmente, não houve, por algum tempo, qualquer concentração suficiente que justificasse a intervenção estatal, como também se acreditou, em um período subsequente, que a concentração seria necessária para a promoção do desenvolvimento nacional¹⁹.

Observa-se que a origem do direito da concorrência brasileiro está relacionada à necessidade de tutela do consumidor, da sociedade como um todo, diante de possíveis “crimes” cometidos por empresas em sua atividade econômica²⁰, diferentemente do que ocorreu em outras partes do mundo, em que essa legislação justificou-se como resposta à evolução do liberalismo

¹⁸ Sobre este assunto, cf. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, 1998.

¹⁹ Em uma época mais recente da história do país, correspondente ao período militar. Waldirio Bulgarelli faz menção ao fato de que o Estado brasileiro nada dispôs a respeito das concentrações de empresa durante muito tempo, “...até porque, como em certa fase da Inglaterra, já observada aqui, e como ocorria nos países subdesenvolvidos em geral, não havia suficientes concentrações para justificar qualquer medida legal específica.” In BULGARELLI, *Concentração de empresas e direito antitruste*, p.117-18.

²⁰ A este respeito, Paula Forgioni: “O antitruste não nasce, no Brasil, como elo lógico de ligação entre o liberalismo e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor.” FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p.106.

econômico e como proteção da própria economia de mercado. Tal constatação é bastante significativa e demonstra o lento processo de desenvolvimento econômico do país, considerando-se a problemática do abuso do poder econômico e da concentração de empresas como um dos males do desenvolvimento.

O Decreto-lei 869 de 18 de novembro de 1938, considerado pelos autores como o primeiro diploma legal destinado a coibir quaisquer formas de impedir a livre-concorrência²¹, demonstra claramente essa característica da legislação brasileira. Na realidade, o objeto jurídico tutelado por aquele texto legal era a proteção da “economia popular” e apresentava o referido Decreto-lei caráter marcadamente repressivo, tipificando como crimes os atos praticados em afronta a esse objeto.

O fundamento para a elaboração do citado Decreto-lei 869/38 encontrava-se inserido no próprio texto constitucional da época, especificamente no disposto no artigo 141 da Constituição Federal de 1937²²:

“art. 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a

²¹ Neste sentido, SHIEBER, *Abusos do poder econômico*. Direito e experiência antitruste no Brasil e nos Estados Unidos, p.3-4 e, ainda, SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial - as estruturas*, p.65-6.

²² Observe-se não haver qualquer referência a ser feita sobre o tema nos textos constitucionais de 1824 e 1891. A própria estrutura industrial e econômica do país inviabilizava qualquer regulamentação neste sentido. Já a CF/34 limitou-se a assegurar, em seu art. 115, de forma ampla, a liberdade econômica. Nenhum texto normativo foi elaborado em seu período de vigência com o intuito de regulamentar este dispositivo, o que, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “...fazia pensar numa concorrência em que os poucos negócios mantinham um razoável equilíbrio, de tal modo que o Poder Público se restringisse a repreender formas desleais de concorrência, assim mesmo de modo vago e atendendo antes a princípios éticos.” FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional*, p.175-85. Havia, ainda, nesta Constituição, uma menção à promoção do fomento à economia popular, em seu art. 117, mas que não mereceu regulamentação específica à época.

economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrevendo-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição."

Os delitos econômicos eram considerados como crimes contra o Estado, sendo julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional²³. Entretanto, pode-se dizer que o Decreto-lei n. 869/38 não apresentou qualquer aplicabilidade prática no terreno do direito concorrencial, tendo suas disposições sido observadas em um único parecer, da lavra do Consultor-Geral da República da época, em resposta a uma consulta que lhe havia sido formulada²⁴. Sua análise, contudo, permite verificar que, desde o princípio, a legislação brasileira de defesa da concorrência possuía caráter instrumental, já que tal Decreto-lei representava o fundamento para a defesa da economia popular e do consumidor²⁵.

A superação da primeira etapa da legislação brasileira começaria a ser esboçada em 1945, com a promulgação do Decreto-lei 7.666, de autoria do então Ministro da Justiça da União Agamemnon Magalhães, destinado a coibir

²³ Conforme nos ensina Franceschini. *In* FRANCESCHINI, *Introdução ao direito da concorrência*, p.75.

²⁴ Cf. SHIEBER, *Abusos do poder econômico*. Direito e experiência antitruste no Brasil e nos Estados Unidos, 1966. Ensina-nos, ainda, Shieber, que segundo Nelson Hungria, autor do Decreto-lei 869/38, foi este baseado, em sua elaboração, no direito antitruste norte-americano, tendo apontado o *Clayton Act* de 1914 como uma fonte para a exegese daquela lei.

²⁵ Esta característica pode ser observada ainda hoje na legislação de defesa da concorrência brasileira. Observando-se as duas formas de abordagem do problema existentes, denominadas pelos autores de "concorrência-fim" e "concorrência-meio", pode-se dizer que a brasileira enquadra-se nesta última espécie. Nesta, a concorrência é entendida como um valor entre outros, podendo ser afastada em nome de um destes. (Vide o artigo 170 da Constituição Federal de 1988, em que a livre concorrência encontra-se consagrada em conjunto com outros princípios, dentre eles a defesa do consumidor e a redução das desigualdades regionais e sociais). Nenhum ato ou prática é proibido por si só. Quanto àquela, a concorrência deve ser entendida como um fim em si mesma (ilícito *per se*), estabelecendo-se uma proibição genérica de todos os acordos e/ou práticas que atinjam a estrutura do mercado. Não se questionam os reais efeitos destes, mas tão-somente, veda-se a sua existência. É o que ocorre na legislação norte-americana.

os atos contrários à ordem moral e econômica. Apesar de sua curta vigência (foi revogado no mesmo ano, com a queda do Governo Vargas), o Decreto-lei em questão apresentava aspectos interessantes, que merecem menção.

Primeiramente, definia esse texto legal os abusos de poder econômico mais importantes, de forma sistemática. Preocupou-se, também, com a criação de um órgão administrativo responsável por zelar pelo cumprimento de seus dispositivos, a “Comissão Administrativa de Defesa Econômica” (CADE). À CADE cumpria fiscalizar, repreender mediante notificação e, até mesmo, intervir em empresas que praticassem atos contrários aos interesses da economia nacional²⁶.

Essas possibilidades asseguradas no mencionado Decreto-lei provocaram imediatas reações jurídico-políticas no país²⁷. Sua curta existência, todavia, não o impediu de deixar marcas no ordenamento jurídico brasileiro. Suas linhas gerais seriam utilizadas, em seguida, na elaboração de outro texto legal, que somente surgiria em 1962²⁸.

Antes disso, no plano constitucional, a Constituição de 1946 trouxe um grande avanço para o direito concorrencial brasileiro: pela primeira vez era mencionada, em um dispositivo legal, a “repressão aos abusos de poder

²⁶ Vide mais em VENÂNCIO FILHO, *A intervenção do Estado no domínio econômico. O direito público econômico no Brasil*, p.290-91.

²⁷ É o que relata FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional*, p.177.

²⁸ É o que nos conta VENÂNCIO FILHO, *A intervenção do Estado no domínio econômico. O direito público econômico no Brasil*, p.291. Em 1948, o mesmo deputado apresentaria projeto de lei, em que se reproduzia as linhas gerais daquela e que transformar-se-ia, somente em 1962, na lei 4.137.

econômico”²⁹, como merecedora de tutela específica. A mudança de enfoque gerou uma inegável modificação de rumo na legislação brasileira. Aprimorava-se, assim, lentamente, a disciplina jurídica da concorrência no Brasil.

A interpretação do artigo 148 da Constituição Federal de 1946³⁰, em que se consagrava a intenção de reprimir os abusos de poder econômico, gerou uma série de discussões na doutrina acerca da amplitude de tal dispositivo³¹. Embora não caiba, neste instante, analisá-las, o que se pode dizer em relação a elas é que já apresentavam um discurso bem mais consistente. O “direito da concorrência brasileiro” começava a adquirir seus primeiros contornos.

Sob a égide dessa Constituição foram promulgadas, em 1951, duas leis regulamentando o poder econômico privado: as leis de números 1.521 e 1.522³². A primeira delas alterava dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular, enquanto a segunda autorizava o governo federal a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo. Tais leis, idealizadas por Nelson Hungria, se observadas na linha evolutiva da legislação brasileira da concorrência, podem ser consideradas um retrocesso. O seu principal

²⁹ Art. 148, CF/46: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

³⁰ Sobre ele, Agamemnon Magalhães: “A norma expressa no artigo 148 da nossa Constituição é nova. Não existia em nenhum dispositivo das Constituições anteriores. A sua necessidade só se fez sentir agora, com a evolução industrial do nosso país, acelerada pelas duas últimas guerras.” In MAGALHÃES, *Abusos do poder econômico*, p.285.

³¹ Relatado em SHIEBER, *Abusos do poder econômico*. Direito e experiência antitruste no Brasil e nos Estados Unidos, p.21-3.

³² Ambas redigidas por Nelson Hungria, autor do decreto-lei 869/38.

equivoco era o fato de insistirem, suas normas, em conceder tratamento penal à matéria³³.

Sobre suas falhas, o próprio Hungria teve a oportunidade de afirmar, em depoimento perante a Comissão Especial da Câmara dos Deputados, estarem os abusos de poder econômico enumerados pela lei 1.521/51 muito aquém da realidade, conforme a experiência, segundo ele, vinha demonstrando. Ele próprio chegou a confessar que esta não fez mais do que repetir o Decreto-lei 869/38, segundo ele, “elaborado de afogadilho”. E ainda: *“Encomendado com urgência tive que organizá-lo um tanto atabalhoadamente. Há falhas a serem supridas”*³⁴.

Em 1962, no entanto, o direito da concorrência brasileiro começava a retomar o rumo perdido. Nesse ano, seria promulgada a lei n. 4.137/62³⁵, cujas disposições estiveram em vigor até pouco tempo.

A origem dessa lei remonta a 1948, quando o então deputado Agamemnon Magalhães apresentou o projeto de lei 122, baseado nas linhas gerais que ele próprio havia traçado para o Decreto-lei 7.666/45. Sua longa tramitação legislativa³⁶ pode ser explicada por uma série de fatores, mas, principalmente, pela edição das duas supracitadas leis de 1951. O aparecimento destas mundo jurídico chegou a conduzir à conclusão de que

³³ É também esta a opinião de CRUZ, *Do direito antitruste*, p.72. Conforme SHIEBER, “de fato, a lei n. 1.521 trilhou o mesmo caminho do decreto-lei n. 869 no que diz respeito aos dispositivos de natureza antitruste. Na realidade, eles não foram aplicados.” SHIEBER, *Abusos do poder econômico. Direito e experiência antitruste no Brasil e nos Estados Unidos*, p.12.

³⁴ *Apud* FRANCESCHINI, *Poder econômico: exercício e abuso*, p.9.

³⁵ Posteriormente regulamentada pelo Decreto 52.025 de 20/05/63.

³⁶ Sobre todo o trâmite desta lei, vide FRANCESCHINI, *Poder econômico: exercício e abuso*, p.10-14.

elas dispensariam uma outra legislação sobre o tema³⁷.

A lei 4.137/62, contudo, se, por um lado, significou a retomada da evolução de nossa disciplina da concorrência, por outro, não teve o condão de libertar a concepção jurídica de abuso de poder econômico de seu caráter penal. Seus dispositivos ainda mencionavam o Código de Processo Penal e sua sistemática como responsáveis por orientar o processo administrativo nela instituído³⁸. Tais processos seriam instaurados e se desenvolveriam perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão administrativo que teria por função exatamente apurar e reprimir abusos de poder econômico.

Apesar de todas as suas deficiências³⁹, inclusive quanto à sua aplicabilidade prática⁴⁰, é a lei 4.137 considerada, por respeitáveis autores, “a primeira lei antitruste brasileira em sentido próprio”⁴¹. Suas disposições atravessariam, ainda, a promulgação de duas Constituições, em 1967 (bem como a Emenda Constitucional n. 01/1969) e 1988.

Em relação à Constituição Federal de 1967, seu artigo 157 tratou de contemplar a questão do abuso do poder econômico, com ênfase na sua

³⁷ Foi esta a opinião manifestada por Hermes Lima quando da discussão do projeto 122-1948. Sobre isto, vide FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p.118.

³⁸ Luís Fernando Schuartz, (*In* SCHUARTZ, *Fundamentos do direito de defesa da concorrência moderno*) espanta-se com o aparecimento, naquele momento, de uma norma de caráter penal, como foi a lei 4.137/62, em desacordo com o movimento que se desenvolvia no cenário internacional. Acredita este autor que esta lei já tenha nascido ineficaz.

³⁹ Sobre isto, vide MAYER, *Natureza jurídica do CADE*, apud FRANCESCHINI, *Poder econômico: exercício e abuso; direito antitruste brasileiro*, p.535.

⁴⁰ Paula Forgioni justifica a dificuldade de aplicabilidade prática da lei 4.137/62 como consequência da atuação do Poder Judiciário, responsável por suspender os efeitos de suas decisões em Mandados de Segurança e outros instrumentos utilizados por aqueles que se sentiam prejudicados por elas. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p.127.

⁴¹ Cf. SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial - as estruturas*, p.65.

“repressão”. Acreditam alguns ter esse diploma reforçado, ainda mais, a concepção penalista da questão⁴². O seu advento, no entanto, bem como a Emenda Constitucional de 1969, em nada alteraram o teor e a interpretação da lei 4.137⁴³.

Quanto à segunda Constituição mencionada, a atual Carta Política de 1988 modifica, completamente, o rumo da legislação, dando início a um novo e importante estágio da legislação brasileira: a “livre concorrência” passa a merecer, agora, menção expressa no texto constitucional, como um dos princípios gerais da atividade econômica, ampliando-se, com isso, os horizontes do Direito Econômico da Concorrência.

Não deixou a Constituição Federal de 1988, contudo, de fazer referência à necessidade de “repressão aos abusos de poder econômico”, tal como fizeram as Constituições anteriores, mas nesse momento, deixando de constituir-se o cerne da questão. De fato, a análise da norma constante do parágrafo 4º do artigo 173 permite-nos visualizar claramente ser a repressão ao abuso de poder econômico um simples instrumento em busca de outros fins, sendo a própria defesa da concorrência um deles. Esta sim, princípio da atividade econômica:

“art. 173-...

§ 4- A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise

⁴² FERRAZ JUNIOR, *Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional*, p.179.

⁴³ Sobre este assunto, a ementa do processo administrativo 20.745/68, de 22 de outubro de 1969, traz: “LEI ANTITRUSTE - INALTERABILIDADE FACE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967 E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 01, DE 1969 - RECONHECIMENTO. - A Constituição Federal de 1967 e a Emenda n.1, de 1969, em nada alteraram a Lei n. 4.137, de 1962, continuando a existir a exata correspondência entre o art. 160, IV, da Carta Magna, e o art. 148 da CF de 1946.” *In* DOU de 6 de novembro de 1969, Seção I, Parte I, pp. 9627 e ss.

à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

Estava aberta a porta para que a legislação ordinária, acompanhando os passos da evolução, caminhasse no sentido de se estabelecer um verdadeiro "Direito Concorrencial" no Brasil.

Nesse aspecto, as leis 8.137/90⁴⁴ e 8.158/91⁴⁵ não podem, ainda, ser consideradas exatamente o texto legal que a realidade e a evolução legislativa almejavam. Em relação à primeira citada, que tem como propósito definir crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo, é uma legislação de caráter flagrantemente penal, representando um retorno (ou uma manutenção) à caracterização de atos contrários à ordem econômica como crimes⁴⁶. Quanto à segunda⁴⁷, é considerada por alguns autores como uma simples "norma de transição" em nosso ordenamento jurídico⁴⁸.

Não deixou, por outro lado, a lei n. 8.158/91, de trazer algumas importantes contribuições para a evolução da Defesa da Concorrência no Brasil. As inovações, relacionadas, basicamente, ao esquema institucional, serão analisadas no próximo tópico. Neste instante, cumpre relatar terem sido elas, de forma geral, adotadas pela lei hoje em vigor, lei 8.884/94.

⁴⁴ Em relação à possível vigência atual da lei 8137/90, LEOPOLDINO DA FONSECA, *Lei de proteção da concorrência*, p.198., afirma: "*Deveria o legislador (lei 8884/94), ter incluído no rol das disposições legais revogadas também os arts. 4º, 5º, 6º, 7º da lei 8.137, de 27.12.1990, primeiro porque a matéria versada nestes artigos está toda ela disciplinada nos arts. 20 e 21 da lei nº 8884, segundo porque definiu como crimes aquilo mesmo a que a presente lei antitruste configura e define muito mais apropriadamente como infrações*".

⁴⁵ Fruto da conversão em lei da Medida Provisória n. 204, de 02 de agosto de 1990, revogada expressamente pela lei 8.884/94.

⁴⁶ É esta a opinião de João Bosco Leopoldino da Fonseca. *In* LEOPOLDINO DA FONSECA, *Lei de proteção da concorrência*, p.29.

⁴⁷ O propósito da lei 8.158/91 era instituir normas para a defesa da concorrência.

⁴⁸ SCHUARTZ, *Fundamentos do direito de defesa da concorrência moderno*.

A atual legislação de defesa da concorrência (lei 8.884, publicada no Diário Oficial da União em 13.06.94⁴⁹) mostra-se, sem dúvida, mais apropriada às exigências da realidade que pretende tutelar e já demonstrou ser capaz de apresentar resultados práticos bem mais visíveis que suas antecessoras. Preocupa-se, agora, não apenas com a *repressão* às infrações contra a ordem econômica, mas, ainda, com sua *prevenção*, acreditando ser esta, em muitos casos, mais eficiente do que aquela. Além disso, a lei 8884/94 apresenta, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, normas que visam regulamentar os atos de concentração de empresas.

É o início da concretização da defesa da concorrência no Brasil. Suas disposições, todavia, de nada valeriam, sem todo um aparato institucional que as observe e viabilize. A estrutura institucional, no Brasil, compreende, além de alguns entes administrativos que a própria lei cuidou de criar e regulamentar, o Poder Judiciário, responsável nos termos de sua competência constitucionalmente estabelecida⁵⁰.

⁴⁹ De autoria do deputado Fábio Feldmann, que em 1993 apresentou o projeto de lei n.3712-E.

⁵⁰ Essa estrutura institucional, passados alguns anos da entrada em vigor da lei 8.884/94, começa a ser questionada. De fato, é inegável o avanço na legislação de defesa da concorrência brasileira proporcionado por essa lei. Também é de se considerar o trabalho efetivo que vem sendo desempenhado pela Secretaria de Direito Econômico, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica ao longo dos últimos anos. Mas já se discutem as inconveniências da existência de três diferentes entes, com naturezas distintas, para a análise de um mesmo caso concreto. Um artigo publicado no Jornal Gazeta Mercantil dia 24 de agosto de 1999, p. A-8, denominado "Fusões podem precisar de aprovação prévia do CADE - Mudança na Lei de Defesa da Concorrência alteraria órgãos antitruste" relatava uma das propostas existentes de alteração na lei. Segundo a opinião de Gesner Oliveira, presidente do CADE na ocasião, "*quanto menos órgãos atuando, mais rápida a decisão.*" Assim sendo, propõe ele a transferência das funções antitruste da SDE para o CADE, passando, aquela Secretaria, a ser um órgão exclusivo de defesa do consumidor. Quanto à SEAE, continuaria tendo uma atuação mais técnica, com pareceres do Ministério da Fazenda sobre fusões e aquisições.

2.2.2 Direito institucional econômico da concorrência

Não se desconhece, com a opção feita por entender o Direito Econômico da Concorrência em suas duas vertentes, a Regulamentar e a Institucional, a profunda interligação e dependência existente entre elas. Dessa forma, afirma-se que o processo evolutivo sofrido pelas instituições responsáveis por implementar a defesa da concorrência no Brasil acompanhou, como não poderia deixar de ser, o próprio processo evolutivo da legislação, já mencionado.

De fato, as referidas leis (*vide* item 2.2.1) foram instituindo os entes responsáveis pela implementação de seus dispositivos. Tais entes, coerentemente, acompanharam a própria evolução da legislação, que partiu de um contexto de proteção à economia popular, caminhando rumo à defesa da livre concorrência.

Nesse sentido, o Decreto-lei 869/38⁵¹ estabelecia, em seu artigo 6º, que os crimes contra a economia popular, nele definidos, seriam processados e julgados perante o Tribunal de Segurança Nacional⁵². Era, contudo, uma fase primária da legislação brasileira, marcada por um caráter excessivamente repressivo e em que não se pode afirmar ter havido grandes contribuições ao “direito da concorrência” propriamente dito.

⁵¹ Mencionado como o primeiro diploma antitruste brasileiro no item 2.2.1.

⁵² Decreto-lei n. 869, art. 6º - “Os crimes definidos nesta lei são inafiançáveis e serão processados e julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional. Neles não haverá suspensão da pena nem livramento condicional.” Sobre o próprio Tribunal de Segurança Nacional, Franceschini afirma ser de “triste memória”. In FRANCESCHINI, *Introdução ao direito da concorrência*, p.88.

As primeiras formas da estrutura institucional hoje existente para o tratamento da questão concorrencial começaram a ser esboçadas em 1945, através do Decreto 7.666. Naquele texto, era criada a CADE (Comissão Administrativa de Defesa Econômica), órgão administrativo instituído para zelar pelo cumprimento de seus dispositivos. À Comissão competia fiscalizar o mercado, notificando empresas que praticassem atos por ela considerados como abuso de poder econômico, entre outras atribuições que lhe foram conferidas. A rápida revogação da lei impediu, no entanto, a atuação da Comissão.

O passo seguinte para a instituição de uma estrutura administrativa para o tratamento de questões concorrenciais somente seria dado em 1962, quando a Lei 4.137 cria, em seu art. 8º, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (o CADE), órgão diretamente subordinado à Presidência do Conselho de Ministros⁵³ e incumbido da apuração e repressão dos abusos do poder econômico.

A criação de tal Conselho, entretanto, não afastou o Poder Judiciário da apreciação das questões por ele tuteladas: o que a lei estabeleceu foram duas fases, uma administrativa, outra judicial, para o tratamento das hipóteses de abuso de poder econômico. O fundamento seriam as próprias atribuições constitucionais deferidas ao Poder Judiciário⁵⁴.

De fato, ao CADE cumpria apurar a existência de atos que

⁵³ Observe-se que se tratava de um período em que vigorou no país o sistema parlamentarista.

⁵⁴ É essa a opinião de Alberto Venancio Filho. In VENANCIO FILHO, *A intervenção do Estado no domínio econômico. O direito público econômico no Brasil*, p. 299.

constituíam abuso de poder econômico, através de um processo administrativo instituído pelos artigos 26 e seguintes da lei, podendo, inclusive, aplicar multas⁵⁵. A execução, no entanto, de suas decisões, ocorreria no âmbito do Poder Judiciário, quando poderia ser solicitada, pelo CADE, a intervenção na empresa envolvida.

Se durante toda a vigência da lei 4.137/62 muitas discussões foram geradas a respeito da personalidade jurídica do CADE, não se pode dizer ter sido questionada a possibilidade de revisão judicial das questões por ele decididas.

Em relação à discussão sobre sua personalidade jurídica, o exame dos diversos documentos, pareceres e artigos existentes sobre o tema permitem visualizar basicamente a existência de duas correntes de pensamento: a) deveria o CADE ser considerado simples órgão da administração direta federal, sem personalidade jurídica própria⁵⁶ ou b) deveria ser ele considerado autarquia, mesmo não tendo a lei expressamente se manifestado nesse sentido⁵⁷.

Todas essas discussões tiveram como escopo concluir pela possibilidade ou não de o CADE atuar como parte na fase judicial do

⁵⁵ O primeiro processo administrativo julgado pelo CADE encontra-se no segundo número da Revista de Direito Econômico e originou-se de um memorial enviado pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Produtos Químicos para Fins Industriais de Cabo Frio à Presidência da República em 1963 e encaminhado ao Conselho. *In* Brasília: Revista de Direito Econômico, n. 02, ano I, dez. 1975.

⁵⁶ É o que pensa Alberto Venancio Filho. *Ibidem*, p. 353-354. No mesmo sentido, Adroaldo Mesquita da Costa, Consultor Geral da República, no Ofício-parecer n. 03, de 08/05/64. *In* Natureza Jurídica do CADE. Brasília: Revista de Direito Econômico, n. 01, ano 1, set. 1975.

⁵⁷ Nesse sentido, Nestor Duarte, então Conselheiro do CADE, manifestou-se em seu voto proferido no processo SC-GB 675/64 (*In* Natureza Jurídica do CADE. Brasília: Revista de Direito Econômico, n. 01, ano 1, set. 1975): "Autarquia ele bem o é."

processo⁵⁸. Isso porque, embora a lei não tivesse expressamente conferido ao Conselho personalidade jurídica própria, estabeleceu, no artigo 16, o funcionamento de uma Procuradoria junto a ele, característica exclusiva de entes autárquicos⁵⁹. Independentemente da corrente doutrinária que se observe, nota-se uma preocupação com a etapa a ser desenvolvida no âmbito do Poder Judiciário, o que acusa, em ambas, o reconhecimento da existência dessa etapa.

A mesma constatação pode ser percebida nas discussões acerca da possibilidade ou não de existirem recursos administrativos das decisões do CADE segundo as disposições da lei 4.137/62. Independentemente das opiniões divergentes encontradas, não se questiona, em nenhum momento, a possibilidade de este recurso dar-se na via judicial. Ao contrário, essa hipótese é constantemente reafirmada pelos autores⁶⁰, sendo ainda apontada por eles como um dos principais responsáveis pela dificuldade de concretização das disposições da lei. Segundo se afirma, uma boa parte das decisões

⁵⁸ A esse respeito, a ementa referente ao despacho proferido pelo juiz da 9ª Vara da Justiça Federal de São Paulo nos autos da Ação Ordinária n. 4.825.390, traz: "CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - PERSONALIDADE JURÍDICA - CARÊNCIA - REPRESENTAÇÃO EM JUÍZO PELA PROCURADORIA DA REPÚBLICA - RECONHECIMENTO. O Cade carece de personalidade jurídica que lhe permita atuar em nome próprio em juízo. Assim, cabe à União Federal, através da Procuradoria da República, defender os atos do Conselho em ações judiciais aforadas contra eles." In "Diário da Justiça", de 22 de janeiro de 1983, p.38.

⁵⁹ Segundo Celso Machado Paupério, "embora não sendo pessoa jurídica, o CADE tem capacidade para ser parte, expressamente conferida pela lei que o criou. Em juízo, não postula interesse da União, mas da coletividade, na repressão dos delitos econômicos que vida a coibir." In PAUPÉRIO, *Abusos de poder econômico*, p.22.

⁶⁰ Segundo a professora Isabel Vaz, "o processo específico de apuração e repressão de abuso de poder econômico, nos moldes do sistema misto, administrativo-judicial, havia sido regulado de modo complexo e exaustivo nos artigos 26-71 da lei 4.137/62, não cabendo incidentes, procedimentos ou recursos além dos contemplados expressamente. Em consequência, as decisões proferidas pelo CADE somente seriam suscetíveis ao controle judicial necessariamente subsequente, não podendo ser objeto de revisão através de recurso hierárquico." In VAZ, *Direito econômico da concorrência*, p.295.

administrativas proferidas sob a égide dessa lei teriam tido seus efeitos suspensos em virtude de postulação de medidas ao Poder Judiciário por empresas que tiveram suas condutas questionadas⁶¹.

Essa constatação, todavia, não deve ser utilizada para desmerecer a própria existência do CADE: a instituição de uma fase administrativa, que se desenvolveria no âmbito de um Conselho criado unicamente para o fim de se tutelar a atuação do poder econômico no mercado, constituído por membros com inegável conhecimento das questões ali analisadas, teve (e ainda tem) a grande importância de conferir às decisões proferidas um alto grau de qualidade e credibilidade. A própria complexidade e especificidade da matéria, em que se faz necessário, constantemente, o recurso a conceitos econômicos, demanda, por parte de seus intérpretes, um conhecimento aprofundado das questões, função, sem dúvida alguma, muito melhor desempenhada por uma entidade igualmente específica⁶².

As decisões proferidas pelo CADE após o trâmite do processo administrativo instituído pela lei 4.137/62, embora fossem meramente administrativas e pudessem ser revistas pelo Judiciário, constituíam-se em um meio eficaz encontrado pela lei para a tutela de situações complexas e bastante específicas.

⁶¹ É a opinião de FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p.127.

⁶² Celso Neves, em parecer datado de 1977, justifica a necessidade de o Poder Executivo, em determinadas situações, conceber meios adequados de solução de problemas complexos, que escapam à rotina do cotidiano administrativo, sem ferir o princípio da harmonia e independência dos poderes. Segundo ele, "*necessidades pragmáticas aconselham, em determinadas circunstâncias, que o Executivo assumam funções parajurisdicionais que, entretanto, só podem ser exercidas com ressalva do monopólio estatal da tutela jurídica processual pertencente ao Judiciário.*" NEVES, *Disciplina da lei antitruste no sistema jurídico brasileiro*, apud FRANCESCHINI, *Poder econômico: exercício e abuso*, p.562-91.

Tais decisões deveriam significar, na fase judicial, importante elemento de convicção do juiz, uma vez que emitidas por uma entidade para isso especificamente criada⁶³.

A sistemática dessa lei, bem como a própria estrutura administrativo-institucional de defesa da concorrência, sofreu, porém, uma considerável alteração com a entrada em vigor de algumas leis promulgadas após a Constituição Federal de 1988. Dentre elas, o Decreto n. 99.244/90 teve a importância de criar a Secretaria Nacional de Direito Econômico⁶⁴, à qual seria, posteriormente (com a lei 8.158/91), atribuída a competência para *“apurar e propor medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento dos setores econômicos”*.⁶⁵

A intenção, com a criação desse novo órgão, que atuaria juntamente com o CADE, era exatamente dotar de celeridade o procedimento administrativo, que, agora, poderia contar com um reforço de pessoal e, mesmo, estrutural⁶⁶. Acredita-se, entretanto, que a nova configuração das instituições, após o advento das supramencionadas leis, teria sido responsável por ocasionar algum enfraquecimento do próprio CADE, na medida em que

⁶³ A lei 4.137/62 exigia por parte dos Conselheiros do CADE “notório saber jurídico ou econômico” e “reputação ilibada”.

⁶⁴ Conforme nos ensina o prof. João Bosco Leopoldino da Fonseca. *In* LEOPOLDINO DA FONSECA, *Cláusulas abusivas nos contratos*, p.28.

⁶⁵ Lei n. 8.158/91, Art. 1º- *“Compete à Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE, do Ministério da Justiça, apurar e propor em medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica.”*

⁶⁶ Acredita Calixto Salomão, que o advento da lei 8.158/91, revogando apenas em parte a lei 4.137/62 ocasionou uma “dualidade indesejável de legislações concorrenciais.” *In* SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial - as estruturas*, p.67.

retirava dele importantes atribuições⁶⁷.

A edição dessas leis, que estabeleciam uma nova estrutura sem desfazer a anterior, gerou um emaranhado legislativo que precisava ser solucionado. Com esse intuito, a lei 8.884/94 pretendeu reunir, em um só texto legal, todo o aparato e as diretrizes embasadores da tutela da concorrência no Brasil⁶⁸ e substituiu, com vantagens, a lei anterior, ampliando os poderes das autoridades encarregadas de promover a defesa da livre concorrência.

No aspecto que ora mais interessa analisar, o estrutural, a lei em foco tratou de estabelecer os limites de atuação dos diversos entes em relação ao processo administrativo desenvolvido perante eles, criando uma seqüência em suas atuações. Dessa forma, a questão concorrencial é entregue para análise por parte de três entes distintos, com atribuições específicas: a Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão do Ministério da Justiça; a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão do Ministério da Fazenda e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE. A decisão, entretanto, compete a este último⁶⁹.

⁶⁷ Segundo a profa. Isabel Vaz, "com as novas diretrizes, o CADE, definido antes como 'órgão de deliberação coletiva do Ministério da Justiça' pelo artigo 1º do Decreto n. 93.083, de 07.08.1986, passou a ser um órgão intermediário da Secretaria Nacional de Direito Econômico. (...) A minimização das competências e da autonomia do CADE foi tão drástica, que ele sequer figurou entre os três órgãos componentes da estrutura básica da Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE." In VAZ, *Direito econômico da concorrência*, p.296.

⁶⁸ A lei brasileira de defesa da concorrência, lei nº 8.884/94, visa, conforme afirmou o então Ministro da Justiça Nelson Jobim no prefácio à publicação feita pela Secretaria de Direito Econômico, "consolidar no Brasil um sistema eficiente de defesa da concorrência". JOBIM, *Prefácio à Lei de Defesa da concorrência: Lei n. 8884, de 10-06-94*, p.9.

⁶⁹ Essa estrutura, em que se observa a existência de três entes distintos analisando as mesmas questões, constitui-se, atualmente, em uma das grandes críticas à lei 8.884/94, uma vez que pode conduzir ao desentendimento entre eles em relação à postura a ser adotada em casos concretos. A este respeito, a Gazeta Mercantil de Sexta-feira, 27 e Sábado, 28 de agosto de 1999, apresentou, na página A-10, reportagem intitulada: "Multa causa polêmica entre o Cade e a Seae." Nessa matéria, relatava-se o desentendimento que vinha ocorrendo entre eles sobre a forma de requisitar dados junto a empresas e de penalizá-las por fornecerem informações atrasadas ou enganosas. Sobre isso, vide Portaria SEAE/MF n.45, de 11 de agosto de 1999 (publicada no DOU de 12/08/99), posteriormente alterada pelas Portarias n.09, de 26/01/2000 e n.52, de 04/05/2000.

A grande modificação ocasionada pela lei 8.884/94 foi, no entanto, a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia⁷⁰ federal, solucionando de vez o impasse acerca de sua personalidade jurídica⁷¹. A nova condição, sem sombra de dúvidas, permite-lhe maior autonomia e credibilidade, representando um avanço em relação à legislação anterior⁷².

Amplamente debatida quando da vigência da lei anterior, sua natureza jurídica passa a ser determinada pela própria lei⁷³, constituindo-se em ente administrativo autônomo, com personalidade jurídica de direito público

⁷⁰ O conceito de autarquia apresentado pelo decreto-lei 200 ("serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e finalidade descentralizada") é criticada por Celso Antonio Bandeira de Mello, por ter, segundo ele, deixado de fazer menção "ao único traço que interessaria referir: a personalidade de direito público." Para esse administrativista, "as autarquias poderiam ser definidas como 'pessoas jurídicas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa.'" BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.86. Ricardo Antonio Lucas Camargo alerta para um problema que, segundo ele, teria sido gerado por esta determinação da lei n. 8884/94: "Há, entretanto, uma inconstitucionalidade formal na Lei n. 8884/94, que não foi, entretanto, questionada pela Confederação Nacional da Indústria quando se insurgiu contra o diploma em questão: é que em face da Constituição brasileira de 1988, art. 37, XIX, somente poderia ser transformado o CADE em autarquia através de lei específica e não de forma incidental, em lei reguladora da repressão ao abuso do poder econômico." CAMARGO, *O perfil do Cade na legislação antitruste*, p.82.

⁷¹ Em seu artigo 10, a lei n. 8.884/94 cria a "Procuradoria do CADE", com algumas atribuições. Sobre elas, afirma Marusa Vasconcelos Freire, ex-Procuradora-Geral da autarquia: "*Da análise dessas atribuições, identificam-se elementos individualizados diferenciadores dos interessados na atuação da Procuradoria do CADE no cumprimento da lei. De um lado, no papel de advogado, a Procuradoria do CADE, sic busca os interesses da Autarquia, e de outro lado, ao zelar pela correta aplicação da lei, atua na defesa de interesses difusos e coletivos, tendo em vista que a titularidade dos bens jurídicos por ela protegidos pertence à coletividade.*" FREIRE, *A atuação do MPF junto ao CADE*, p.54.

⁷² Se a transformação do CADE em autarquia confere a ele maior autonomia, a Secretaria de Direito Econômico, responsável, principalmente, pela fase de instauração e instrução processual, bem como a Secretaria de Acompanhamento Econômico, responsável por elaborar pareceres econômicos nos casos concretos, mantêm-se vinculadas ao Ministério da Justiça e da Fazenda, respectivamente. Acredita Lúcia Helena Salgado, em trabalho publicado na Revista de Direito Econômico, que, apesar de a SDE continuar, com a nova estrutura, figurando como órgão componente da administração direta e subordinada à autoridade do Ministro da Justiça, isso não faz com que suas decisões sejam impregnadas de interesses políticos. SALGADO, *Análise da experiência antitruste brasileira*, p.27.

⁷³ Art. 3º, lei 8.884/94.

interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas, pertencente aos quadros da Administração Pública Indireta.⁷⁴ Espanca-se, assim, qualquer dúvida acerca da possibilidade ou não de ele atuar como parte em juízo.

Ao CADE compete julgar os processos administrativos e atos de concentração instaurados perante a SDE para apuração de infração à ordem econômica. Essa atribuição lhe confere função judicante, apesar de suas decisões serem proferidas por uma entidade administrativa. Dessa forma, seus julgamentos serão sempre administrativos⁷⁵.

As sanções previstas na legislação, para serem aplicadas após processo administrativo que as estipule, necessitam de execução judicial⁷⁶, não possuindo o CADE autonomia para exigir compulsoriamente o cumprimento de suas decisões. As decisões do CADE constituem título executivo extrajudicial, cuja execução deverá ser promovida na Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do executado. Ademais, não se exclui o direito de recurso ao Judiciário pela parte que se sentir prejudicada diante da existência de um processo questionando sua conduta ou pela decisão final nele proferida, com o objetivo de discutir o caso. Conclui-se, então, que o fato de o CADE, enquanto entidade da Administração Pública, possuir função judicante e competência para julgar processos em que se apurem infrações à ordem econômica, não

⁷⁴ Neste sentido, MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, p.307. Ricardo Antonio Lucas Camargo afirma, ainda, que "a transformação em autarquia teve, também, como consequência, a abolição do recurso hierárquico para o Ministro da Justiça - sepultando outra polêmica que existia aos tempos da lei n. 4.137/62..." In CAMARGO, *O perfil do CADE na legislação antitruste*, p.82.

⁷⁵ Referindo-se à lei 4.137/62, Hely Lopes Meirelles fala em funções "parajudiciais" ou "quase-judiciais" do CADE. MEIRELLES, *Natureza jurídica do CADE na Administração Federal apud FRANCESCHINI, Poder econômico: exercício e abuso*, 1985.

⁷⁶ Art. 60, Lei 8.884/94.

elimina a hipótese de atuação do Judiciário em questões concorrenciais.

As semelhanças entre as decisões proferidas pelo CADE e as decisões judiciais não permitem que elas se confundam, não significam “transferência de funções” do Poder Judiciário para o Poder Executivo. Igualmente, não deve essa circunstância servir de argumento para se menosprezar a atuação da entidade. Sua existência tem sido responsável por conceder eficiência à intervenção estatal na economia em questões concorrenciais, em um contexto em que a liberdade de iniciativa é consagrada constitucionalmente⁷⁷.

A análise dos últimos anos de atuação do CADE permite observar que, de fato, a transformação de sua natureza jurídica foi responsável por conceder-lhe a força e independência de que necessitava. O aumento significativo do número de processos julgados a cada ano, a repercussão desses julgamentos na mídia e no próprio contexto do mercado, atingindo tanto o cotidiano de cidadãos comuns quanto as políticas econômicas empresariais, demonstram isso claramente.

Apesar de poderem ser rediscutidas na órbita judicial, suas decisões merecem ser observadas pelos magistrados, uma vez que derivadas de uma entidade especializada.

⁷⁷ Para Jorge Fagundes, “... a importância de um órgão como o CADE para a economia torna-se evidente. Longe de representarem entraves anacrônicos à evolução competitiva da economia brasileira, órgãos de defesa da concorrência como o CADE são instituições fundamentais para a consolidação de um novo - e moderno - padrão de intervenção estatal na sociedade.” In FAGUNDES, *Estado e defesa da concorrência*, p.97.

2.2.2.1 Tutela administrativa e judicial da concorrência

A leitura do presente capítulo permite concluir poder ser a defesa da concorrência atualmente, no Brasil, exercida em duas órbitas distintas: a administrativa e a judicial⁷⁸. A primeira, conforme já se afirmou, ocorre no âmbito da Secretaria de Direito Econômico, da Secretaria de Acompanhamento Econômico e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cada um desses entes, atuando em conformidade com o que estabelece a legislação⁷⁹, permite que sejam instaurados, instruídos e

⁷⁸ Essa não é uma característica exclusiva da legislação brasileira. Em outros Estados, a tutela da concorrência é também verificada nos planos administrativo e judicial. Nos Estados Unidos, por exemplo, questões concorrenciais podem ser submetidas tanto a Federal Trade Commission e ao Departamento de Justiça quanto ao Judiciário, cada um deles atuando dentro de certos limites, em conformidade com a legislação daquele país. Na União Européia, a Comissão Européia desempenha papel importante na tutela da concorrência, segundo informa o "booklet" *"Dealing with the Commission - notifications, complaints, inspections and fact-finding powers under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty."*, publicado pela própria Comissão (Brussels, Luxembourg, 1997): *"Under Council Regulation 17, adopted in 1962, the Commission is the Community institution entrusted with the task of applying and enforcing the competition rules."* Mas não é a única instituição da estrutura da União Européia que atua em questões de concorrência: *"The work of the Commission in interpreting and applying the competition rules is subject to the supervisory jurisdiction of the two EU courts, which ensure the observance of the rule of law by the institutions."* Os dois Tribunais mencionados são o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância europeus. Para saber mais sobre a estrutura institucional da União Européia, vide SILVA, *Direito econômico Internacional e direito comunitário*, 1995.

⁷⁹ A atuação desses três entes pode se orientar, também, por algumas diretrizes, como as "Horizontal Merger Guidelines" elaboradas pelo Departamento de Justiça norte-americano e pela Federal Trade Commission. De acordo com a introdução, *"they describe the analytical framework and specific standards normally used by the Agency in analyzing mergers"* (HORIZONTAL MERGER GUIDELINES. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. Issued: April 2, 1992. Revised: April 8, 1997, p. 1.), percebe-se que as Guidelines podem constituir-se em importante fonte de pesquisa para a análise de questões concorrenciais pela estrutura institucional brasileira de defesa da concorrência, ressaltando-se, evidentemente, as diferenças entre as realidades econômicas brasileira e norte-americana. Além disso, a Resolução n. 20, de 09 de junho de 1999, do CADE, estabeleceu orientações para o trâmite do processo administrativo perante aquele Conselho, apresentando dois anexos, "para instruir o público acerca das infrações à ordem econômica nos termos do inciso XVIII do artigo 7º da Lei 8884/94". Quanto à atuação da SDE, a Portaria nº 753, de 29 de outubro de 1998, do Ministro de Estado da Justiça, estabeleceu o Regulamento de apuração de práticas restritivas da concorrência em seu âmbito. Em relação à SEAE, a Portaria nº 39, de 29 de junho de 1999, do Secretário de Acompanhamento Econômico, definiu procedimentos para a análise dos atos de concentração, "tendo em vista a homogeneização dos pareceres dessa Secretaria, bem como a sistematização e o aprofundamento das análises empreendidas pela mesma, com a finalidade de proporcionar maior segurança jurídica aos agentes privados e tornar mais transparente a análise de atos de concentração realizada no âmbito do órgão."

decididos os processos administrativos relacionados às possíveis condutas infrativas da concorrência adotadas pelas empresas e os atos de concentração⁸⁰.

A segunda, judicial, pode ocorrer em algumas hipóteses. Primeiramente, por provocação do CADE, quando se fizer necessária a atuação do Poder Judiciário para a execução das decisões administrativas proferidas⁸¹. Em segundo lugar, por provocação da empresa envolvida, sempre que esta não concordar com a decisão proferida pelo CADE⁸². Por fim, quando uma determinada empresa julgar-se lesada em questões concorrenciais, a ela é dado o direito de recorrer ao Poder Judiciário, independentemente da existência de processo administrativo ou ato de concentração referente ao mesmo caso⁸³.

O que não se pode perder de vista é que ambas as esferas de atuação têm o compromisso com a observância dos princípios, regras e objetivos específicos da legislação e da disciplina em questão.

Se, a princípio, os entes administrativos envolvidos devem ser considerados mais bem preparados para a análise dos casos concretos, exatamente pelo fato de que essa análise constitui sua atividade única e específica, nem por isso o Poder Judiciário poderá se furtar a conceder-lhes o

⁸⁰ De acordo com a terminologia adotada pela legislação, convencionou-se chamar "processo administrativo" a análise das condutas infrativas da concorrência adotadas pelas empresas. Ao controle estrutural: "previsto no art. 54, § 3º da lei 8.884/94", denominou-se "ato de concentração".

⁸¹ Art. 60 e ss, lei 8.884/94.

⁸² A competência, nesse caso, é da Justiça Federal.

⁸³ Nesse caso, a competência é da Justiça Estadual.

tratamento que requerem⁸⁴. Para esses casos, exige-se do magistrado uma postura diferenciada. Em questões concorrenciais, o apego dos juízes a conceitos e raciocínios oriundos de outros ramos do sistema jurídico, que não o Direito Econômico, pode constituir-se em lamentável obstáculo à concretização e viabilização do atual estágio evolutivo da legislação da concorrência no Brasil, legislação esta que constitui, indubitavelmente, importantíssimo instrumento de promoção de desenvolvimento nacional⁸⁵.

⁸⁴ Em interessante artigo, Jorge Bogo fala sobre as discrepâncias que podem ser verificadas nas instâncias administrativa e judicial na análise de questões concorrenciais. Trata-se de uma reflexão sobre a manifestação do Poder Judiciário argentino em relação a uma das mais importantes decisões emitidas pela Comissão Nacional de Defesa de Concorrência (CNDC) daquele país. Lamenta o autor: *"No hay en el fallo mención alguna a la forma en que se definió el mercado relevante, a la posición ocupada por Clarín y mucho menos a la doctrina aplicada. Sólo hay una fundamentación sobre los efectos de la conducta, por lo que cabe asumir que la doctrina europea en que se basó la CNDC no fue cuestionada."* BOGO, *El caso AMFIN (Ambito Financiero) vs. ARGEA (Clarín) - Discrepancias en la instancia administrativa y en la judicial*, p.4.

⁸⁵ Infelizmente, a morosidade do Judiciário, um de seus principais males, tem repercutido na disciplina do mercado concorrencial brasileiro. Se, por um lado, a lei conferiu às decisões do CADE a eficácia de título executivo extrajudicial exatamente com o fito de que as mesmas sejam cumpridas mais rapidamente, agilizando a questão, por outro, a demora com que o Poder Judiciário tem-se manifestado nas ações de execução correspondentes é lamentável. Foge aos objetivos deste trabalho analisar ou tentar entender as causas dessa morosidade. Mas torna-se imprescindível salientar suas conseqüências malélicas nesse campo, como em todos os outros. Em um outro ponto, a atuação do Poder Judiciário é preocupante: *"As manifestações do Poder Judiciário no Brasil a respeito da atuação do CADE, até o presente momento, deram-se mais no questionamento da autoridade de suas decisões do que na busca do cumprimento forçado delas."* In CAMARGO, *O perfil do CADE na legislação antitruste*, p.84. Apesar de o trecho transcrito constar de um artigo publicado em 1996, suas considerações permanecem atuais e servem de alerta para o perigo de se apegar a aspectos formais em questões econômicas.

3 CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS PROFERIDAS EM QUESTÕES CONCORRENCIAIS

3.1 *Fundamento: o princípio da unicidade de jurisdição*

Para que se possam compreender os limites, as implicações e as justificativas para a possibilidade de controle judicial das decisões proferidas pelo CADE, é preciso, primeiramente e acima de tudo, pesquisar seu próprio fundamento.

A análise do ordenamento jurídico brasileiro permite, nesse sentido, apontar o princípio da unicidade de jurisdição, ou como querem outros autores, o princípio da “inafastabilidade do controle jurisdicional”⁸⁶, como sendo o principal alicerce sobre o qual se funda essa relação.

Neste instante, importa conhecer a origem e a evolução desse princípio, condição indispensável para o desenvolvimento do presente trabalho.

3.1.1 A origem – a teoria da separação de poderes

O que aqui se pretende fazer não é uma análise ou descrição aprofundada da teoria da separação dos poderes, já tão exaustivamente

⁸⁶ É assim que Pontes de Miranda prefere denominar esse princípio.

apresentada, sob vários enfoques, pela doutrina nacional e estrangeira. A intenção é unicamente mencioná-la como o fundamento último do próprio princípio da unicidade de jurisdição, acreditando mesmo que, em Direito, a maioria das discussões quase sempre conduz a essa teoria⁸⁷.

Na realidade, a teoria da separação de poderes, cuja autoria é atribuída a Montesquieu⁸⁸, já vinha sendo anteriormente desenvolvida por outros autores⁸⁹. Sua denominação, sugerindo que o poder estatal pudesse ser “dividido”, sofreu uma série de críticas, que afirmavam que o que existe, na verdade, é uma separação de “funções”, nunca de “poderes”. O poder político, uma vez uno e indivisível, não comportaria divisão, podendo, no máximo, permitir distinção em fundamentalmente três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional⁹⁰.

Na clássica obra de Montesquieu, as três mencionadas funções estatais correspondiam a três Poderes específicos. Ao primeiro deles, corresponderia a função de fazer leis, para algum tempo ou para sempre. Ao segundo, a função de optar em fazer guerras ou paz, estabelecer a ordem,

⁸⁷ Bilac Pinto, em interessante passagem de sua obra, afirma: “Com acerto observou um juiz americano que, assim como todos os caminhos conduzem a Roma, todas as questões de direito público conduzem, mais cedo ou tarde, à separação dos poderes.” In PINTO, *Estudos de direito público*, p.236.

⁸⁸ A teoria da separação dos poderes foi desenvolvida por Montesquieu em sua clássica obra *De l'esprit des lois*, 1871.

⁸⁹ Afirma Nuno Piçarra: “Mesmo antes de se começar a analisar a doutrina da separação de poderes em Montesquieu, é já claro que ele não foi o seu inventor, não foi o primeiro a propô-la com o sentido, o alcance e os objetivos que classicamente lhe são assinalados.” PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p.89.

⁹⁰ Nesse sentido, José Afonso da Silva in *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição, 1990, p. 95. Florivaldo Dutra de Araújo, por sua vez, afirma que “*Também ‘tripartição de funções’ encontra objeções, havendo quem admita apenas duas, e outros que vislumbram quatro funções estatais.*” In SILVA, *Motivação e controle do ato administrativo*, p.18.

entre outras atribuições. Já ao terceiro, a função de punir os crimes, julgar os dissídios dos particulares. Os dois últimos, segundo ele, seriam considerados “poder executivo”, embora o segundo se denominasse “poder de julgar” e o primeiro “poder executivo do Estado”⁹¹.

Analisando essa teoria, verifica-se que atualmente quase todos os Estados a adotam, no sentido de repartir suas atividades nessas três funções⁹². A princípio, são elas distribuídas entre três Poderes, denominados Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. Essa repartição, no entanto, não impede que um deles exerça, em caráter excepcional, determinadas funções que, inicialmente, corresponderiam a outro dos Poderes. Disso decorre a afirmação de que a competência deles não poderia ser entendida como exclusiva⁹³. Se assim o fosse, uma série de atividades estatais ficariam prejudicadas, uma vez que as três funções são apenas partes inseparáveis de um poder estatal uno e indivisível.

Entretanto, a análise dos diversos ordenamentos jurídicos estatais que adotam a teoria da separação de poderes permite visualizar basicamente dois sistemas diversos de interpretação da mesma: para uma primeira corrente, não deve ser permitido a qualquer dos poderes agir sobre qualquer

⁹¹ É o que relata FERREIRA, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, p.118-19.

⁹² FAGUNDES, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, p.4-5, revela que “A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. Legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e que a esgotam em extensão.”

⁹³ MIRANDA, *Comentários à constituição de 1967 – com a emenda n. I, de 1969*, p.276, “... a diferenciação do poder público em legislativo, judiciário e executivo não esgota as funções de legislar, julgar e executar. Além disso, nas próprias atividades dos legisladores e dos juízes há muito de execução, e muito de julgamento, nas que competem aos legisladores e ao Poder Executivo, em todos os graus.”

dos outros, buscando assegurar a completa independência deles. É essa a interpretação predominante na França. Já a segunda permite a existência de uma ação recíproca entre eles, flexibilizando a noção de separação de funções, característica da realidade norte-americana⁹⁴.

A partir da análise das duas correntes interpretativas mencionadas, pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro, durante a sua história, ora se enquadrou na primeira delas, ora na segunda. De fato, observando-se a Constituição de 1824 e o que já se escreveu sobre ela nesse aspecto, verifica-se que, naquela ocasião, prevaleceu o entendimento de que não poderia haver qualquer interferência de um poder no outro. Uma consequência específica desse raciocínio, e que interessa particularmente a este trabalho, diz respeito ao fato de que, naquele instante, era vedado ao Poder Judiciário conhecer de qualquer questão contenciosa da Administração, porque, segundo se afirmava, a outorga a ele dessa competência violaria o princípio da separação de poderes⁹⁵. Apesar disso, não se pode dizer ter existido, sob a vigência daquela Constituição, qualquer órgão com a função de exercer uma jurisdição administrativa, onde pudessem ser discutidas as questões contenciosos-administrativas, existência pressuposta pela visão francesa da separação dos

⁹⁴ É o que nos relata PINTO, *Estudos de direito público*, p.237-38.

⁹⁵ Bilac Pinto, em sua obra já mencionada, traz duas opiniões emitidas à época e que merecem transcrição. A primeira delas, de autoria de Visconde do Uruguay, afirma: "Não tem faltado quem queira instigar a solução das questões contenciosas administrativas ao Poder Judicial. Mas esse modo de proceder traria as seguintes consequências: 1) Violaria o grande princípio da divisão dos poderes; 2) Faria intervir o Poder Judicial na Administração; 3) Embaçaria a cada passo a Administração; 4) Mataria a sua responsabilidade, envolvendo a mesma Administração com o Poder Judicial." A Segunda é de Antonio Joaquim Ribas: "Nem essa doutrina é conciliável com o princípio da independência dos poderes, consagrado pelo art. 98 da Constituição, porquanto o Executivo seria colocado em posição de dependência e subalternidade em relação ao Judicial, desde que os seus atos estivessem sujeitos à revisão e à confirmação deste poder, sempre que aprovesse às partes interpor recurso deles a pretexto de lesão em seus direitos." PINTO, *Estudos de direito público*, p.240-42.

poderes. Todo esse quadro acabou por deixar em desamparo os direitos dos administrados perante a Administração⁹⁶.

A mudança de enfoque surgiu com a primeira Constituição Republicana. Através dela, a interpretação norte-americana da separação dos poderes foi sendo incorporada ao direito brasileiro, permitindo, assim, a ação do Poder Judiciário sobre a Administração, em certas hipóteses. Muito embora em 1934 a Constituição Federal fizesse certa "concessão" ao modelo francês ao criar, no artigo 79 e parágrafos, um tribunal para conhecer dos recursos, atos e decisões relativos ao funcionamento dos serviços públicos ou que se regessem, no todo ou em parte, pelo direito administrativo⁹⁷, pode-se dizer que o modelo norte-americano é, ainda hoje, aquele de que a realidade brasileira mais se aproxima⁹⁸.

A importância dessa constatação se evidencia diante do objetivo proposto por este trabalho, de examinar a possibilidade e os limites do controle, pelo Poder Judiciário, das decisões proferidas pelo CADE, entidade da Administração Indireta Federal. Se acaso a legislação brasileira optasse por filiar-se à concepção francesa, tal controle estaria vedado por completo, ao argumento de que essa possibilidade configuraria intervenção de um dos poderes (o Judiciário) nas atividades de outro (o Executivo), hipótese inadmissível para aquela corrente.

⁹⁶ PINTO, *Estudos de direito público*, p.246.

⁹⁷ PINTO, *Estudos de direito público*, p.247.

⁹⁸ Segundo Bilac Pinto, a CF/37 não se enquadrava em nenhuma das duas correntes.

3.1.1.1 Formas de relacionamento entre a Administração Pública e o Poder Judiciário

Analisando-se diversos ordenamentos jurídicos estatais quanto às formas de relacionamento entre a Administração Pública e o Poder Judiciário, pode-se perceber a existência de basicamente dois sistemas distintos de abordagem de questões, denominados, por alguns autores, *sistema judicialista* e *sistema administrativo*⁹⁹.

Para os países que adotam o primeiro sistema¹⁰⁰, todos os tribunais com competência para proferir sentenças passíveis de se tornarem definitivas encontram-se na estrutura do Poder Judiciário. Disso decorre o fato de que, nesse regime, os entes administrativos ficam dependentes da apreciação de seus atos pelos tribunais, que podem reexaminar as decisões por eles proferidas. Não há, portanto, a independência completa e absoluta da Administração quanto a seus atos, já que esses podem ser novamente analisados por outro poder estatal¹⁰¹.

Já para os países que adotam o segundo sistema, conhecido como

⁹⁹ É essa a denominação proposta por Marcelo Caetano. In CAETANO, *Princípios fundamentais de direito administrativo*, 1977.

¹⁰⁰ De acordo com Seabra Fagundes, são os seguintes os países que adotam o sistema judicialista: Grã-Bretanha, Estados Unidos, Bélgica, Itália, Romênia, Irlanda e México. FAGUNDES, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, p.115-120.

¹⁰¹ Marcelo Caetano (op. cit., p. 482 e ss.) relata a existência de um *judicialismo perfeito* e um *judicialismo imperfeito*. O primeiro (judicialismo perfeito) resultaria da conjunção de duas características: a) a competência dos tribunais judiciais para conhecerem das causas em que estivesse interessada a Administração, mesmo que nelas se aplique o seu direito peculiar e b) a dependência das autoridades administrativas dos juízes quanto ao controle, mediante pedido do interessado, dos aspectos jurídicos de sua atividade. Já o judicialismo imperfeito estaria presente naqueles casos em que somente se observasse a primeira dessas características, como ocorre na Espanha.

*sistema administrativo*¹⁰², o Poder Judiciário não pode interferir na atividade da Administração, pois se constituem em poderes independentes. A Administração é julgada por si própria, através de tribunais administrativos para tanto competentes, distintos do Poder Judiciário e cujas decisões podem tornar-se definitivas¹⁰³. Este processo é denominado “contencioso-administrativo¹⁰⁴”.

Além das duas mencionadas formas de relacionamento entre a Administração e o Poder Judiciário, podem ser visualizados ainda alguns sistemas mistos, que se encontram na zona intermediária entre o sistema judicialista e o administrativo. É o que ocorre naqueles casos em que as questões que interessem à Administração podem ser repartidas entre tribunais judiciais e tribunais administrativos, através de normas de definição de competência¹⁰⁵.

Como exemplos do primeiro modelo (judicialista), os Estados Unidos e a Inglaterra podem ser citados. Nesses países, ao Poder Judiciário compete conhecer de todas as questões, mesmo aquelas de natureza administrativa, proferindo nelas decisões definitivas. A França, por sua vez, constitui-se no principal representante do sistema administrativo, impedindo que o Judiciário

¹⁰² Alguns dos países que adotam o sistema administrativista, segundo Seabra Fagundes, são: Finlândia, França, Grécia, Turquia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia, Suíça e Hungria. FAGUNDES, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, p.122.

¹⁰³ Marcelo Caetano (id.ibid.) ensina que o sistema judicialista teve suas origens na Grã-Bretanha, enquanto o administrativo surgiu na França. Os dois sistemas resultam de razões históricas, por ele relatadas na obra citada.

¹⁰⁴ “Este sistema [contencioso-administrativo] es un sistema de autocontrol; no podrían ya ejercerlo los jueces en virtud del dogma de la separación. Lo ejerce la propia Administración...” GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, p.20.

¹⁰⁵ Característica do modelo italiano.

interfira nas decisões administrativas, que somente são julgadas pela própria Administração. Para tanto, são criados órgãos específicos, componentes da própria estrutura dessa¹⁰⁶.

De uma forma geral, é possível verificar, a partir de um certo instante, nos países que adotam o sistema judicialista, o exercício de função julgadora no âmbito da Administração Pública, justificada por uma série de motivos, entre eles a própria natureza das questões, que exigiam conhecimentos altamente técnicos para proferi-las¹⁰⁷. Nessa hipótese, as decisões administrativas proferidas podem ser reexaminadas pelo Poder Judiciário, podendo ser por ele modificadas¹⁰⁸.

O ordenamento jurídico brasileiro, após a República, encontra-se inserido no grupo que adota o sistema judicialista¹⁰⁹. Embora possam existir decisões de natureza administrativa, proferidas por órgãos ou entidades da Administração Pública, tais decisões podem ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário, nas hipóteses legalmente previstas¹¹⁰.

¹⁰⁶ Cf. NUNES, *Teoria e prática do poder judiciário*, 1943.

¹⁰⁷ Escreve Bilac Pinto que "*não nos devemos esquecer, entretanto, de que a outorga de funções jurisdicionais à Administração é a única resposta de nossa geração à inadequação dos processos judiciais.*" PINTO, *Estudos de direito público*, p. 266.

¹⁰⁸ Francisco Campos, em sua obra "Direito Administrativo" datada de 1943, apresenta o comentário do Professor Freund, uma das autoridades em direito administrativo americano, sobre a então recente prática americana de investir a função, de natureza judicial, de investigar e apurar determinadas categorias de fatos, em comissões ou departamentos administrativos, reconhecendo que só é compatível com o princípio da separação de poderes quando ao Poder Judiciário se reserva a faculdade de rever as decisões administrativas, sobre elas pronunciando a palavra final e decisiva. CAMPOS, *Direito administrativo*, p.15-16.

¹⁰⁹ Os autores costumam afirmar que, durante o Império, o Brasil adotou o contencioso-administrativo francês. Cf. PEREIRA JUNIOR, *O direito à defesa na constituição de 1988*, p.66. Faltou, no entanto, uma estrutura institucional bem delineada para torná-lo perfeitamente viável.

¹¹⁰ Existem algumas exceções, como por exemplo, o julgamento político previsto nos artigos 52 e 86 da Constituição Federal de 1988.

3.1.2 Evolução do tema no constitucionalismo brasileiro

O estudo da evolução do princípio da unicidade de jurisdição no constitucionalismo brasileiro permite verificar seu aprimoramento gradual ao longo do tempo. Antes disso, porém, cumpre esclarecer o que se entende por “jurisdição”, conceito reconhecidamente controvertido.

Diferenciar função jurisdicional e função legislativa nunca foi problema. De fato, os autores costumam afirmar que enquanto a legislação constitui o ordenamento jurídico, a jurisdição o tutela e efetiva¹¹¹. Entretanto, a mesma facilidade não é, definitivamente, verificada, quando os autores se dispõem a diferenciar função administrativa e jurisdicional, uma vez que ambas constituem-se em funções de execução e realização do direito¹¹².

A grande diferença entre elas parece mesmo encontrar-se no próprio *momento, modo e finalidade* em que é chamada a intervir a função jurisdicional¹¹³. O *momento* do exercício da jurisdição ocorre quando há uma situação contenciosa surgida no processo de realização do Direito; o *modo* de alcançar sua finalidade é a interpretação *definitiva* do Direito controvertido e sua *finalidade* seria a própria extinção da situação contenciosa. Da definição

¹¹¹ É essa a opinião de Santi Romano. ROMANO, *Princípios de direito constitucional geral*, p.380.

¹¹² Segundo Seabra Fagundes, “O procedimento do Estado, através da função jurisdicional, muito se assemelha, como elemento de individualização da lei, ao que é praticado por meio da função administrativa. A função jurisdicional, tanto quanto a administrativa, determina ou define situações jurídicas individuais.” FAGUNDES, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, p.12-13.

¹¹³ A idéia ora apresentada é de autoria de Seabra Fagundes, opinião que parece ser a mais conveniente e adequada para a questão. FAGUNDES, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, p.14 e ss.

decorrem as seguintes conseqüências: a) os chamados atos de jurisdição voluntária não seriam, propriamente, atos de jurisdição, mas de administração, já que não há “contenda”, ou conflito de interesses, verificável; b) o exercício de atividades jurisdicionais pela Administração não é considerado ato de jurisdição, uma vez que, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, não decide definitivamente as questões controvertidas.

Daí afirmar-se que no Brasil vigora o princípio da unicidade de jurisdição. Aqui, muito embora possam existir entes administrativos com funções judicantes, essa situação não exonera o Poder Judiciário de, se acionado pelos interessados, proferir a última palavra na matéria discutida. Isso porque, apesar de possuírem função judicante, esses entes não praticam atos de jurisdição propriamente dita, considerados monopólio do Poder Judiciário¹¹⁴.

A respeito desse princípio, a Constituição brasileira do Império era omissa. É de se lembrar que, nesse período, o constitucionalismo brasileiro teria adotado, segundo afirmam os autores, o sistema do contencioso-administrativo francês, embora com pouca efetividade devido a deficiências estruturais. A primeira Constituição Republicana igualmente foi, a respeito do princípio da unicidade de jurisdição, omissa. Afirma-se, todavia, que, apesar disso, a existência implícita do princípio era fundamental para a própria sistemática constitucional¹¹⁵. A abolição do contencioso-administrativo teria

¹¹⁴ Há quem pense diferente. Jessé Torres Pereira Junior, citando Ribas, afirma: “*Sempre que o administrador põe-se em atividade, em virtude de provocação ou de requerimento dos administrados, e que sobre este profere decisão, quer deferindo-o, quer indeferindo-o, exerce ato de jurisdição.*” PEREIRA JUNIOR, *O direito à defesa na constituição de 1988*, p.46.

¹¹⁵ É o que afirma MIRANDA, *Comentários à constituição de 1946*, 1947.

ocorrido a partir do instante em que a Lei estabeleceu que todas as causas *da* ou *contra* a União pertenceriam à competência da Justiça Federal, o que teria extinguido a “coisa julgada administrativa”¹¹⁶. A Constituição de 1934 concedeu ao tema o mesmo tratamento concedido por sua antecessora. Em relação à Constituição Federal de 1937 o que se afirma é que “...*ela mesma deixava sem amparo judicial direitos individuais e permitia que a lei os deixasse sem remédios processuais.*”¹¹⁷

Em 1946 o constitucionalismo brasileiro consagrou, pela primeira vez explicitamente, o princípio da unicidade de jurisdição. Seu art. 141 § 4º apresentava o seguinte texto, que seria nas Constituições seguintes mantido, apesar de algumas modificações: “*A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*”. Sobre a consagração constitucional expressa desse princípio, afirma-se ter sido “*a mais típica e mais prestante criação de 1946*”¹¹⁸. A Constituição seguinte, de 1967, manteve o princípio, consagrado no artigo 153 § 3º, nos mesmos termos¹¹⁹.

¹¹⁶ É o que diz NUNES, *Teoria e prática do poder judiciário*, p.15-16.

¹¹⁷ Segundo MIRANDA, *Comentários à constituição de 1946*, 1947.

¹¹⁸ Segundo MIRANDA, *Comentários à constituição de 1967 – com a emenda n. 1, de 1969*, 1970.

¹¹⁹ Art. 153, §3º, CF/67 - “*A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*”. A respeito da CF/67, merece menção, neste trabalho, o disposto em seu artigo 111, que estabelece a possibilidade de criação de contencioso administrativo para solução de litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais: “*Art. 111 - A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior*”.

3.1.2.1 A situação atual – O princípio da unicidade de jurisdição na Constituição Federal de 1988

O princípio da unicidade de jurisdição encontra-se inserido, na Constituição Federal de 1988, no extenso artigo 5º, onde se estabelecem os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Pode-se dizer então que o acesso ao Poder Judiciário para dele requerer o reexame dos atos administrativos torna-se, em 88, uma garantia e um direito fundamental dos indivíduos.

Além disso, o constituinte teve a preocupação de aprimorar o dispositivo, alterando sua redação, ao estabelecer, no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”*. Não mais se exige que apenas se trate de direito individual para que se obtenha a tutela jurisdicional, como faziam as duas Constituições anteriores. Os chamados direitos coletivos também passam a sujeitar-se ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário, o que amplia, inegavelmente, o campo de atuação desse.

Outra importante inovação apresentada pelo texto constitucional vigente diz respeito à possibilidade de tutela preventiva por parte do Poder Judiciário, já que esse é autorizado a atuar não apenas quando houver lesão a direito já verificada e consumada, como também em sua simples iminência. O interessado pode requerer a manifestação do Poder Judiciário sobre a questão, não apenas quando essa lhe tiver causado qualquer lesão, mas ainda diante da simples ameaça de que a lesão ocorra.

A unicidade de jurisdição encontra-se, assim, consagrada constitucionalmente, afastando da realidade brasileira a possibilidade de entes administrativos proferirem decisões definitivas. Não se impede a existência de verdadeiros processos administrativos, regidos pelas mesmas normas do processo judicial e que profira decisões nos mesmos moldes deste, no âmbito da Administração. O que se veda é a possibilidade das decisões tornarem-se definitivas sem a apreciação do Poder Judiciário.

Qualquer ato que fira direito ou o ameace estará sujeito ao controle jurisdicional, qualquer que tenha sido seu responsável e mesmo que se trate de ato proveniente de qualquer dos outros poderes estatais, desde que o interessado o provoque. Nesse caso, o Judiciário não poderá esquivar-se de analisar o que lhe é proposto, diante da impossibilidade de se declinar o exercício da prestação jurisdicional¹²⁰.

3.1.3 Conseqüências do princípio da unicidade de jurisdição

A consagração constitucional do princípio da unicidade de jurisdição conduz a uma série de conseqüências específicas.

Um dos desdobramentos necessários deste princípio relaciona-se ao fato de que a lei ordinária não poderá, de forma alguma, cercear o acesso ao Poder Judiciário em casos de lesão ou ameaça a direito, seja direito estabelecido pela Constituição ou pela própria lei ordinária. É essa uma

¹²⁰ Segundo Pinto Ferreira, “... nas bases da Constituição vigente, o Poder Judiciário é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerida pelas partes de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição.” FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, v.I, p.142.

determinação direcionada ao legislador, devendo nortear a elaboração das leis.

Uma outra consequência desse princípio é a constatação de que nenhuma relação jurídica poderá ser subtraída da apreciação judicial, nem mesmo aquelas travadas com os outros poderes estatais.

Além do mais, estabelece-se a desnecessidade de se exaurirem as vias administrativas para se requerer a manifestação judicial¹²¹. Estando configurada a lesão ou ameaça a direito, ao interessado é dado requerer a manifestação do Poder Judiciário, independentemente da existência ou do exercício de qualquer recurso administrativo. Por outro lado, mesmo na pendência desse recurso, pode a parte interessada requerer a manifestação do Judiciário, sendo desnecessário aguardar a apreciação daquele.

O controle judicial dos atos administrativos (ou decisões administrativas) é consequência inarredável deste princípio. Uma vez que o ato administrativo (ou a decisão) ocasione lesão a direito ou ameaça a ele, configurada está a hipótese constitucional e permitida está sua efetivação. À parte interessada compete exercê-lo, provocando a atuação do Poder Judiciário conforme seus interesses¹²².

¹²¹ Sobre isso, vide FREITAS, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p.81 e ss.

¹²² Tal provocação pode se dar através da impetração de Mandado de Segurança (CF/88, art. 5º, inc. LXIX) ou mediante a interposição em juízo de ação ordinária com os objetivos que lhe convierem.

3.2 O CADE e o poder judiciário

O CADE, segundo dispôs a lei 8.884/94, é autarquia federal, e portanto entidade pertencente à Administração Pública Indireta, com função de prevenção e repressão aos abusos de poder econômico na esfera administrativa, o que o submete ao sistema de relacionamento entre Administração e Judiciário adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Suas decisões são, a partir da própria natureza jurídica da autarquia, indiscutivelmente administrativas¹²³. Essa constatação, em uma realidade em que se adota o princípio da jurisdição una, monopólio constitucional do Poder Judiciário, faz delas dependentes de análise por parte do Judiciário, sempre que os interessados a provocarem¹²⁴.

É inquestionável que o processo administrativo instaurado perante a SDE e cujo julgamento compete ao CADE deve seguir princípios estabelecidos para o processo civil, tais como a ampla defesa e o contraditório¹²⁵ e que a

¹²³ Alguns autores classificam as decisões do CADE como sendo *parajudiciais* ou *quase-judiciais*, o que muito difere das judiciais propriamente ditas.

¹²⁴ Segundo Celso Neves, em parecer datado de 1977, "*em face de nosso direito constitucional vigente, o problema de um eventual conflito entre a competência do CADE e o conjunto de atribuições próprias do Poder Judiciário é inadmissível, exatamente pelo caráter administrativo das funções daquele Conselho, insuscetíveis de contraste com a tutela jurídica processual que constitui função exclusiva daquele Poder.*" apud FRANCESCHINI, *Poder Econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*, p.562-91. Também a afirmação de Eduardo D. Bottallo, apesar de proferida em 1980, permanece atual: "*Portanto, no Brasil, a ascendência do Judiciário sobre as decisões proferidas pelo Cade é absoluta e incontestável; ela decorre do princípio situado entre os asseguratórios dos direitos e garantias individuais, vale dizer, princípio básico e fundamental do nosso sistema constitucional.*" BOTTALLO, *Abuso do poder econômico*, p.307.

¹²⁵ É o que determina o artigo 5º, inciso LV. Os artigos 30 e ss da lei n. 8884/94, a lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, bem como a Portaria n. 753 do Ministério da Justiça também regulamentam o processo administrativo instaurado para a proteção da liberdade de concorrência.

autarquia possui função julgante determinada pela própria lei¹²⁶. Não obstante, seus julgados, sejam relativos a atos de concentração ou a processos administrativos, sempre poderão ser apreciados pelo Poder Judiciário¹²⁷.

Além disso, a própria lei 8.884/94 estabelece a necessidade de provocação do Poder Judiciário, por parte do Conselho, para a execução de suas decisões.

Todo esse quadro demonstra a relativa “dependência” do CADE em relação ao Poder Judiciário¹²⁸. A afirmação confirma a idéia apresentada no

¹²⁶ Lei 8.884/94, art. 3º: “O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – órgão julgante com jurisdição em todo o Território Nacional, criado pela Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta Lei.” (sem grifos no original) Sobre isto, já se afirmou: “O caráter de órgão julgante significa dizer que o CADE possui o poder de julgar a questão qual lhe é colocada, mas nunca de afastar uma decisão do Poder Judiciário.” STUBER, NOBRE, *A atuação do CADE no Brasil*, p.16.

¹²⁷ Apesar disso, têm sido relativamente poucas as vezes que o Poder Judiciário é chamado a se manifestar em relação aos processos e as decisões do CADE. Ainda mais nos últimos anos, em que o número de julgamentos proferidos por essa autarquia aumentou significativamente, são poucos os processos judiciais relacionados a eles. Poucas foram, até agora, então, as decisões judiciais emitidas em relação a decisões proferidas pelo CADE. Dentre elas, a sentença proferida pela Justiça Federal do Distrito Federal no Mandado de Segurança n. 96.0020841-7, datada de 23/12/98, denegou a segurança pleiteada pelo Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília, ao fundamento de que “... não houve ilegalidade ou abuso de poder na decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica...” Vale a pena, ainda, transcrever um trecho do parecer do Ministério Público nesse mesmo processo: “A revisão das decisões do CADE pressupõe que se aponte ilegalidade no procedimento ou que, fundamentadamente, se discorde dos laudos e pareceres técnico-periciais em que se fundou a decisão. (...) A desconstituição judicial da decisão do CADE que não trouxer consigo um exame aprofundado que ponha por terra todos os argumentos técnicos, jurídicos, fáticos e científicos que compuseram os diversos pareceres, estudos, laudos e os muitos volumes do processo administrativo não será uma afirmação da supremacia do Poder Judiciário sobre uma autarquia essencial sui generis e judicialforme. Será, isto sim, a assinatura do óbito da autoridade do Estado – fracassado nos seus misteres e refém, como a sociedade, do poder econômico.” Merece menção, também, a sentença proferida pela Justiça Federal do Distrito Federal no Mandado de Segurança n. 97.12638-5 em 06/08/97, em que, analisando o mérito da decisão emitida pelo CADE, foi anulada a mesma. Nesta decisão, pode-se ler: “A questão controvertida no caso vertente não é de natureza formal ou procedimental.”

¹²⁸ Já se chegou a afirmar que esse fato seria responsável por conceder ao CADE a natureza de “auxiliar do Poder Judiciário”, cujas decisões configurariam “verdadeiros laudos técnicos especializados, a serem submetidos ao crivo da autoridade judiciária,” FRANCESCHINI, *Introdução do direito a concorrência*, p.94-95. Se a possibilidade de reexame por parte do Judiciário das decisões proferidas por esse Conselho é mesmo fato inegável, por outro lado, a forma em que foi colocada a questão no trecho supracitado não parece ser a mais adequada, por aparentar um certo “desmerecimento” destas decisões.

capítulo anterior deste trabalho de que a tutela da concorrência é hoje exercida, no Brasil, em duas órbitas distintas, a administrativa e a judicial.

Importa, neste momento, compreender os limites do controle a ser exercido pelo Poder Judiciário em relação a decisões do CADE.

4 LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO CADE

4.1 Natureza jurídica das decisões proferidas pelo CADE

O ponto de partida, para que se possa compreender os limites do controle a ser exercido pelo Poder Judiciário em relação às decisões do CADE¹²⁹, situa-se na caracterização da natureza jurídica das mesmas. A análise da questão conduz à verificação de que se trata de **atos administrativos**¹³⁰.

Apesar das divergências verificadas na doutrina quanto ao conceito de ato administrativo¹³¹, parece indiscutível que as decisões do CADE,

¹²⁹ Tércio Sampaio Ferraz Jr., em sua obra "A ciência do direito" observa que, em português, o neologismo "controle" pode apresentar duas acepções distintas: no sentido forte de dominação ou no sentido de disciplina ou regulação. (FERRAZ JUNIOR, *A ciência do direito*, p.99). Igualmente, Comparato afirma: "... a evolução semântica, em português, foi influenciada tanto pelo francês como pelo inglês, de tal sorte que a palavra 'controle' passou a significar, correntemente, não só vigilância, verificação, fiscalização, como ato ou poder de dominar, regular, guiar ou restringir." (COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, p.14). Uma das definições apresentadas por Aurélio Buarque de Holanda ao vocábulo "controle" é: "Fiscalização, exercida sobre as atividades de pessoas, órgãos, departamentos, ou sobre produtos, etc., para que tais atividades, ou produtos, não se desviem das normas preestabelecidas." (FERREIRA, *Novo dicionário da língua portuguesa*, p.469). Esta última parece ser a definição mais adequada para esta dissertação.

¹³⁰ Segundo Florivaldo Dutra de Araújo, "Ato administrativo é a manifestação de vontade do Estado ou de quem lhe faça as vezes, expedida em nível infralegal e para dar cumprimento à lei, sob regime de direito público e sujeito a controle de legitimidade por órgão jurisdicional, com a finalidade de criar situações jurídicas individuais ou concorrer para a formação destas." ARAÚJO, *Motivação e controle do ato administrativo*, p.62.

¹³¹ A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello: "Não há definição legal de ato administrativo. Sendo assim, não é de se estranhar que os autores divirjam ao conceituá-lo." BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de direito administrativo*, p.35. Sobre a origem do termo, ensinam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández: "Inicialmente, o conceito surge na França acompanhando, como expressão prática, o princípio da separação entre Administração e Justiça: tratar-se-ia de um ato jurídico isento do poder jurisdicional do juiz enquanto produto da autoridade administrativa e, por isso, submetido ao controle único desta..." GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, *Curso de direito administrativo*, p.464-65.

enquanto proferidas por uma autarquia, no exercício de um poder concedido legalmente, devam assim ser entendidas.

Para que se possa caracterizar um ato jurídico como ato administrativo é dispensável que seja ele praticado pelos órgãos centrais da Administração Pública, podendo ser assim também caracterizados os atos praticados pelas entidades autárquicas, componentes da Administração Pública Indireta¹³².

Na medida em que o CADE aprova ou não uma fusão de empresas¹³³ ou estabelece uma multa em virtude de uma determinada conduta infrativa à ordem econômica adotada por uma empresa no mercado, está praticando ato administrativo, tanto pelo fato de emanar de uma entidade componente da Administração Pública Indireta Federal, quanto pela capacidade que tem esse ato de criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir relações jurídicas¹³⁴.

¹³² É essa a opinião de Seabra Fagundes. FAGUNDES, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, p. 31. Segundo Cretella Junior, "O porta-voz do Poder Executivo é o ato administrativo." CRETELLA JUNIOR, *Controle jurisdicional do ato administrativo*, p.103.

¹³³ Tércio Sampaio Ferraz Jr. acredita que os atos de aprovação ou desaprovação de atos de concentração praticados pelo Cade são atos administrativos. FERRAZ JR., *Discricionariedade nas decisões do Cade sobre atos de concentração*, p.87. Sobre os atos a que se refere o art. 54 da lei 8.884/94, uma observação deve ser feita: não se pode confundir os atos em sentido lato mencionados pelo *caput* do artigo com aqueles constantes de seu parágrafo terceiro. Em conformidade com o *caput* do artigo mencionado, qualquer "ato" que possa limitar ou prejudicar a livre concorrência deve ser submetido à apreciação pelo CADE. Os chamados "atos de concentração" e que constam do §3º do mesmo dispositivo legal são apenas uma hipótese de ato limitativo da concorrência e, assim mesmo, nem sempre o serão. É da análise do caso concreto, tendo em vista as determinações da lei, que se pode considerar um ato de concentração prejudicial ou não à concorrência. Por outro lado, existem atos que, embora possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, não se constituem em atos de concentração de empresas. Mesmo assim, tais atos devem ser submetidos à apreciação do CADE.

¹³⁴ De acordo com Lúcia V. Figueiredo, "ato administrativo é a norma concreta, emanada pelo Estado ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar situações jurídicas entre este (o Estado) e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário." FIGUEIREDO, *Curso de direito administrativo*, p.92.

A grande dificuldade que se enfrenta, contudo, diz respeito à caracterização das decisões proferidas pelo CADE como atos administrativos vinculados ou discricionários, classificação de profunda relevância para a análise dos limites do controle a ser exercido pelo Poder Judiciário.

4.1.1 Vinculação e discricionariedade

Uma das principais classificações do ato administrativo e que mais polêmica vem causando nos últimos tempos refere-se à distinção entre atos *discricionários* e *vinculados*.

Na realidade, a primeira discussão que se verifica diz respeito à própria terminologia utilizada. Enquanto alguns autores afirmam que seria incorreta a expressão "ato discricionário", sendo preferível falar-se em "poder discricionário"¹³⁵, outros preferem referir-se ao "modo de atuar discricionário"¹³⁶.

Além disso, é possível verificar atualmente uma *crise* na classificação. Quanto a isso, alguns doutrinadores têm dito que, ao contrário do que por algum tempo se imaginou, não se pode dizer que exista ato propriamente discricionário, uma vez que, em determinados aspectos, ele sempre será vinculado¹³⁷. Em outras palavras, não existem atos puramente

¹³⁵ É o que pensa LEAL, *Poder discricionário e ação arbitrária da administração*, p.57.

¹³⁶ É a opinião de Eros Roberto Grau. GRAU, *Poder discricionário*, p. 45. Sobre o assunto, veja, do mesmo autor: GRAU, *Discricionariedade técnica e parecer técnico*, p.114-16.

¹³⁷ Sobre isso, BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de direito administrativo*, p.61. Victor Nunes Leal também afirma: "A existência, portanto, de atos vinculados - assim designados com precisão conceitual - é, em parte, responsável pelo uso generalizado da incorreta expressão atos discricionários, que se opõem aos vinculados, mas que não existem na realidade". LEAL, *Poder discricionário e ação arbitrária da administração*, p.60. E ainda Themístocles B. Cavalcanti: "Todo ato administrativo está vinculado a um preceito legal, nem que seja aquele que atribui competência ao autor para praticá-lo." CAVALCANTI, *Do poder discricionário*, p.22.

discricionários nem mesmo puramente vinculados¹³⁸.

Todavia o conceito de discricionariedade constitui-se ainda em tema de profunda relevância para a doutrina do Direito Administrativo e, em particular, para este trabalho, tendo em vista as conseqüências que sua verificação na atividade da Administração Pública gera.

4.1.2.1 Conceitos tradicionais e sua evolução

Conforme já se afirmou, entre as várias classificações propostas pelos doutrinadores em relação ao ato administrativo, encontra-se a que o diferencia *quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática*, em ato discricionário e vinculado.

Tradicionalmente, convencionou-se considerar discricionários aqueles atos em que a Administração goza de uma certa *liberdade* para decidir, já que a lei envolvida no caso concreto deixou em aberto uma margem de apreciação que comporta algum subjetivismo. Vinculados seriam os atos em que a Administração não detém qualquer liberdade para a sua decisão, em virtude de a lei ter previamente tipificado o único comportamento possível

¹³⁸ "... o poder discricionário e o poder vinculado não representam termos autênticos, uma vez que os próprios atos realizados no exercício do poder discricionário contêm elementos vinculados. Ato administrativo não há que seja puramente discricionário, ou puramente vinculado: as duas maneiras de agir convergem para o ato administrativo e afetam os seus elementos." RODÓ, *Poder discricionário da administração - evolução doutrinária e jurisprudencial*, p.46. É esta também a opinião do professor argentino Domingo Juan Sesin: "Hoy es una verdad incontrovertible la inexistencia del 'acto discrecional' y del 'acto reglado'. Los tiempos modernos reconocen sólo la presencia de 'actos administrativos' cuyos elementos constitutivos pueden tener mayor o menor discrecionalidad." SESIN, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, p.78. Também F. H. Mendes de Almeida escreve: "Vinculação e discricção não representam idéias opostas. Não são contrários. Traduzem tais palavras, apenas, graus diferentes de celebração do princípio da legalidade pelo Direito Positivo." MENDES DE ALMEIDA, *Vinculação e discricção na teoria dos atos administrativos*, p.17.

diante do caso concreto¹³⁹. A discricionariedade seria, assim, a liberdade permitida ao administrador de atuar a partir de critérios de oportunidade e conveniência¹⁴⁰.

O conceito de discricionariedade, na verdade, sempre foi compreendido como uma antítese do que se convencionou denominar vinculação. Ato vinculado eram considerados aqueles em que a lei descreve rigorosamente os pressupostos necessários para a sua emissão, bem como o seu conteúdo, uma vez diante de uma situação prevista legalmente¹⁴¹. Nesses casos, não restaria espaço para qualquer subjetivismo por parte do administrador, que deveria, diante do caso concreto, adotar uma única conduta possível, determinada pela própria lei.

Conseqüentemente, entendiam-se como discricionários todos aqueles atos em que fosse permitido, diante do caso concreto, optar entre várias decisões possíveis, a critério do juízo pessoal do administrador, em virtude de a lei ter regulado a situação de uma forma relativamente ampla¹⁴².

¹³⁹ É esta a explicação apresentada por Bandeira de Mello. BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de direito administrativo*, p.57. O exemplo mais utilizado pelos autores para a atividade vinculada da Administração seria a concessão de aposentadoria compulsória ao servidor que completasse 70 anos de vida.

¹⁴⁰ A professora Lúcia V. Figueiredo acredita "... ser fácil dizer o que não é a discricionariedade, mas difícil a afirmação positiva." FIGUEIREDO, *Curso de direito administrativo*, p.135.

¹⁴¹ É o que ensina ARAÚJO, *Motivação e controle do ato administrativo*, p.67.

¹⁴² Segundo di Pietro, " Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações que o administrador terá que enfrentar. Isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis." DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*, p.41. Por sua vez, Sesin afirma: "... la discrecionalidad - su causa, su sentido y su necesidad - obedece a razones puramente pragmáticas: es la realidad quien la exige." SESIN, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, p.99.

O estudo do tema permite verificar uma evolução considerável, consubstanciada no aprimoramento dos conceitos envolvidos. Esses conceitos vêm, então, sendo revistos¹⁴³.

Enquanto a doutrina tradicional, para considerar um ato como vinculado, vedava à Administração qualquer participação intelectual, é possível verificar hoje opiniões no sentido de que, mesmo quando ela é necessária, liberdade de apreciação plena por parte do administrador não há.

Assim, diante de um caso regulado pela lei de forma relativamente ampla, não é dado ao administrador escolher *qualquer* das decisões possíveis, mas tem ele o compromisso de escolher a *melhor* delas¹⁴⁴. Esse raciocínio conduz à conclusão de que, certas situações, antes consideradas como poder discricionário da Administração, passam a ser reconhecidas como atividades vinculadas. A discricção remanesceria, entretanto, diante de *indiferentes jurídicos*, ou seja, daqueles aspectos da decisão que não interessam ao Direito ou que tenham, perante ele, igual valor¹⁴⁵.

Determinadas situações específicas, como os *conceitos jurídicos indeterminados* e a *regulação técnica*, antes compreendidos como casos de discricção administrativa, passam a ser vistos de forma distinta.

¹⁴³ "Consoante o emérito Mestre [Filippo Satta], a crise reside mais no conceito de vinculação do que no de discricionariade." In FIGUEIREDO, *Curso de direito administrativo*, p.124.

¹⁴⁴ Segundo Juarez Freitas, "não há, com efeito, atos exclusivamente políticos, de sorte que o administrador tem o compromisso com o ótimo ou, ao menos, com a otimização." FREITAS, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p.83.

¹⁴⁵ Sobre o assunto, vide ARAÚJO, *Motivação e controle do ato administrativo*, p.86-87. Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, diz: "Com efeito, discricionariade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal." BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.413.

4.1.1.2 Os conceitos jurídicos indeterminados

São denominados *conceitos jurídicos indeterminados* aqueles conceitos fluidos, vagos ou imprecisos utilizados pela lei para caracterizar determinada situação ou estabelecer o comportamento a ser adotado pela Administração¹⁴⁶. A principal justificativa para a sua existência consiste na impossibilidade de serem previstas, pelo legislador, todas as situações passíveis de ocorrerem na realidade, bem como a dificuldade de se estabelecer parâmetros exatos para a caracterização de certas condições.

Também neste caso, verifica-se alguma discussão na doutrina acerca da terminologia empregada. No entender de alguns, seria incorreto falar-se em *indeterminação de conceitos*, já que indetermináveis são os seus termos, nunca o próprio conceito¹⁴⁷.

A existência dos chamados conceitos jurídicos indeterminados faz-

¹⁴⁶ Segundo Ferraz Jr., "*Conceitos indeterminados são aqueles utilizados pelo legislador para a configuração dos supostos fáticos e mesmo das conseqüências jurídicas, cujo sentido pede do aplicador uma explícita determinação.*" FERRAZ JUNIOR, *A ciência do direito*, p.96. Regina Helena Costa também conceitua: "*No âmbito do Direito, deve-se entender por conceitos indeterminados aqueles cuja realidade a que se referem não aparece bem definida, cujo conteúdo e extensão não estão delimitados precisamente.*" COSTA, *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*, p.83.

¹⁴⁷ "*Sustento, no entanto, inexistirem conceitos como tais indeterminados. Todo conceito é produto de reflexão, expressando uma suma de idéias. Quando expressado, através do seu termo, envolve um ato de expressão. O termo, pois, é a expressão do conceito. Mas os termos dos conceitos são colhidos na linguagem natural, que é potencialmente ambígua e imprecisa. Assim, resultam esses termos, em grande número de casos, indeterminados. Essa indeterminação, todavia, não é dos conceitos, mas sim de suas expressões (isto é, de seus termos). Daí porque, de modo correto, cumpriria referirmos conceitos cujos termos são indeterminados e não conceitos indeterminados (a última expressão somente permanece sob uso por inércia ou por impulso à economia de palavras).* In GRAU, *Poder discricionário*, p.42. Di Pietro também faz restrições à expressão. DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*, p.65. O professor português António Francisco de Sousa relata que a expressão "conceitos jurídicos indeterminados" é muitas vezes substituída por "normas abertas", "conceitos vagos", "conceitos de valor", "conceitos imprecisos" ou outros. FRANCISCO DE SOUSA, *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, p.19.

se presente em todos os ramos do direito. Assim, fala-se, no direito privado, em *bom pai de família, boa-fé*; enquanto no direito público utiliza-se *interesse coletivo, utilidade pública*¹⁴⁸, entre outros.

O que há de relevante nos conceitos jurídicos indeterminados, especificamente no ponto que ora mais interessa, é que, para a sua interpretação e aplicação, faz-se necessária uma atividade de construção por parte do administrador¹⁴⁹. Isso decorre, além da própria imprecisão do conceito, da sua mutabilidade, uma vez que pode ele variar no tempo e no espaço, diante de outras ou das mesmas condições. O que já pôde ser considerado, há algum tempo atrás, como uma conduta aceitável em um *bom pai de família*, por exemplo, hoje pode não ser mais. O mesmo se diz para o conceito de *interesse coletivo*, que se modifica, certamente, com o passar dos tempos¹⁵⁰.

Os conceitos jurídicos indeterminados foram, por algum período (e para alguns autores ainda são), considerados um caso de discricionariedade do administrador. Dessa forma, diante da existência de uma situação que a lei

¹⁴⁸ É o que diz ARAÚJO, *Motivação e controle do ato administrativo*, p.79.

¹⁴⁹ "... son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los há criado y de cuya aplicación se trata." GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, p.34.

¹⁵⁰ Vários autores utilizam-se de um exemplo simbólico para explicar a existência dos conceitos jurídicos indeterminados, através da visualização de dois círculos concêntricos. O interno traçaria o limite de uma zona de certeza positiva (é seguro que isso pode ser denominado com esse termo) e o externo marcaria o limite de uma certeza negativa (é seguro que isso não pode ser denominado assim). Entre os dois círculos há uma zona de incerteza, em que reside a indeterminação. Dentre esses autores, MUKAI, *Participação do Estado na atividade econômica*, p.130. António Francisco de Sousa fala, ainda, que, mesmo entre os conceitos indeterminados o grau de indeterminação pode variar muito. E mais adiante: "... a doutrina e a jurisprudência entenderam começar por reservar a expressão 'conceitos indeterminados' apenas para aqueles conceitos que se revestem de um 'elevado grau de indeterminação'. É certo que este ponto de partida já oferece o flanco a muitas críticas. Classificar um conceito legal de 'indeterminado' é já em si problemático". FRANCISCO DE SOUSA, *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, p.23-24.

regulasse de forma ampla, imprecisa, seria dado ao administrador escolher, dentro dos limites legais, qualquer das soluções possíveis. Em outras palavras, seria concedida à Administração uma margem de liberdade para a interpretação e aplicação dos conceitos.

Esse entendimento vem sendo revisto. Divergências doutrinárias ainda podem ser verificadas, mas autores de renome hoje compreendem os conceitos jurídicos indeterminados não como hipótese de discricionariedade, mas de vinculação¹⁵¹.

Essa nova concepção, de origem germânica¹⁵², teve sua consagração em um artigo do professor espanhol Eduardo García de Enterría, denominado "*La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*"¹⁵³, tendo influenciado muitos outros autores¹⁵⁴, inclusive no Brasil.

¹⁵¹ "A vagueza e ambigüidade de certos termos dão lugar a uma distinção entre conceitos indeterminados e conceitos discricionários. Ou seja, nem sempre o vago e ambíguo gera discricionariedade. Quando o conceito é indeterminado, apesar de vago e ambíguo, o ato com base nele é vinculado. A doutrina não é pacífica a esse respeito e a distinção entre conceito indeterminado e discricionário é disputada." In FERRAZ JUNIOR, *Discricionariedade nas decisões do Cade sobre atos de concentração*, p.87.

¹⁵² O voto da Conselheira Neide Therezinha Mallard no Ato de Concentração n. 6/94, caso *Brasilit/Eternit* (decisão de 25/11/94) afirma: "...boa parte da doutrina entende que os conceitos jurídicos indeterminados escapam ao campo de incidência da discricionariedade. Essa corrente doutrinária, de base germânica (...) teria sido influenciada pela preocupação de se impor limites à Administração Pública, em razão do regime totalitário que vigorou na Alemanha nazista." Essa decisão e outras igualmente importantes encontram-se publicadas em DUTRA, *A concentração do poder econômico*, 1999.

¹⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, 1974.

¹⁵⁴ Em Portugal, o professor Queiró ensina: "O poder discricionário é concebido, entre nós, como uma certa margem de liberdade, concedida deliberadamente pelo legislador à Administração, a fim de que esta escolha o comportamento mais adequado para a realização de um determinado fim público. (...) Noutras palavras: não se confunde com os chamados conceitos vagos ou conceitos indeterminados, de que o legislador administrativo tão largamente lança mão para exprimir as suas previsões." QUEIRÓ, *O limite do poder discricionário das autoridades administrativas*, p.02.

Nesse trabalho, afirma o professor García de Enterría ser um erro "de penosas conseqüências para a história das garantias jurídicas" confundir conceitos jurídicos indeterminados e poderes discricionários da Administração. Segundo ele, o que há de peculiar nesses conceitos é que sua qualificação em uma circunstância concreta não pode ser mais que uma: ou se dá ou não se dá o conceito. Ou seja, no caso concreto ou há ou não há boa-fé, ou há utilidade pública ou não. É o que o autor denomina "unidade de solução justa."¹⁵⁵

De acordo com sua teoria, os conceitos apenas são indeterminados em abstrato. Diante de um caso real, eles realizam-se ou não. Daí seu caráter regrado ou vinculado¹⁵⁶. Para que se possa caracterizar a discricionariedade seria necessário que houvesse uma pluralidade de soluções justas sob a ótica do Direito. Nessa hipótese, à Administração seria dado o poder de optar, livremente, por qualquer das soluções. Diante de conceitos jurídicos indeterminados, o administrador tem o compromisso de aplicar a solução da lei, que é única. Assim sendo, esses conceitos, embora indeterminados em abstrato, são determináveis no caso concreto.

Apesar de toda a influência exercida pela teoria de García de

¹⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, p.34-35.

¹⁵⁶ "... el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado-discrecional, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales." GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, p.37-38.

Enterría em diversos autores estrangeiros e nacionais, uma forte oposição às suas idéias pode ser visualizada. Acreditam alguns ter o professor espanhol oferecido soluções "*por demais simples à imensamente complexa questão da relação entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade*"¹⁵⁷.

4.1.1.3 A regulação técnica

Tanto quanto os conceitos jurídicos indeterminados, a regulação técnica foi, tradicionalmente, compreendida pela doutrina como uma hipótese de poder discricionário da Administração.

A então chamada "discricionariedade técnica" correspondia àquelas situações em que a aplicação da lei pela Administração estivesse sujeita à avaliação de um aspecto técnico¹⁵⁸, gozando a Administração de uma liberdade de apreciação do caso, de acordo com os critérios por ela eleitos e em conformidade com a sua especialização técnica.

¹⁵⁷ É o que pensa Regina Helena Costa. (COSTA, *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*, p.96). E adiante: "... para nós, a menção a conceitos jurídicos indeterminados pela lei pode ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária à Administração. Pensamos que a solução à questão só pode ser fornecida casuisticamente, tendo em vista o tipo de conceito empregado pela norma." COSTA, *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*, p.98. Alguns autores diferenciam os conceitos jurídicos indeterminados em "conceitos de valor" e "conceitos de experiência", merecendo tratamento distinto. O segundo, sendo determinável pela interpretação, seria considerado ato vinculado da Administração. O primeiro, dependente da apreciação subjetiva do órgão administrativo, seria considerado hipótese de discricionariedade. Eros R. Grau opõe-se às idéias de Enterría (GRAU, *Poder discricionário*, p.41-46). A esse respeito, Morón assim se manifesta: "*En realidad, lo que falla [na teoria de García de Enterría] es la premisa mayor, esto es, que la aplicación de todo concepto jurídico indeterminado en todos los casos sólo pueda deparar una solución verdadera y justa. Pues esta idea se apoya en un concepto transcendente de Justicia (y de Verdad) y en una fe absoluta en las posibilidades del discernimiento humano, idealismo que no es facil compartir.*" MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p.118. A opinião de Sesin também é contrária à tese de Enterría: "*La unicidad de solución justa (...) no es trasladable a la realidad administrativa.*" SESIN, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, p.221.

¹⁵⁸ Sobre a origem e desenvolvimento da "discricionariedade técnica", vide FERRAZ JUNIOR, *Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração*, p.88. Sobre o assunto, vide ainda: GRAU, *Discricionariedade técnica e parecer técnico*, p.114-16.

A doutrina mais recente prefere entender essa situação como uma atividade vinculada da Administração, por uma série de motivos. Um dos autores cujo trabalho merece destaque na questão é o português António Francisco de Sousa. Segundo o professor, a doutrina da discricionariedade técnica não tem fundamento científico em muitos aspectos, entre eles, o fato de que não há como se definir com clareza e precisão o que são as "decisões altamente técnicas" que poderiam vir a ser tomadas pela Administração e que se constituiriam em atividades discricionárias. Para ele, a discricionariedade técnica deveria ser compreendida como apenas mais uma hipótese de conceito jurídico indeterminado¹⁵⁹.

Na realidade, diante de uma questão que envolva conhecimentos técnicos, não há liberdade concedida à Administração para escolher qualquer critério ou qualquer solução. A boa administração requer que seja escolhido o *melhor* critério ou seja adotada a *melhor* solução técnica para o caso proposto¹⁶⁰.

4.1.1.4 Controle jurisdicional dos atos administrativos

A compreensão dos conceitos de discricionariedade e vinculação é fundamental para o estudo da relação entre o Poder Judiciário e a atividade da Administração Pública.

Segundo orienta a melhor doutrina de Direito Administrativo, sempre

¹⁵⁹ FRANCISCO DE SOUSA, *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, p.107-11.

¹⁶⁰ Segundo Araújo: "...Não reside discricção no aspecto administrativo precisamente porque o que faz a norma legal é acolher como seu próprio conteúdo a obrigação de buscar a mais adequada solução técnica" ARAÚJO, *Motivação e controle do ato administrativo*, p.78.

que se verifique hipótese de discricionariedade de um ato da Administração, ou de aspectos de um ato da Administração, seria afastada a possibilidade de controle jurisdicional desse ato ou desses aspectos. Ou seja, a liberdade de apreciação que goza o administrador nesses casos impede o controle por parte do Poder Judiciário. Assim sendo, *os atos discricionários emitidos pela Administração (ou os aspectos discricionários do ato emitido pela Administração) escapam do controle judicial*. A atividade a ser exercida pelo Poder Judiciário, limitar-se-ia em verificar a legalidade do ato e se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade. Ao contrário, *sendo vinculados os atos praticados pela Administração, ao Poder Judiciário é dado revê-los, de forma plena*.

A impossibilidade do juiz de analisar os aspectos discricionários do ato administrativo faz com que, especificamente nesses pontos, a atividade da Administração seja inatacável. Essa constatação fez surgir a preocupação em se estabelecer os limites da discricionariedade¹⁶¹.

Várias são as técnicas de controle da discricionariedade¹⁶². Eduardo

¹⁶¹ Ensina Edilson Farias que *"estreme de dúvida que um limite ou uma extensão da discricção é dado pelo ordenamento jurídico: a Constituição e as demais leis. Não existe discricionariedade fora da lei, senão arbítrio."* FARIAS, *Técnicas de controle da discricionariedade administrativa*, p.161. Vide, também, neste artigo, sobre a evolução do controle da discricionariedade administrativa. García de Enterría diz ainda que *"la historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración há opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo."* ¹⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, p.22.

¹⁶² Entre elas, a doutrina do desvio de poder, que torna ilegal o ato quando a Administração se afasta da finalidade legal e a teoria dos motivos determinantes. Sobre este assunto, veja DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*, p.95. Sesin, a esse respeito, afirma: *"En realidad, hablar de técnicas de control de la discrecionalidad implica un error conceptual, porque lo que en verdad se controla o se debe controlar es su ejercicio: el procedimiento de conformación de la discrecionalidad, esto es, su inserción en la jurisdicción."* SESIN, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, p.288.

García de Enterría cita, entre elas, a moderna concepção dos *conceitos jurídicos indeterminados*¹⁶³. Se, como acredita o professor espanhol, a imprecisão do conceito existe apenas em abstrato, já que diante de um caso concreto ele realiza-se ou não, não se poderia considerá-la esta uma hipótese de discricionariedade da Administração. Assim sendo, gozaria o Poder Judiciário de amplo poder de controle sobre o ato por ela emitido.

Note-se que o caráter vinculado do conceito jurídico indeterminado tem reflexos também na atividade judicial. Dessa forma, se não há liberdade de atuação do administrador, que deverá encontrar a "unidade de solução justa" para o caso concreto, também não há liberdade de atuação por parte do juiz, que está sujeito à mesma situação. Cabe ao Poder Judiciário o papel fundamental de verificar se a aplicação dada pela Administração ao conceito é aceitável diante dos fatos¹⁶⁴.

Em síntese, diante de uma norma em que se verifique a existência de conceito jurídico indeterminado, ao administrador cabe escolher a melhor e mais adequada forma de aplicá-lo ao caso concreto. Na hipótese de isso não ocorrer, o Poder Judiciário deve-se manifestar sobre a questão, apontando a falha da Administração.

Esse entendimento não é pacífico. O professor português António Francisco de Sousa enumera os argumentos verificados na doutrina *contrários*

¹⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, p.32.

¹⁶⁴ É o que ensina DUTRA, *A concentração do poder econômico*, p.81. E ainda: "Daí por que todas as vezes em que se estiver diante de uma regra que deixe transparecer a exigência de uma única e mais adequada maneira de agir, fica afastada a discricionariedade e, por isso mesmo, torna-se o Judiciário apto a corrigir o comportamento errôneo do administrador".

ao controle jurisdicional profundo dos "conceitos legais indeterminados". São eles: a) a falta de preparação técnica do juiz; b) o fato de muitas vezes o juiz estar afastado no tempo e no espaço da realidade em que se enquadra a decisão que deve apreciar; c) a constatação de que a decisão administrativa somente pode ser apreciada no contexto do programa de ação de natureza político-administrativa traçado pelas entidades administrativas; d) a necessária flexibilidade, a dinâmica e o campo de manobra livre que devem ser concedidos à Administração para que ela possa escolher o momento exato e a forma mais adequada para sua atuação; e) a constatação de que a atividade da Administração não pode ser regulamentada até o mínimo pormenor, sob pena não só de a paralisar, mas também de não poder atender adequadamente às circunstâncias do caso concreto; f) a responsabilidade político-administrativa da Administração, já que a ela compete administrar e ao Poder Judiciário, apenas julgar; g) a legitimidade democrática da Administração; h) o caráter eminentemente pessoal de certo tipo de decisões; i) o caráter institucional da Administração, marcado pela independência e imparcialidade da sua atuação, donde resultaria uma função 'quase-judicial'¹⁶⁵.

Em seguida, menciona o professor os argumentos *a favor* de um controle jurisdicional profundo dos conceitos jurídicos indeterminados, alegando basicamente que: a) no Estado de Direito democrático e como um de seus pilares fundamentais existe um órgão que tem especificamente a função de julgar; b) a interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados é uma

¹⁶⁵ FRANCISCO DE SOUSA, *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, p.198-203.

atividade vinculada porque caracteriza situações em que há apenas uma situação justa; c) a falta de preparação técnica dos juízes é muitas vezes mais aparente que real¹⁶⁶. Em seguida, FRANCISCO DE SOUSA conclui: "*Ponderados os argumentos num e noutro sentido, só nos resta uma solução: por força do princípio do Estado do Direito, os conceitos indeterminados não só não excluem como exigem o seu controlo jurisdicional pleno, sob pena de comprometimento irremediável da segurança dos particulares perante o Estado*"¹⁶⁷.

Quanto ao exercício do controle dos conceitos indeterminados pelo Poder Judiciário, Eduardo García de Enterría faz uma ressalva. Segundo esse autor, é preciso distinguir entre *conceitos de experiência* e *conceitos de valor*¹⁶⁸. No caso dos primeiros, o controle do juiz é ilimitado. Quanto aos segundos, proporcionam uma *certa presunção* em favor da apreciação feita pelo administrador, mas mesmo assim, não excluem o controle judicial. Neste caso, o controle existirá quando o erro e a arbitrariedade puderem ser positivamente demonstrados pelo juiz¹⁶⁹.

No que diz respeito à *regulação técnica*, conforme já se demonstrou, a evolução doutrinária do tema fez incluí-la nos casos de vinculação da Administração, retirando-a do campo da discricionariedade. Em sendo assim, o controle a ser exercido pelo Poder Judiciário em relação aos aspectos técnicos

¹⁶⁶ FRANCISCO DE SOUSA, *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, p.203-209.

¹⁶⁷ FRANCISCO DE SOUSA, *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, p.211.

¹⁶⁸ Os conceitos de experiência dependem apenas da interpretação dos fatos, enquanto os conceitos de valor requerem, além da interpretação dos fatos, a emissão de juízos de valor, que podem ser técnicos ou políticos.

¹⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administracion*, p.137.

dos atos administrativos deve ser pleno.

Nem mesmo se utilize o argumento de que, em algumas situações, o juiz não possui os conhecimentos técnicos necessários para a análise do caso. Nessa hipótese, poderá o magistrado recorrer aos laudos periciais, em conformidade com as normas processuais vigentes.

4.2 O princípio da razoabilidade dos atos administrativos

Uma outra forma de controle da discricionariedade da Administração merecedora de menção é o que se faz através dos princípios gerais de direito.

De fato, em sua atividade, a Administração não se submete apenas à lei, mas ao Direito como um todo¹⁷⁰. Entre os princípios gerais do direito, deve receber destaque neste trabalho o *princípio da razoabilidade*.

Embora existam compreensões distintas desse princípio, neste momento, ele deve ser entendido como idéia correlata à de *proporcionalidade* entre os meios e os fins. Assim, os fatos que motivaram a atuação da Administração devem receber, por parte dela, um tratamento proporcional à sua dimensão e significado¹⁷¹.

Os atos e as decisões administrativas não podem ser

¹⁷⁰ "A discricionariedade não é mais a liberdade de atuação limitada pela lei, mas a liberdade de atuação limitada pelo Direito." DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*, p.171. Sobre o princípio da razoabilidade, afirma a autora: "A Constituição Federal não o menciona, embora tivesse sido incluído no projeto original, dentro do dispositivo de que resultou o artigo 37. Nem por isso deixa de existir o princípio da razoabilidade como inerente a toda atividade estatal..." (p.126).

¹⁷¹ Alguns autores preferem falar em "princípio da proporcionalidade".

desproporcionais ou irrazoáveis diante dos casos concretos¹⁷². Uma tal situação demandaria controle por parte do Poder Judiciário que poderia culminar, inclusive, com a anulação desses atos e decisões¹⁷³.

A Administração não pode exceder em sua atividade, nem mesmo agir de forma insuficiente na análise ou solução de uma questão. É imprescindível que esteja o administrador atento à melhor técnica a ser adotada para as situações e em utilizá-la de forma ponderada¹⁷⁴.

Por isso, o princípio da razoabilidade pode ser entendido como uma das formas idôneas de controle da discricionariedade. Assim sendo, mesmo naquelas hipóteses em que a apreciação subjetiva dos fatos pelo administrador é necessária, estará ele adstrito a uma atuação razoável. Caso contrário, ao juiz será permitido decretar a anulação dos atos praticados¹⁷⁵.

¹⁷² SESIN ensina - *"En ocasiones se precisa que el acto administrativo irrazonable se configura cuando: a) no se explicitan los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustentan; b) se omitan considerar hechos comprobados en el expediente, de público conocimiento, o se sustente en hechos o pruebas imposibles; y c) exista desproporción entre los medios empleados y el fin preceptuado pela norma."* SESIN, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, p.304.

¹⁷³ *"Uma decisão da Administração que seja 'desproporcional', no todo ou relativamente a qualquer dos seus elementos valorativos (...) é ilegal e como tal deve ser anulada."* FRANCISCO DE SOUSA, *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, p.230.

¹⁷⁴ Juarez Freitas fala sobre o princípio da proporcionalidade: *"É bem de ver que não se trata de simples adequação meio-fim, nem mera vedação de excessos. O erro de escolha dos meios, por afetar a otimização, bem que poderia ser visto como desdobramento, mas se trata de ofensa, em alguns casos, à economicidade (custo-benefício), princípio que recebeu tratamento autônomo em nosso sistema..."* FREITAS, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p.56-57.

¹⁷⁵ Sobre isso, Lúcia Valle Figueiredo: *"Consoante entendemos, a discricionariedade consiste na competência de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critério de razoabilidade e afastado de seus próprios 'standards' ou ideologias - portanto, dentro de critério da razoabilidade geral - dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a atividade pública postulada pela norma."* FIGUEIREDO, *Curso de direito administrativo*, p.127.

4.3 A natureza jurídica das decisões do CADE e os limites do controle judicial

Com base nos conceitos elaborados pela doutrina de Direito Administrativo e observando-se as concepções atuais desses mesmos conceitos, acredita-se ser o melhor entendimento aquele em que as decisões do CADE seriam **atos administrativos vinculados**¹⁷⁶.

Além disso, tais decisões resultam do exercício de *jurisdição voluntária*¹⁷⁷, devido a certas características essenciais dos processos administrativos e dos atos de concentração.

Primeiramente, verifica-se a *inexistência de partes*. Realmente, quer se trate de processo administrativo, quer se trate de ato de concentração de empresas, não há partes envolvidas. No primeiro caso, fala-se em

¹⁷⁶ O professor Hely Lopes Meirelles, ainda na vigência da lei 4.137/62, assim se manifestou: "As decisões do CADE são atos vinculados, e não discricionários como podem parecer a uma primeira vista. E mais adiante, conclui: "Por essa preceituação legal (Lei 4.137) ... se evidencia a vinculação da conduta do CADE nas suas manifestações decisórias sobre eventuais abusos do poder econômico das empresas submetidas aos seus processos punitivos. Aliás, bastaria a exigência de processo administrativo para afastar a natureza discricionária de suas decisões, pois para a prática de atos discricionários não haveria necessidade de processo de apuração dos fatos que os antecedem; somente os atos vinculados exigem o processo a que se vinculam." MEIRELLES, *Natureza jurídica do CADE na administração federal*, p.558-559.

¹⁷⁷ De acordo com Humberto Theodoro Júnior, "a designação 'jurisdição voluntária' tem sido criticada porque seria contraditória, uma vez que a jurisdição compreende justamente a função pública de compor litígios, o que, na verdade, só ocorre nos procedimentos contenciosos. Na chamada 'jurisdição voluntária', o Estado apenas exerce, através de órgãos do Judiciário, atos de pura administração, pelo que não seria correto o emprego da palavra jurisdição para qualificar tal atividade." THEODORO JUNIOR, *Curso de direito processual civil*, v.III, p.373. Sobre a afirmação desse autor de que a jurisdição voluntária seria exercida por órgãos do Judiciário, deve-se alertar para o fato de que não apenas esse Poder a exerce, mas também a Administração Pública poderá fazê-lo: "Já no direito romano a administração pública de interesses privados era em parte exercida por órgãos jurisdicionais (...) e, em parte, por órgãos alheios à organização judiciária (...). No direito moderno exercem-na: a) órgãos jurisdicionais; b) órgãos do chamado 'foro extrajudicial'; c) órgãos administrativos, não dependentes do Poder Judiciário." CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p.149-150. Sobre isso, também afirma Chiovenda: "Nem todos os atos, contudo, denominados jurisdição voluntária são realizados pelos órgãos judiciais." CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, v.2, p.23.

Representante e Representado, no segundo, em Requerentes. Em qualquer deles, não há interesse de *um* contra *outro*. Se essa característica é mais evidente no ato de concentração, nem por isso deixa de estar presente no processo administrativo. A esse respeito, a Portaria nº 753/98¹⁷⁸ da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça estabelece:

“art. 24- O representante, mesmo não sendo parte no feito, poderá prestar assistência ao Secretário de Direito Econômico com informações e documentos necessários à instrução do processo administrativo.

Parágrafo único- As informações e documentos trazidos pelo representante só serão juntados aos autos do processo administrativo se, a critério da autoridade, forem considerados relevantes aos esclarecimentos da matéria investigada.” (sem grifos no original)

Além disso, nos termos do artigo 1º, parágrafo único da lei 8.884/94, o titular dos bens protegidos por essa lei é a *coletividade*¹⁷⁹. Ou seja, não há contenda, não há pretensão do exercício de um contra outrem¹⁸⁰. O conselheiro do CADE não decide *contra* um e *a favor* de outro, mas decide apenas *em relação* a um deles¹⁸¹. Isso não significa que não possa existir *controvérsia*

¹⁷⁸ A Portaria nº 753, de 29/10/98, já mencionada anteriormente, tem por finalidade “aprovar o regulamento de apuração de práticas restritivas da concorrência no âmbito da Secretaria de Direito Econômico deste Ministério da Justiça...”

¹⁷⁹ Assim afirma João Bosco Leopoldino da Fonseca: “O parágrafo único define a titularidade dos bens jurídicos protegidos pela lei. E quais são esses bens jurídicos? Deve-se certamente entender que se trata do adequado funcionamento do mercado, de acordo com os princípios insculpidos na Constituição.” LEOPOLDINO DA FONSECA, *Lei de proteção da concorrência*, p.53.

¹⁸⁰ Como ensina Theodoro JR, “O que, na verdade, distingue a atividade da jurisdição voluntária daquela desempenhada no processo contencioso é justamente a presença, neste, da contenda, ou seja, da pretensão ao exercício de um direito contra outrem.” THEODORO JUNIOR, *Curso de direito processual civil*, p.373.

¹⁸¹ “Verosímilmente el nombre de jurisdicción voluntaria proviene de que el juez no decide entre dos litigantes y, por tanto, contra uno de ellos, sino en relación a uno sólo, que pide que provea...” CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, v.I, p.50.

entre os interessados. O direito tutelado não corresponde a um deles, mas à coletividade¹⁸². Essa idéia está diretamente relacionada à mencionada inexistência de partes¹⁸³.

Soma-se a tudo isso a verificação de que, em se tratando de ato de concentração especificamente, a lei exige a atuação do Poder Público em questões privadas entre as empresas. Ou seja, trata-se de hipótese em que se requer a atuação da Administração Pública em questões que, pela importância que revestem, acabam por *transcender os limites da esfera de interesse das empresas diretamente envolvidas* para interessar à própria coletividade¹⁸⁴.

Por tudo o que se disse, conclui-se que a atuação do CADE constitui hipótese de jurisdição voluntária exercida pela Administração Pública.

Quanto aos conceitos jurídicos indeterminados presentes na lei 8.884/94 e que deverão ser analisados pelo CADE para a prolação de sua decisão, verifica-se que o texto legal muito se utiliza deles. Seja quando determina, no artigo 20, que constituem infração contra a ordem

¹⁸² Sobre isso, eis um exemplo: *"Num procedimento de interdição, por exemplo, pode o interditando discordar frontalmente do requerente e nessa discordância reside a controvérsia (dissenso de opiniões, não conflito de interesses). Na jurisdição voluntária, o juiz age sempre no interesse do titular daquele interesse que a lei acha relevante socialmente..."* CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p.151.

¹⁸³ Diz Couture: *"En él [na jurisdição voluntária], el peticionante o pretensor no pide nada contra nadie. Le falta, pues, un adversario. Él no es parte, en sentido técnico, porque no es contraparte de nadie."* COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p.48-49.

¹⁸⁴ É o que ensinam Antônio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco sobre jurisdição voluntária: *"Existem atos jurídicos da vida dos particulares que se revestem de importância transcendente aos limites da esfera de interesse das pessoas diretamente empenhadas, passando a interessar também à própria coletividade."* CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p.149.

econômica os atos que gerem como efeito o *prejuízo à liberdade de concorrência* ou o *exercício abusivo de posição dominante*, seja quando estabelece, no artigo 54, o controle dos atos que *resultem na dominação de mercados relevantes*, a lei se está valendo de conceitos fluidos e imprecisos¹⁸⁵.

Além disso, nos termos do inciso I do parágrafo 1º do artigo 54, os atos capazes de limitar ou prejudicar a livre concorrência podem ser autorizados pelo Conselho quando tiverem como objetivo, por exemplo, *melhorar a qualidade de bens ou serviços* ou *propiciar a eficiência ou desenvolvimento tecnológico ou econômico*. Novamente a lei se vale de conceitos vagos.

Mas a indeterminação desses conceitos só existe em abstrato. Na verdade, diante de um caso concreto, ou o ato promove o desenvolvimento econômico ou não, ou melhora a qualidade dos serviços ou não. Quanto às possíveis condutas ilícitas das empresas, ou seus atos representam exercício abusivo de posição dominante ou não. Na realização da hipótese legal não mais reside imprecisão.

Ademais, embora alguns conceitos da lei 8.884/94 possam ser considerados *juridicamente* indeterminados, eles podem, por outro lado, ser *economicamente* determináveis, considerando a inegável influência e importância da Ciência Econômica em direito

¹⁸⁵ De acordo com Ferraz Jr, o conceito de "dominação de mercado" é indeterminado, mas não discricionário. FERRAZ JUNIOR, *Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração*, p.87-88.

concorrencial¹⁸⁶.

Assim sendo, os conceitos jurídicos indeterminados da lei 8.884/94 não conferem ao conselheiro a quem o caso foi submetido qualquer margem de discricção¹⁸⁷. E mesmo naquelas circunstâncias em que remanescer alguma dúvida a respeito de sua precisão no caso concreto, ao CADE é dado o dever de decidir de forma razoável. Por conseqüência, a interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pelo CADE podem ser revistos pelo Poder Judiciário.

Em relação ao aspecto inegavelmente técnico das decisões emitidas pelo CADE, não constituem, igualmente, hipótese de discricionariedade, mas de vinculação. As decisões emitidas por essa entidade são, sem sombra de dúvidas, extremamente técnicas, exigindo do administrador, no caso, os conselheiros do CADE, conhecimentos especializados. Porém, nem mesmo essa condição permite que eles possam optar por qualquer solução. Exige-se que, entre todas as hipóteses possíveis, o conselheiro escolha a melhor delas, aquela que possa ser considerada a solução ótima. Aí reside o caráter

¹⁸⁶ Primeiramente é preciso, por parte do intérprete e aplicador dos conceitos jurídicos indeterminados da lei 8.884/94, estar atento aos objetivos de política econômica a serem atingidos naquele momento histórico-econômico. Em segundo lugar, a Economia, enquanto Ciência, pode fornecer importantes subsídios, métodos e dados para a análise da questão concorrencial. Calixto Salomão Filho opina: "*Ainda que 'juridicamente indeterminados', alguns deles [dos conceitos] (como a eficiência, por exemplo), são economicamente determinados, pelo menos em linhas gerais...*" SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial - as estruturas*, p.145-46.

¹⁸⁷ A então Conselheira Neide T. Mallard, no já mencionado voto proferido no caso *Brasilit/Eternit*, manifestou entendimento no sentido de que as decisões do CADE possuem aspectos vinculados e aspectos discricionários. A vinculação, para ela, existiria quando a lei estabelece as condições que os atos deverão atender para que possam ser aprovados pelo CADE. Quanto à valoração feita pelo Conselho em relação aos conceitos jurídicos indeterminados, acredita Mallard que podem ser considerados uma questão de discricionariedade. Ela alerta, no entanto, para o fato de que, em casos de discricionariedade, a apreciação objetiva pelo CADE deve ser feita segundo critérios de bom senso, *razoabilidade e proporcionalidade*.

vinculado das decisões do CADE¹⁸⁸.

Assim sendo, haveria a possibilidade de controle judicial dessas decisões, mesmo diante da constatação de que se trata de questões que envolvem conhecimento técnico especializado. Isso se dá porque, mesmo em situações dessa espécie, ao conselheiro cumpre escolher a melhor opção entre as possíveis e ao juiz observar se isso efetivamente ocorreu. Para tanto, deverá valer-se de laudos periciais que o auxiliem em sua tarefa.

Apesar de as decisões do CADE exigirem bastantes conhecimentos técnicos por parte de seus conselheiros, ao juiz seria permitido, desde que devidamente instrumentalizado, analisá-las também nesses aspectos, uma vez que as decisões importam ao universo jurídico e sobretudo à ordem econômica constitucionalmente estabelecida.

A última palavra em questões concorrenciais será, então, prolatada na órbita jurisdicional. A única ressalva que se faz diz respeito a aspectos de conveniência e oportunidade do ato que são *indiferentes à esfera jurídica*.

Conclui-se, dessa forma, que as decisões do CADE, enquanto constituem atos administrativos regrados por lei e que influenciam

¹⁸⁸ Diz Ferraz Jr.: "No caso dos atos de aprovação ou desaprovação de atos de concentração, entendo que se trata de atos impropriamente chamados de tecnicamente discricionários. Na verdade, o CADE, ouvida a SDE e a SEAE, com base (no) laudo técnico expresso pelo relator (...) toma uma decisão cujo fundamento técnico não expressa um juízo de conveniência e oportunidade mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da livre concorrência. Sua decisão, assim, não é ato político de governo, conforme diretrizes constitucionais, mas ato que cumpre uma política de Estado, conforme diretrizes constitucionais e legais." FERRAZ JUNIOR, *Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração*, p.88. E ainda, no mesmo trabalho: "Submeter a livre iniciativa, direito subjetivo fundamental, a uma discricionariedade, a um juízo de conveniência e oportunidade com base técnica, é submeter a liberdade à tirania da técnica, à tecnocracia. O Cade ao aprovar ou reprovar emite um juízo técnico, cuja validade jurídica exige a possibilidade de uma revisão quando um direito esteja sendo ameaçado." (p.89).

inegavelmente o universo jurídico e a ordem econômica nacional, devem sujeitar-se ao controle judicial pleno que encontraria sua limitação somente naqueles aspectos da decisão que não interessassem ao Direito, os chamados “indiferentes jurídicos”.

5 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM QUESTÕES CONCORRENCIAIS

5.1 A especificidade das questões concorrenciais - o caráter altamente interdisciplinar do direito da concorrência

Não há como escapar da constatação de que a realidade social é um fenômeno uno. Assim sendo, na medida em que um determinado ramo da Ciência Jurídica se dispõe a regulamentar um fato social, deverá estar atento para as interferências de outras ciências nesse mesmo fato, buscando compreender os possíveis subsídios que poderão oferecer para o Direito.

Em se tratando, especificamente, de questões concorrenciais, a influência da Ciência Econômica na Ciência Jurídica constitui fato incontestável. Nesse caso, a análise das situações apenas sob o prisma do Direito ou apenas sob o prisma da Economia pode conduzir a graves distorções da realidade e gerar sérias lesões ao mercado, ao desenvolvimento econômico nacional e, acima de tudo, aos particulares envolvidos.

Essa constatação conduz à convicção de que a análise de processos que envolvam Direito da Concorrência requer do juiz um posicionamento e uma mentalidade distintos. Não se trata unicamente de se utilizar de peritos que forneçam subsídios econômicos para a elaboração da

decisão. É mais do que isso. O Direito da Concorrência requer do Poder Judiciário uma visão diferenciada do Direito, que considere as especificidades do tema.

5.1.1 Breve histórico da relação direito - economia

No período em que as idéias do liberalismo econômico predominaram, acreditando-se, como queria Adam Smith, que o mercado deveria ser guiado por seus próprios participantes, orientados por uma *"Invisible hand"*, pouco se cogitou em se estabelecer em relacionamentos entre Direito e Economia. Essa atitude era coerente com a ideologia liberal, que pregava a abstenção do Estado da atividade econômica.

Essa postura, no entanto, não significou um "afastamento" do Direito em relação à Economia, nem deve ser assim entendida. As duas disciplinas, mesmo em um contexto de liberalismo, permaneciam absolutamente interligadas e ao Direito coube o papel de viabilizar as idéias liberais, na medida em que se omitia de participar da vida econômica.

Entretanto, a evolução da história conduziu a uma necessidade de intervenção do Estado na economia e o Direito significou, nesse instante, um instrumento para sua implementação. Mais uma vez estava estabelecida a relação fática entre as duas disciplinas, agora sob uma nova forma.

A partir de então, tornam-se mais freqüentes as tentativas de estudo interdisciplinar entre as duas Ciências, no intuito de compatibilizar disciplinas tão próximas, mas, ao mesmo tempo, tão distantes em métodos, pontos de

vista e objetivos¹⁸⁹. Buscava-se estabelecer a interdisciplinaridade, mas esbarrava-se em alguns obstáculos práticos, relacionados às diferenças existentes entre elas, mas, especialmente, às dificuldades encontradas por seus profissionais em compreender ou aceitar novos raciocínios e novos parâmetros¹⁹⁰.

A evolução da História e das ciências sociais tornou, portanto, necessário estabelecer a aproximação entre o Direito e a Economia. Mas o estudo interdisciplinar conheceu diferentes feições e graus, de acordo com seu estágio, o enfoque dado e as diferentes realidades em que se viu envolvido.

O próprio Direito Econômico pode ser visto como um dos frutos dessa relação, constituindo-se, inclusive, em uma das mais significativas feições adquiridas pela tentativa de se estabelecer um estudo interdisciplinar entre Economia e Direito. Muitos autores acreditam que esse ramo do Direito surgiu a partir do instante em que o Estado passou a interessar-se pelos

¹⁸⁹ É esta a opinião do professor João Bosco Leopoldino da Fonseca: "A postura intervencionista do Estado veio a colocá-lo na contingência de procurar uma compatibilização entre Direito e Economia. Se o Direito busca a estabilidade e a segurança, a Economia é por sua própria essência instável e variável." LEOPOLDINO DA FONSECA, *Cláusulas abusivas nos contratos*, p.90.

¹⁹⁰ "O problema não consiste somente no fato de não termos ainda aprofundado as respectivas disciplinas; o fato é que desde o princípio os problemas são colocados de modos bastantes diferentes e em vista de escopos diferentes. (...) O economista nada tem a ver com o tomar decisões (...). Seu dever é o de descrever como o mundo opera, e, possivelmente, descrevê-lo com tal maestria e com tal aprofundamento que se possa deduzir de que modo o mundo operaria se as condições se mudassem em certo grau." DORFMAN, citado por ALPA, *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*, p.5-6. Ou conforme a opinião de Juan Torres López: "La renuencia de los juristas se explica asimismo por las evidentes diferencias existentes, genéricamente hablando, a la hora de afrontar los problemas y de determinar las preocupaciones del conocimiento. Mientras que habitualmente el jurista trata de encontrar lo particular, los detalles factuales que permitan la argumentación legal, el economista se encuentra más bien preocupado por las generalidades, evita los análisis parciales que pueden oscurecer las relaciones importantes y generalmente suprime los detalles para enfatizar las consideraciones globales de los problemas." LÓPEZ, *Análisis económico del derecho*, p.44.

assuntos econômicos, após o Liberalismo¹⁹¹. Realmente, o crescimento do poder econômico privado a dimensões até então desconhecidas, ameaçando não somente a liberdade de concorrência e o livre desenrolar do mercado, como também a própria hegemonia do poder público, tornou indispensável a interferência estatal no âmbito econômico e o Direito Econômico representou exatamente o instrumento que possibilitou essa atuação¹⁹².

Mas outras importantes manifestações da tentativa de aproximação entre a ciência econômica e a jurídica existem e devem ser mencionadas. Nesse sentido, pode-se citar o fenômeno conhecido como "Sociologismo Jurídico", bem como a "Jurisprudência dos Interesses", em que o jurista abandona a tradicional contemplação formalista e abstrata da norma para conceder maior atenção aos fatos reais que intervêm na circunstância jurídica. Além disso, o "Utilitarismo" deve ser mencionado como uma das importantes tentativas de interrelacionar Direito e Economia¹⁹³.

Não se pode deixar de fazer, também, referência à obra de Karl Marx. Foi essa, provavelmente, a primeira tentativa de se estabelecer uma

¹⁹¹ "A superação do liberalismo econômico por via da intervenção estatal fez desta um dado fundamental da vida econômica, constituindo-a em critério de diferenciação e unidade do Direito Econômico. O Direito Econômico terá assim por objeto as regras jurídicas que disciplinam a intervenção do Estado na economia." CABRAL DE MONCADA, *Direito econômico*, p.13.

¹⁹² "O Direito Econômico é exatamente o resultado jurídico dessa mudança, pois que, por provocação da concentração capitalista, surge como a solução jurídica para salvar a liberdade de concorrência em um quadro em que predominam os valores sociais." LEOPOLDINO DA FONSECA, *Direito econômico*, p.17. Sobre essa obra, veja edição recentíssima, contendo um Capítulo denominado "O novo papel do Estado", a respeito da atuação das agências reguladoras. LEOPOLDINO DA FONSECA, *Direito econômico*, 2000.

¹⁹³ Sobre este assunto, veja LÓPEZ, *Análisis económico del derecho*, p.14-16.

relação consistente entre as duas disciplinas¹⁹⁴.

Também merece menção o trabalho de Jeremy Bentham, de importância científica considerável, para quem as pessoas agem como maximizadores racionais de seus interesses em qualquer aspecto de suas vidas¹⁹⁵.

Entre as tentativas de interdisciplinaridade, o movimento conhecido por “Análise Econômica do Direito” ou AED merece atenção especial. As idéias de seus representantes, entre eles Ronald Coase, Richard Posner e Guido Calabresi, vêm se difundindo a cada dia e repercutindo até mesmo em países cujas realidades jurídicas são reconhecidamente diferentes daquela em que se situa o berço do movimento¹⁹⁶.

5.2 A análise econômica do direito (AED)

Uma das tentativas de relacionar Direito e Economia encontra-se no

¹⁹⁴“Foi Karl Marx, no seu estudo preparatório ao clássico O Capital, intitulado Para a Crítica da Economia Política quem, pela primeira vez, vinculou, de maneira mais estreita, o universo das relações jurídicas aos conceitos e ao modo de raciocínio próprio da ciência econômica, insistindo na absoluta dependência do ordenamento jurídico, imperante nas ‘sociedades burguesas’, ao modo de produção capitalista.” ESTRELLA FARIA, *Interpretação econômica do direito*, p.19.

¹⁹⁵ De acordo com Richard Posner, “*Although Bentham’s economic analysis of crime was anticipated by Beccaria, Beccaria’s analysis was far less systematic than Bentham’s*”. POSNER, *Some uses and abuses of economics in law*, p.282.

¹⁹⁶ As idéias da Análise Econômica do Direito parecem bastante atuais. Robert Cooter e Thomas Ulen relacionam os indicativos que, na opinião deles, comprovam o impacto da Economia no Direito, tais como o fato de revistas jurídicas publicarem vários artigos utilizando abordagens econômicas e, ainda, a constatação de que a maioria das Escolas de Direito na América agora oferecem ao menos um breve “resumo” da AED. Ademais, suas idéias têm ido além do campo das Universidades para a prática do Direito e a implementação da política pública: muitos estudiosos notáveis da AED tornaram-se juízes federais e utilizam análise econômica em suas opiniões, como Stephen Breyer, Richard A Posner, Frank Easterbrook, Guido Calabresi, Robert Bork, entre outros. COOTER, ULEN, *Law and economics*, p.2-3.

movimento intelectual de origem norte-americana denominado “*Law and Economics*” ou Análise Econômica do Direito (AED). Esta teoria surgiu nos Estados Unidos na década de 70 e os defensores de suas idéias acreditavam na possibilidade de estudo interdisciplinar da Ciência Econômica e da Ciência Jurídica de uma maneira particularmente nova¹⁹⁷.

A proposta de relacionamento entre as duas disciplinas que a AED oferece é consideravelmente mais ampla do que qualquer de suas antecessoras. Na perspectiva de seus principais autores, o Direito cumpre uma função essencialmente econômica, cabendo a ele possibilitar que o mercado funcione¹⁹⁸. Assim sendo, o ponto inicial da AED constitui a modelação de um direito visando ao objetivo da eficiência, introduzindo no universo do pensamento jurídico o problema do custo do direito, o custo da consecução dos objetivos que persegue as normas jurídicas.

A evolução da “Análise Econômica do Direito” permite observar um instante que lhe é inicial e que poderia ser considerado a semente da proposta interdisciplinar que agora apresenta a AED. Esse momento, considerado “Velha Análise Econômica do Direito”, coincide com o trabalho de Adam Smith e seu propósito de análise econômica das leis que regulam mercados

¹⁹⁷ “El primer aspecto que resalta en el AED es el de constituir un intento de estudio interdisciplinar y, como tal, un ataque a la idea de autonomía de la propia ciencia jurídica. En este sentido el AED resucita un viejo tema de la teoría del derecho como es el de la posibilidad de un estudio científico de la realidad jurídica desde el ámbito de las ciencias sociales.” PACHECO, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, p.33.

¹⁹⁸ “Para esta corriente [mayoritaria] la función primaria del Derecho es la de hacer posible que el mercado funcione. Para ello, el sistema jurídico debe limitarse a definir el sistema de Derechos de apropiación que haga posible los intercambios y a establecer una batería de normas legales reguladoras de los contratos que anticipe los problemas y las contingencias imprevistas que pudieran darse y entorpecieran las transacciones. Sólo cuando éstas no pudieran efectuarse en el mercado, el Derecho habrá de establecer un sistema resolutorio a imitación del propio mercado.” LÓPEZ, *Análisis económico del derecho*, p.71.

explícitos.¹⁹⁹

A proposta de inter-relacionamento entre a disciplina jurídica e a econômica apresentada até então era um tanto mais tímida do que aquela que viria a seguir: propunha-se, tão-somente, aplicar a teoria econômica ao estudo das normas que regulavam diretamente o mercado, como, por exemplo, ocorre com as leis antitruste.

Foi somente a partir da publicação das obras de Ronald Coase e de todos os que lhe seguiram que a Análise Econômica do Direito adquire a tendência atual²⁰⁰. A partir do ano de 1960, com a publicação do artigo de Coase denominado *"The problem of Social Cost"*, desperta-se para a possibilidade de um estudo interdisciplinar declaradamente mais amplo: busca-se aplicar a ciência econômica não somente às normas reguladoras de situações mercadológicas, mas a todo o Direito.

O artigo, conhecido como "Teorema de Coase"²⁰¹, este artigo conclui que, em uma situação em que não existam custos de transação, o resultado

¹⁹⁹ POSNER, *Some uses and abuses of economics in law*, p.281. Nas palavras de MERCADO PACHECO, *"En efecto, este 'viejo' análisis económico del derecho sería la expresión más importante de la tradición interdisciplinar entre derecho y economía que tendría como característica fundamental la aplicación del razonamiento y de las categorías económicas al estudio de las 'normas reguladoras de los mercados explícitos'."* PACHECO, *El analisis economico del derecho*, p.69.

²⁰⁰ "A pesar de todos los esfuerzos reseñados puede decirse, por lo tanto, que iniciada la década de 1950 aún no habia cuajado un auténtico Análisis Económico del Derecho. (...) La tradicional resistencia, pese a todo, de los economistas a considerar el Derecho como algo más que datos (...), la cada vez mayor perminencia de las técnicas cuantitativas y del carácter empírico de nuestra ciencia, las tradicionales barreras que la enseñanza de la Economía debía siempre superar en las Facultades de Derecho y la proyección de la formación del jurista básicamente hacia la práctica del ejercicio profesional (...), así como las conocidas reticencias de lo legal hacia otras ciencias sociales (...) hicieron dificultoso, cuano no imposible, su desarrollo." LÓPEZ, *Análisis económico del derecho*, p.18-19.

²⁰¹ Bruce Ackerman, ironicamente, prefere se referir à "parábola que en la actualidad sirve como rito de iniciación a todos los futuros juristas de la escuela económica del Derecho" ou "Coaselandia". ACKERMAN, *Del realismo al constructivismo jurídico*, p.71, 78.

mais eficiente será atingido independentemente da norma jurídica aplicável ao caso. No entanto, a realidade nos apresenta a constante existência de custos de transação positivos, o que faz com que o direito desempenhe um papel fundamental na obtenção da solução mais eficiente. Segundo Polinsky²⁰², o Teorema de Coase proporciona-nos uma via para eleger as normas jurídicas em uma situação em que os custos de transação não sejam nulos. O Direito passa, assim, a cumprir uma função essencialmente econômica.

Surge, então, a “Nova AED”, trazendo consigo uma nova proposta de estudo interdisciplinar.

5.2.1 Contribuições da ciência econômica à jurídica na perspectiva da AED

Guido Alpa²⁰³ diferencia as duas fases fundamentais da Ciência Jurídica em que se torna possível ocorrer uma intervenção das teorias econômicas: a fase de criação dos instrumentos jurídicos e a de efetividade do Direito. Para o autor, na primeira delas, o critério econômico é certamente um dos fatores mais evidentes, enquanto que na segunda, a análise da relação entre Economia e Direito torna-se menos óbvia, já que se examina não tanto porque nasceu um instrumento jurídico, mas como ele opera, quais efeitos produz, enfim, qual o seu custo para a coletividade.²⁰⁴

Segundo Alpa, a AED busca focar todos esses aspectos,

²⁰² POLINSKY, *Introducción al análisis económico del derecho*, p.26.

²⁰³ ALPA, *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*, p.7-12.

²⁰⁴ ALPA, *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*, p.9.

“realizando um confronto entre a situação concreta e aquela em abstrato determinável com a correção do sistema, indagando o custo privado e o custo social da atuação de novos e velhos instrumentos jurídicos”²⁰⁵.

Em verdade, R. Coase, um dos principais autores do movimento, através de seu mencionado “Teorema”, permite concluir que a função do Direito seria a de prover as condições de mercado, garantindo a certeza dos resultados das transações, as informações necessárias para negociar, bem como permitindo a identificação de todos os sujeitos e bens envolvidos. Ou seja, o sistema jurídico deveria funcionar como um meta-mercado institucional ou um **mercado simulado**²⁰⁶.

O que se busca, através da Análise Econômica do Direito, seria a instituição de um Direito eficiente e que conduza à eficiência, enquanto valor econômico primordial. As normas preferíveis seriam, portanto, aquelas que melhor se enquadrassem nesse parâmetro. Igualmente, aos julgadores seria dada a função de compreender as conseqüências econômicas de suas decisões, atentando-se para a obtenção desse novo critério.

A eficiência econômica torna-se, então, o valor maior a nortear o ordenamento jurídico. Todos os demais valores estariam relegados a segundo plano. Exatamente aí reside o caráter radical das idéias da AED. Se a Ciência Econômica pode render bons frutos ao Direito²⁰⁷, a proposta oferecida por esse

²⁰⁵ ALPA, *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*, p.10.

²⁰⁶ Nesse sentido, PACHECO, *El analisis economico del derecho*, capítulo III.

²⁰⁷ São de Guido Alpa as seguintes palavras: “Que se possa incluir a interpretação econômica, ao lado das regras interpretativas formais, é não somente um dado indiscutível no plano científico, mas também uma praxe normal no plano fático.” ALPA, *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*, p.12.

movimento, segundo alguns autores, termina por extrapolar os limites da interdisciplinaridade²⁰⁸.

É em Richard Posner que a “*Law and Economics*” encontra sua mais acabada expressão. Principal representante da ala positivista da AED, que se propõe unicamente a descrever a realidade jurídica sem preocupações distributivistas²⁰⁹, as suas teses já lhe renderam duras críticas.

Suas principais idéias encontram-se na obra “*Economics analysis of law*”²¹⁰ em que o autor apresenta um estudo ordenado da maioria dos setores do sistema jurídico norte-americano desde a perspectiva da análise econômica.

São dele as idéias de que as regras, os procedimentos e as instituições do *common law* promovem a eficiência, entendendo-se esta como a maximização da riqueza.²¹¹ Com Posner, a eficiência transforma-se em valor social máximo, equivalendo-se ao sentido de justiça.

Essa opinião gerou imediata reação por parte daqueles que não admitiam a redução do direito a fins unicamente eficientistas, sem preocupações sociais. Nesse sentido, a corrente normativa liderada por Guido

²⁰⁸ “No obstante, el carácter interdisciplinar del estudio del AED debe ser reconsiderado. Más que una propuesta de colaboración entre disciplinas para el estudio del fenómeno jurídico, el AED convierte a la teoría económica en el único conocimiento relevante en el estudio del derecho, el único saber que puede realizar un estudio científico del derecho.” PACHECO, *El análisis económico del derecho*, p.36.

²⁰⁹ “A separate branch of the positive economics of law, in which I have been particularly interested, seeks to explain (...) the structure of the system itself”. POSNER, *Some uses and abuses of economics in law*, p.288.

²¹⁰ A edição mais recente dessa obra é datada de 1998. POSNER, *Economic analysis of law*, 1998.

²¹¹ *In* POSNER, *Some uses and abuses of economics in law*, p.288.

Calabresi, além de Mitchell Polinsky, Bruce Ackerman, Frank Michelmann e outros pretendem acrescentar à AED o fator distributivista, a preocupação com a redução das desigualdades de origens econômicas.

Ronald Dworkin, um dos críticos do trabalho de Posner, afirma literalmente, em sua obra *"A matter of principle"* (1986), rejeitar uma teoria política do direito, como se lhe apresenta a AED.²¹² Em sua opinião, Posner confunde o significado de eficiência elaborado por Pareto, em que aquele afirma ter-se baseado.

Mitchell Polinsky, apesar de se apresentar como um crítico às idéias de Posner, não lhes nega o importante valor que têm. Representante da vertente normativa liderada por Calabresi, Polinsky, em seu livro *"Introducción al análisis económico del derecho"*, em relação ao confronto dos valores eficiência e equidade, afirma ser *"preferible aceptar un pastel más pequeño (menos eficiencia) a cambio de una división más justa (mayor equidad)."*²¹³ Em um outro artigo, denominado *"Análise Econômica como um produto potencialmente defeituoso: um guia do comprador para a análise econômica do direito em Posner"*, Polinsky admite a afirmação de Posner de que a economia possa ser aplicada a problemas jurídicos, porém, desde que feitos alguns balanços. E, justificando o título de seu trabalho, conclui: *"Ao dizer que a análise econômica do direito é um produto potencialmente defeituoso, não quero negar que ela seja valiosa; eu acredito que ela o seja. Mas, mesmo um produto valioso está sujeito ao mau uso, se não forem incluídas instruções*

²¹² Citado por ESTRELLA FARIA, *Interpretação econômica do direito*, p.45.

²¹³ POLINSKY, *Introducción al análisis económico del derecho*, p.20.

para seu uso. Meu propósito aqui foi simplesmente suprir algumas das instruções faltantes".²¹⁴

Um terceiro crítico, Guido Alpa, acredita não poderem ser todos os comportamentos humanos explicados pelo critério racional da busca de maximização de riqueza. Alerta, ainda, o autor, para o caráter ideológico das teses de Posner.²¹⁵

Apesar de apresentarem opiniões divergentes em determinados aspectos, ambas as vertentes da Análise Econômica do Direito pretendem abandonar a concepção de se entender o Direito como disciplina autônoma e independente das outras ciências sociais, propugnando pela própria reformulação da estrutura jurídica, entrelaçando-a com critérios eminentemente econômicos.

R. Posner dedica um de seus artigos exclusivamente ao estudo da relação Economia - Direito proposta pela AED, intitulado "*O declínio do Direito enquanto disciplina autônoma*".²¹⁶ Nesse artigo, Posner afirma que a idéia de Direito como disciplina autônoma foi originalmente uma idéia política. Segundo ele, os juízes da Inglaterra usavam-na para repelir a interferência real em suas decisões e os advogados usavam-na para proteger o monopólio da defesa de seus clientes. Em 1870, Langdell teria dado a essa idéia caráter acadêmico.

Sustentando a crença na autonomia do Direito, havia, ainda, a aparente incapacidade das outras disciplinas em contribuir de forma

²¹⁴ Citado em ESTRELLA FARIA, *Interpretação econômica do direito*, p.53, 56.

²¹⁵ Nesse sentido, ESTRELLA FARIA, *Interpretação econômica do direito*, p. 60.

²¹⁶ POSNER, *The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987*, p.761-780.

significativa ao Direito. Até a publicação, em 1961, dos artigos de Ronald Coase e Guido Calabresi, a Economia parecia fornecer-lhe apenas contribuição na questão antitruste. Mesmo assim, naquela época como agora, a Ciência Econômica parece apresentar maior importância para o Direito que outros campos da ciência. Ética e Filosofia Política, por exemplo, estavam em decadência.²¹⁷

Para Posner, a crença na autonomia do Direito como ciência começou a se abalar na década de 60, o que se deve a vários fatores, entre eles um reconhecido *boom* experimentado por disciplinas complementares ao Direito, particularmente Economia e Filosofia. Economia, por exemplo, não só passou por um desenvolvimento considerável após 1950, como foi além do estudo das relações de mercado para estudar também comportamentos não-mercadorológicos. Em muitas áreas importantes, a perspectiva econômica é considerada dominante, como no direito de propriedade, meio ambiente e direito do trabalho, em que a abordagem econômica tem feito grandes avanços²¹⁸.

Na conclusão de seu artigo, após apressar-se em esclarecer não pretender predizer o desaparecimento do ensino jurídico tradicional, o autor profetiza: o crescimento da análise legal interdisciplinar tem sido uma boa opção e que deve (e irá) permanecer, parecendo improvável que se retorne, em qualquer época, a uma serena crença na autonomia do Direito²¹⁹.

²¹⁷ POSNER, *The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987*, p.764-765.

²¹⁸ POSNER, *The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987*, p.767-768.

²¹⁹ POSNER, *The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987*, p.777.

Em toda a sua obra, Posner propugna pela reforma do ordenamento jurídico com vistas à obtenção da **eficiência econômica**²²⁰ e mostra-se convicto de que a teoria econômica pode explicar um vasto número de fenômenos não necessariamente mercadológicos trazendo contribuições valiosas à ciência jurídica²²¹.

5.2.2 O papel do juiz na perspectiva da AED

A AED apresenta a perspectiva de utilização da noção da eficiência como critério objetivo a ser adotado no instante da tomada de decisões por parte do julgador. Inserindo-se essa idéia no contexto norte-americano, a preocupação em se estabelecerem condições de objetividade na decisões judiciais parece bastante plausível.

Na realidade do *common law*, em que se observa um verdadeiro poder político dos juízes²²² e onde os casos a eles submetidos eram analisados factualmente, sem qualquer vinculação obrigatória a formalismos de qualquer espécie, não se torna estranha a busca de um critério norteador daquelas decisões. Nesse contexto, a "*Law and Economics*" pretende difundir a idéia de que a solução mais justa a ser adotada pelo julgador deveria ser a mais

²²⁰ "...eficiência tem sido um importante valor social, e ele deve ser o único valor que um sistema de normas (...) deve promover." POSNER, *Some uses and abuses of economics in law*, p.292.

²²¹ "*This book is written in the conviction that economics is a powerful tool for analysing a vast rang of legal questions but that most lawyers and law students - even very bright ones - have difficulty connecting economic principles to concrete legal problems.*" POSNER, *Economic analysis of law*, p.3.

²²² Dalmo Dallari afirma, em seu livro "O poder dos juízes", que a utilização da expressão "governo dos juízes", nos Estados Unidos da América, não representa um despropósito. DALLARI, *O poder dos juízes*, p.91.

eficiente entre todas as opções possíveis ou aquela que possibilitasse a maximização de riqueza.

Assim sendo, o que a AED sugere é uma transformação nas funções do juiz, bem como do legislador, que, a partir de então, não funcionariam mais como reguladores sociais, antes atuariam como verdadeiros atores do mecanismo de arrecadação e distribuição dos recursos econômicos ou não-econômicos de uma determinada sociedade²²³.

Por outro lado, a AED permite visualizar o fato de que as decisões judiciais representam um custo para a sociedade, gerando efeitos externos ou “externalidades”²²⁴. O juiz, a partir do novo enfoque, passa a perceber o contexto global dos conflitos e a compreender que seus julgamentos interferem inevitavelmente em outras esferas de interesse, além daquelas que estão envolvidas diretamente no caso que lhe foi submetido²²⁵.

²²³ É o que nos ensina PACHECO, *El análisis económico del derecho; una reconstrucción teórica*, p.149. E mais adiante, “O juízo passaria a ter uma estrutura policêntrica, quer dizer, todas as partes cooperam na busca da solução eficiente, posto que só esta solução maximiza os interesses de todas as partes no litígio. O juiz adquire um grande protagonismo nesta nova visão. Já não é o árbitro do conflito, senão que toma, em lugar das partes, a decisão que maximiza a riqueza ou o bem-estar conjunto da sociedade. Um papel ativo que faz deste mais que um mero árbitro ou mediador de conflitos entre particulares.” (p.221-22). Carlos Floriano Corrales, por sua vez, ensina: “... los individuos que potencialmente pueden intervenir en un conflicto jurídico – las partes, abogados, jueces, etc – son racionales y tratarán de hacer máxima su función de utilidad, bienestar o renta sujeto a un conjunto de restricciones.” CORRALES, *Derecho y economía: una aproximación al análisis económico del derecho*, p.175.

²²⁴ Entende-se por externalidade os efeitos da conduta de um agente econômico sobre outro, efeitos esses positivos ou negativos, mas não assumidos pelo seu responsável.

²²⁵ Carlos Floriano Corrales fala sobre os “custos judiciais”, assim entendidos como o resultado da soma entre os custos dos erros judiciais e os custos diretos. Sobre esses, ensina: “Por costes de error entendemos los que se producen cuando el sistema judicial crea incentivos ineficientes en la protección de los derechos. Por costes directos los que se originan como consecuencia de intentar dirimir judicialmente los conflictos entre derechos, esto es, tiempo y dinero – público y privado – de las partes, jueces, árbitros en el caso de los acuerdos extrajudiciales, abogados, personal de justicia, etc.” CORRALES, *Derecho y economía: una aproximación al análisis económico del derecho*, p.176.

A Análise Econômica do Direito possibilita ao julgador a percepção de conjunto, que deverá ser levada em consideração por ele antes de proferir sua decisão. Introduce, assim, no universo das cogitações a serem por ele feitas no momento da apreciação do direito aplicável ao caso concreto, a questão do custo-benefício de se aplicar determinada regra jurídica ou de se proceder a determinada interpretação.

a) As idéias de R. H. Coase

Coase, conforme já dito, foi um dos primeiros teóricos da Análise Econômica do Direito. Sugere esse autor, em seu artigo "*The problem of social cost*", que os Tribunais de *common law* inventaram regras que promoveram alocação eficiente de recursos, exibindo, de fato, maior visão econômica do que economistas profissionais²²⁶.

Salienta também o contexto de interdependência das sociedades atuais, acreditando que os problemas jurídicos não podem ser examinados fora dessa realidade. Dentro desse ponto de vista, o juiz deve atentar para todos os efeitos possíveis de suas decisões, "*valorando as distintas alternativas de regulação existentes*"²²⁷.

b) As idéias de R. Pound

Acredita Roscoe Pound que a AED representa uma forma de se atender a fatores metajurídicos (ou econômicos) no momento da decisão por

²²⁶ COASE, *The problem of social cost*, 1960 citado por POSNER, *Some uses and abuses of economics in law*, p.283.

²²⁷ in PACHECO, *El analisis economico del derecho*, p.221.

parte do juiz. Ela permitiria a esse, portanto, a análise do caso que lhe foi submetido sob um enfoque não mais exclusivamente jurídico, mas, principalmente, econômico.

Pound se propõe ainda a demonstrar que a situação econômica do juiz e a classe social a que pertence não influenciam em sua decisão, contrariamente ao que pregavam alguns teóricos.²²⁸

c) As idéias de R. Posner

O grande mestre da AED apresenta uma visão bastante interessante no que se refere à figura do juiz e sua atuação. Segundo Posner, na decisão dos casos, não se pode ater o julgador apenas ao que postulam as partes em litígio. Sua decisão deve levar em conta a possível contribuição no sentido de prevenir novos casos semelhantes, gerando, com isso, redução nos custos e uma atitude de prevenção²²⁹.

Acredita o professor que a questão definitiva que deve orientar a decisão em muitos processos é qual das opções poderia maximizar a eficiência²³⁰.

Em seu artigo denominado “*Some uses and abuses of economics in law*”, Posner adverte para o fato de que, em sua opinião, assim como as pessoas já eram “maximizadoras de riquezas” antes mesmo que essa atitude fosse constatada pelos economistas, os juízes já se valiam dos critérios da

²²⁸ in ESTRELLA FARIA, *Interpretação econômica do direito*, p.23-30.

²²⁹ ESTRELLA FARIA, *Interpretação econômica do direito*, p.38.

²³⁰ In POSNER, *Economic analysis of law*, p.399.

eficiência e da maximização de riquezas em seus julgados, mesmo quando a linguagem dos economistas ainda não havia sido incorporada pelo Direito, como faz a AED²³¹.

Acredita ele, ainda, não ser imprescindível que os juízes profiram suas sentenças baseando-se explicitamente em termos econômicos para que sua afirmação possa ser considerada válida²³². E mais adiante: “...judges have difficulty using economic reasoning explicitly...”²³³

Em sua opinião, mesmo não utilizando argumentos econômicos explicitamente em suas decisões, os juízes baseiam-se neles. Essa conclusão é coerente com o posicionamento adotado pelo autor em relação à Análise Econômica do Direito e faz parte de sua proposta de descrever a realidade jurídica.

d) As idéias de R. Dworkin

Um dos críticos de R. Posner e representante da corrente normativista da Análise Econômica do Direito, Ronald Dworkin, coerentemente às idéias dessa vertente, questiona a utilização unicamente do critério da eficiência, sem atentar à questão da equidade.

Em relação aos juízes, o autor afirma

“...não se poder exigir que (...) maximizem a riqueza social. Mas é evidente que lhes deve ser deixada a

²³¹ POSNER, *Some uses and abuses of economics in law*, p.292.

²³² “Even modern businessmen, educated at business schools in which heavy doses of economics are taught, tend not to use the jargon of economics in their business dealings.” POSNER, *Some uses and abuses of economics in law*, p.292.

²³³ POSNER, *Some uses and abuses of economics in law*, p.300.

*liberdade de considerá-la, talvez como um dos fundamentos da decisão, mas sem dar-lhe a preponderância atribuída por Posner e seus colegas.*²³⁴

e) As idéias de A. Mitchell Polinsky

Em seu livro denominado *“Introducción al análisis económico del derecho”*²³⁵, Mitchell Polinsky, da mesma forma que R. Dworkin, afirma repetidamente suas preocupações distributivistas, dedicando o segundo capítulo ao tema “Eficiência e Eqüidade”²³⁶.

No entanto, o autor não deixa de reconhecer a importância da aplicação de categorias retiradas da Ciência Econômica à realidade jurídica, desde que usados com moderação²³⁷.

5.2.3 As possíveis contribuições da análise econômica do direito à atuação do juiz em questões concorrenciais

Não há dúvidas de que a realidade jurídica brasileira em muito difere daquela que foi o berço da Análise Econômica do Direito. Também a atividade judicial apresenta-se bastante distinta nos dois países.

²³⁴ Citado por ESTRELLA FARIA, *Interpretação econômica do direito*, p.50.

²³⁵ POLINSKY, *Introducción al análisis económico del derecho*, 1983.

²³⁶ Polinsky utiliza-se de uma metáfora com o objetivo de explicar o que se deve entender por estes termos: *“En otras palabras, la eficiencia se relaciona con ‘el tamaño del pastel’, mientras que la equidad dependerá de cómo se reparta”*. POLINSKY, *Introducción al análisis económico del derecho*, p.19.

²³⁷ *“Quem usa a AED deveria ter em conta todos os custos e benefícios significativos, incluídos os que são difíceis de valorar. Deveria procurar também formular cuidadosamente suas hipóteses e seus métodos de modo explícito para que os demais possam apreciar se a conclusão se deve a crenças prévias ou a uma análise rigorosa. Em que pese estes problemas potenciais, a análise econômica tem demonstrado ser muito útil na planificação da política estatal em diversas áreas. Não há nenhuma razão básica porque não possa ser igualmente útil na análise do sistema jurídico”*. POLINSKY, *Introducción al análisis económico del derecho*, p.141

No Brasil, assim como nos demais países de *Civil law*, prevalece a doutrina elaborada por Hans Kelsen. Sua teoria reduz o Direito à lei, relegando a segundo plano a questão da interpretação e decisão judiciais. Não se questionam os problemas das conseqüências do Direito, nem mesmo de seus fins. Abandonam-se preocupações de caráter psicológico, sociológico ou econômico. O Direito basta-se a si mesmo. Esse posicionamento, quando adotado irrestritamente, pode trazer conseqüências lastimáveis à sociedade²³⁸.

Para Kelsen, a norma jurídica representa a única forma de manifestação do Direito e à jurisprudência cabe tão-somente o papel de encontrar aquela aplicável ao caso em análise e fazê-la valer, mediante um processo meramente dedutivo. Essa concepção é duramente criticada por Michel Villey: *“Jamais se levou tão longe a indiferença aos fins do direito. O kelsenismo mutila o direito por separação de sua causa final”*²³⁹.

Diante dessa perspectiva, a postura do juiz resume-se em aplicar o Direito vigente, sem qualquer indagação acerca das implicações das normas jurídicas na realidade social e na econômica, valendo-se, para isso, da autorização (ou legitimidade) que lhe é conferida por uma norma jurídica, a Constituição, e obediente ao que estabelecem outras normas jurídicas, como o

²³⁸ Nesse sentido, Dalmo Dallari alerta para a atitude de certos juízes que, quando questionados sobre a possibilidade de suas decisões agravarem conflitos sociais, “alegam que essa é uma questão para a sociologia, não para o direito”. DALLARI, *O poder dos juízes*, p.51.

²³⁹ in VILLEY, *Filosofia do direito - definições e fins do direito*, p.155.

Código Civil, o Código de Processo Civil e outros²⁴⁰.

Especificamente no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, a interpretação judicial encontra-se limitada pelo princípio da legalidade (art.5º, inc.II, Constituição Federal de 1988) e pela necessidade de segurança jurídica. Em outro sentido, a Lei de Introdução ao Código Civil é clara ao estabelecer que *“na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”*²⁴¹.

O grande legado que a AED oferece à atividade judicial, independentemente de se adotar a corrente normativista ou positivista, é chamar a atenção para a interinfluência das questões sociais, alertando os juízes para o fato de que suas decisões influenciam não somente a realidade das partes do litígio e terceiros que com eles estejam envolvidos, como também outros indivíduos que, aparentemente, nenhum interesse possuam na causa.

Apesar do fato de que, em conformidade com o sistema jurídico brasileiro, a aplicação da AED deva estar limitada ao que estabelece o texto da lei, nem por isso ela deixa de representar um importante método de interpretação a ser utilizado pelos juízes no momento da solução do caso,

²⁴⁰ Analisando-se a conveniência desse modelo, um questionamento feito por Angel Latorre em seu livro “Introdução ao Direito”, parece particularmente oportuno: *“O direito deve prescindir desses elementos metajurídicos tão redondamente condenados por Kelsen? (...) Se o Direito é um fenômeno social e os fenômenos sociais formam entre si uma unidade, justifica-se e é recomendável levar ao máximo esse alheamento?”* Mais adiante, é o próprio Latorre quem conclui: *“Como dizia Hegel, ‘a verdade é o todo’, e embora seja necessário, por razões de análise e de especialização, separar entre si os diferentes fenômenos sociais, essas distinções não devem fazer-nos esquecer a conexão necessária que todos têm entre si”*. LATORRE, *Introdução ao direito*, p.162-64.

²⁴¹ (Art.5º, Decreto-Lei 4.657/42).

especialmente quando se está diante de questões concorrenciais.

A AED oferece a perspectiva de que o juiz, ao proferir sua decisão, pode atuar como um maximizador da riqueza social. A ele cabe a importante tarefa de minimizar os custos do Direito, minimizar os efeitos externos causados pela aplicação da lei. Em um contexto de constantes crises econômicas e sociais e graves desigualdades econômicas como o brasileiro, a proposta de questionamento entre os custos e benefícios do Direito parece, sem dúvida, bastante atraente²⁴².

Se a aplicação dos critérios e parâmetros da AED a certos ramos do Direito pode parecer inaceitável para alguns autores, a recusa em observá-los em questões concorrenciais pode constituir-se em uma grande lástima. A eficiência econômica (pura e simplesmente, ou acrescida de preocupações com equidade) pode constituir-se em um importante critério norteador das decisões em questões concorrenciais. Diante da constante busca de parâmetros que auxiliem na realização da justiça econômica nos casos concretos, a eficiência surge como uma boa opção a se considerar.

Uma outra grande contribuição oferecida pela Análise Econômica do Direito encontra-se no fato de salientar o problema dos efeitos sociais e econômicos que podem ser gerados pelas decisões proferidas pelo Poder Judiciário. O papel do juiz se amplia, assumindo ele, sob o novo enfoque,

²⁴² Nesse sentido, Estrella Faria, de forma excessivamente pessimista, conclui: *“Numa sociedade premida pela insegurança econômica - como está acontecendo com a brasileira, em razão dos desacertos sucessivos de políticas governamentais inadequadas - a linguagem dos direitos do cidadão cede terreno, infelizmente, à argumentação fundamentada em custos e preços e se abre caminho para aplicação das teorias de um Posner ou de um Calabresi”*. ESTRELLA FARIA, *Interpretação econômica do direito*, p.95.

importante função no complexo jogo de arrecadação e distribuição de recursos em uma sociedade.

De fato, quando o assunto sob análise é o funcionamento da economia de mercado e a preservação da liberdade de concorrência, torna-se de profunda importância o desapego por parte do juiz a formalismos, para, dessa forma, elaborar uma decisão que, dentro dos limites impostos pelo princípio da legalidade, conduza ao desenvolvimento econômico-social.

5.3 A atuação do poder judiciário em questões concorrenciais – notas finais

A respeito do tema, o artigo dos professores Jacquemin e Schrans intitulado “*Elementos estruturais de uma magistratura econômica*” torna-se leitura obrigatória²⁴³. A proposta desse trabalho é, segundo seus autores, proceder a uma análise crítica das formas atuais de magistratura econômica e elaborar formas novas, melhor adaptadas às necessidades existentes²⁴⁴. Após apresentar as espécies de agentes econômicos e as relações possíveis de serem travadas entre eles, os tipos de conflitos passíveis de surgirem na atividade econômica e as funções de uma magistratura econômica em relação a eles, os diversos tipos de esquemas institucionais existentes de magistratura econômica e de promover uma tentativa de combinação entre os vários tópicos, os professores concluem: não existe uma forma ótima, ideal de

²⁴³ JACQUEMIN, SCHRANS, *Éléments structurels d'une magistrature économique*, p.421-434.

²⁴⁴ JACQUEMIN, SCHRANS, *Éléments structurels d'une magistrature économique*, p.422.

magistratura econômica²⁴⁵.

Segundo os dois professores, não seria surpreendente afirmar que qualquer juiz é chamado, em certas circunstâncias, a se comportar como um magistrado econômico. Mas isso não significa que todo juiz deva ser especializado em Direito Econômico. Trata-se, acima de tudo, de: a) o juiz tomar consciência das implicações econômicas do caso que lhe é submetido; b) de o juiz procurar se informar quanto a essas implicações e; c) de as ter em conta quando da tomada de decisão²⁴⁶.

Essas idéias parecem absolutamente oportunas. A consciência do magistrado quanto ao significado econômico de sua decisão é fundamental. A análise acurada dos fatos econômicos envolvidos também se torna indispensável. O exame da questão concorrencial apenas sob a ótica do Direito é insatisfatória e pode ocasionar sérios danos à economia nacional e ao mercado.

Além disso, o texto da lei 8.884/94 apresenta uma série de elementos econômicos a serem considerados pelo seu intérprete e aplicador. A análise do artigo 20, por exemplo, no qual se encontra a disciplina das infrações passíveis de serem cometidas contra a ordem econômica, permite verificar conceitos tipicamente econômicos que demandarão observância por parte do magistrado: *livre concorrência, livre iniciativa, domínio de mercado*

²⁴⁵ JACQUEMIN, SCHRANS, *Éléments structurels d'une magistrature économique*, p.433. "De notre analyse, il ressort qu'il n'existe pas une formule optimale de magistrature économique. Selon les rapports en cause, les niveaux d'intervention, les contrôles souhaités, la composition des organes appelés à concilier ou à juger, des types distincts de magistrature seront à envisager".

²⁴⁶ JACQUEMIN, SCHRANS, *Éléments structurels d'une magistrature économique*, p.434.

relevante, aumento arbitrário dos lucros e exercício abusivo de posição dominante.

Igualmente, o artigo 54 da citada lei apresenta alguns exemplos de conceitos econômicos a serem apreciados: *prejuízo à livre concorrência, domínio de mercado relevante, aumento de produtividade, melhoria de qualidade de bens e serviços, eficiência e desenvolvimento tecnológico*, entre outros.

A presença de tais conceitos econômicos no texto legal, por si só, já demanda uma atitude diferenciada por parte do juiz. Esses conceitos não permitem uma interpretação apenas jurídica, mesmo porque a Ciência Jurídica pouco auxiliaria na tarefa²⁴⁷. Exige-se, portanto, do juiz, um estudo do significado econômico desses conceitos e uma verificação cautelosa de sua realização no caso concreto. Requer-se, então, o recurso do magistrado à teoria econômica e à contribuição que ela pode oferecer para o caso que lhe é submetido para exame²⁴⁸.

²⁴⁷ Afirma Bulgarelli: “No que se refere à interpretação, vê-se que há inumeráveis termos econômicos – com suas variantes de marketing e de informática – que precisam ser compreendidos e avaliados juridicamente, nem todos suficientemente conceituados pela legislação.” BULGARELLI, *Concentração de empresas e direito antitruste*, p.126.

²⁴⁸ O livro dos autores norte-americanos Robert S. Pindyck e Daniel L. Rubinfeld denominado “Microeconomia” permite a compreensão de alguns dos mencionados conceitos econômicos. PINDYCK, RUBINFELD, *Microeconomia*, 1999.

6 CONCLUSÃO

As questões concorrenciais têm adquirido, a cada dia, maior importância e repercussão no cotidiano do país. A imprensa (escrita ou falada) tem dedicado espaços aos casos de concentração de empresas, já se discute com maior frequência em conversas informais sobre o comportamento das empresas em seus mercados. Lentamente, as cogitações acerca das condutas empresariais vão-se integrando às preocupações dos indivíduos e ocasionando, como consequência, uma gradual divulgação da lei.

Além disso, a própria atuação firme e séria dos entes responsáveis pela defesa da concorrência no Brasil, especialmente a atuação do CADE, desde a entrada em vigor da lei 8.884/94, tem sido responsável pela consolidação da proteção da livre-concorrência no país, contribuindo para a formação de uma verdadeira cultura na área.

Vive-se, portanto, um momento de construção e sedimentação de um valor, declarado constitucionalmente um dos princípios informadores da atividade econômica. Esse contexto requer dos entes que compõem a estrutura institucional brasileira de defesa da concorrência uma atuação eficiente e eficaz e que seja assim reconhecida.

Dessa forma, exige-se da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica,

responsáveis pela proteção da concorrência na esfera administrativa, uma postura que promova a consolidação da cultura da concorrência. O mesmo se espera do Poder Judiciário.

Especificamente em relação à atuação do Poder Judiciário é que a questão torna-se ainda mais delicada. Isso porque de nada adiantaria um trabalho consistente e minucioso por parte dos entes administrativos de defesa da concorrência se as decisões proferidas pelo CADE não forem adequadamente revistas pelo Poder Judiciário.

A atuação judicial em Direito da Concorrência requer, nessa ótica, uma postura atenta por parte dos magistrados, aliada à preocupação de contribuir para o aprimoramento da matéria.

Se se acredita na possibilidade de controle *pleno* das decisões do CADE pelo Poder Judiciário, nem por isso esse controle poderá deixar de ser *adequado*. Controle adequado seria, dessa forma, aquele em que o juiz estivesse atento às peculiaridades da questão concorrencial, em que procurasse atentar para as implicações econômicas de sua decisão, buscasse se informar sobre elas e as levasse em consideração para verificar quais seriam os possíveis reflexos de sua decisão no mercado.

Controle inadequado e, portanto, inconcebível, seria aquele em que o magistrado substituísse os diversos estudos, pareceres, dados econômicos constantes da decisão administrativa por uma decisão judicial sem uma fundamentação consistente, sem um exame minucioso das circunstâncias econômicas envolvidas ou presa a argumentos formais.

É exatamente esta a principal contribuição que se pretende deixar com esta dissertação. A consolidação da defesa da concorrência no Brasil passa, inevitavelmente, pela atuação do Poder Judiciário, o que requer, por parte desse, uma correta compreensão do significado de sua participação. Se a aplicação das normas de Direito Econômico (especialmente as de Direito Concorrencial) deve, acredita-se, contribuir para a promoção do desenvolvimento econômico nacional, sua interpretação adequada pelo Poder Judiciário pode significar, em última análise, até mesmo um importante impulso para a consecução desse fim.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 ACKERMAN, Bruce. *Del realismo al constructivismo jurídico*. Barcelona, Editorial Ariel, 1988.
- 2 ALAS, Leopoldo Tolivar. *Derecho administrativo y poder judicial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.
- 3 ALPA, Guido. *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*. Trad. João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1997.
- 4 ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- 5 AZEMA, Jacques. La dépenalisation du droit de la concurrence. *Rev. Science crim* (4), Paris, p.651-657, oct-déc. 1989.
- 6 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- 7 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. 1.ed. 4. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- 8 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Funções essenciais à Justiça: a Jurisdição e a cidadania na Constituição Federal de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.138, ano 35, p.127-138, abr./jun. 1998.
- 9 BOGO, Jorge. El caso AMFIN (Ambito Financiero) vs. ARGEA (Clarín) - Discrepancias en la instancia administrativa y en la judicial. *Boletín Latinoamericano de competencia*, n.7, p.3-5, jul. 1999.
- 10 BOTTALLO, Eduardo Domingos. Abuso do Poder Econômico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.55/56, p.303-307, jul./dez. 1980.
- 11 BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1996.
- 12 CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- 13 CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

- 14 CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v.1.
- 15 CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, s.d. v.I.
- 16 CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. O perfil do CADE na legislação antitruste. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.24, p.79-93, jul./dez. 1996.
- 17 CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.
- 18 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, s.d. v.I.
- 19 CASTILHO NETO, Arthur Pereira de. A Repressão ao abuso econômico. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.14, ano VI, p.3-6, ago. 1980.
- 20 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do Poder Discricionário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.101, p.1-23, jul./set. 1970.
- 21 CHENOT, Bernard. Droit public économique. In: *Dictionnaire des Sciences Économiques*. Dir. Jean Romeuf. Paris: P.U.F, 1958.
- 22 CHENOT, Bernard. *Organisation économique de l'état*. Paris: Librairie Dalloz, 1965.
- 23 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Pado Capitano. Campinas: Bookseller, 1998. v.2.
- 24 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- 25 COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The journal of Law & Economics*, v.III, p.1-44, oct. 1960.
- 26 COELHO, Inocêncio Mártins. *A defesa da livre concorrência na constituição de 1988*. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, n.184, ano 47, p.5-18, jul./dez.1994.
- 27 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- 28 COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and economics*. 2.nd. Reading, Massachusetts: Addison-Wesley, 1996.

- 29 CORRALES, Carlos Floriano. *Derecho y economía: una aproximación al análisis económico del derecho*. Cáceres: Universidad de Extremadura, 1998.
- 30 COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.29, p.83-104, jun. 1988.
- 31 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977.
- 32 CRETELLA JÚNIOR, J. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- 33 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Do direito antitruste*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1990. (Dissertação, Mestrado em Direito).
- 34 DALLARI, Dalmo. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- 35 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1988.
- 36 DUTRA, Pedro. *A concentração do poder econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- 37 DUTRA, Pedro. A Livre Concorrência e sua Defesa. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.22, p.81-88, jan./mar. 1996.
- 38 DUTRA, Pedro. O Acesso à Justiça e ampla defesa no Direito da Concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, n.5, v.3, p.25-37, maio 1996.
- 39 ESTRELLA FARIA, Guiomar T. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994.
- 40 FAGUNDES, Jorge. Estado e Defesa da Concorrência. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, p.95-98, jan./mar. 1996.
- 41 FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- 42 FARIAS, Edilsom. *Técnicas de controle da discricionariedade administrativa*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, 47 (183):159-170, jan./jun. 1994.
- 43 FARINA, Laércio. Do Processo Administrativo da Natureza do Ato. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v.3, n.6, p.104-09, jun. 1996.
- 44 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980.

- 45 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre Atos de Concentração. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v.4, n.6, p.87-89, s.d.
- 46 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional*. Arq. Minist. Just. Brasília, 45 (180):175-185, jul./dez. 1992.
- 47 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v.1.
- 48 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.
- 49 FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v.I.
- 50 FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971. v.2.
- 51 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- 52 FONSECA, José Júlio Lopes. *Direito antitruste e regime das concentrações empresariais*. São Paulo: Editora Atlas, 1997.
- 53 FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- 54 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e PEREIRA, Edgard Antônio. As Eficiências Econômicas sob o prisma Jurídico. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.23, p.25-37, abr./jun. 1996.
- 55 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao Direito da Concorrência. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.21, p.75-120, out./dez. 1995.
- 56 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Editora Singular, 1998.
- 57 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- 58 FRANCISCO DE MAGALHÃES, Carlos. Uma Contribuição ao aperfeiçoamento da sistemática de repressão aos abusos do Poder Econômico no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.4, ano II, p.28-45, ago. 1976.
- 59 FRANCISCO DE SOUSA, António. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

- 60 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Introdução ao direito processual administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971.
- 61 FREIRE, Marusa Vasconcelos. A atuação do MPF junto ao CADE. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.24, p.51-58, jul./dez. 1996.
- 62 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- 63 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- 64 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administracion*. 4.ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998.
- 65 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*. Madrid: Ediciones Civitas, 1974.
- 66 GRAU, Eros Roberto. Discricionariedade técnica e parecer técnico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.93, p.114-21, jan./mar. 1990.
- 67 GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.93, p.41-61, jan./mar. 1990.
- 68 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- 69 GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Formas de Abuso de Poder Econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano XXVI (nova série), n.66, p.41-52, abr./jun. 1987.
- 70 JACQUEMIN, Alex, SCHRANS, Guy. Éléments structurels d'une magistrature économique. *Revue Trimestrelle de Droit Commercial*, Paris, n.3, p.421-434, juillet-septembre 1977.
- 71 JACQUEMIN, Alex, SCHRANS, Guy. *Le droit économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1974.
- 72 JOBIM, Nelson Azevedo. *Prefácio à Lei de Defesa da concorrência: Lei n. 8884, de 10-06-94*. Org. e Sup. Aurélio Wander Bastos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Direito Econômico, 1996.
- 73 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- 74 LANDE, Robert H. Ascensão e Queda (próxima) da eficiência como Reguladora do Antitruste. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, p.39-65, abr./jun. 1996.

- 75 LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Coimbra: Livraria Almedina, 1978.
- 76 LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e mercado mundial*. 2.ed. São Paulo: LED - Editora de Direito, 1996.
- 77 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. Primeiros estudos. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- 78 LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.14, p.53-82, out./dez. 1948.
- 79 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Cláusulas abusivas nos contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- 80 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito econômico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- 81 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito econômico*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- 82 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de proteção da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- 83 LOPES DE SOUZA, Ney. As Limitações Constitucionais do Direito Econômico. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.12, ano 5, p.2-16, abr. 1979.
- 84 LÓPEZ, Juan Torres. *Análisis económico del derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, 1978.
- 85 MAGALHÃES, Agamemnon. Abusos do poder econômico. *Revista Forense*, n.124, p.285-89, ago. 1949.
- 86 MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito Econômico na Constituição. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.27, p.73-82, jan./jul. 1998.
- 87 MAYER, Luiz Rafael. Ainda a Natureza Jurídica do CADE. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.2, ano 1, p.7-17, dez. 1975.
- 88 MAYER, Luiz Rafael. Natureza jurídica do CADE. apud FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- 89 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- 90 MEIRELLES, Hely Lopes. Natureza jurídica do CADE na Administração Federal. apud FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

- 91 MENDES DE ALMEIDA, Fernando Henrique. Vinculação e descrição na teoria dos atos administrativos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.367, p.17-25, maio 1966.
- 92 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947.
- 93 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 – com a emenda n. 1, de 1969*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Tomo I.
- 94 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *De l'esprit des lois: defense de l'esprit des lois*. Paris: Ernest Flammarion, 1926.
- 95 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- 96 MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
- 97 MUKAI, Toshio. *Participação do Estado na atividade econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- 98 NEVES, Celso. Disciplina da lei antitruste no sistema jurídico brasileiro. apud FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- 99 NOGUEIRA, Solange P. Defesa da Concorrência em Debate. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.22, p.99-115, jan./mar. 1996.
- 100 NUNES, Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- 101 NUSDEO, Fábio. *Curso de economia. Introdução ao direito econômico*. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- 102 PACHECO, Pedro Mercado. *El analisis economico del derecho. Una reconstruccion teorica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- 103 PAUPÉRIO, Celso Machado. Abusos de Poder Econômico. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.7, ano III, p.15-24, ago. 1977.
- 104 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *O direito à defesa na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- 105 PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- 106 PINDYCK, Robert S., RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 4.ed. São Paulo: Makron Books, 1999.

- 107 PINTO, Bilac. *Estudos de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.
- 108 POLINSKY, A Mitchel. *Introducción al análisis económico del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1983.
- 109 POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. Fourth Edition. Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1992.
- 110 POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1998.
- 111 POSNER, Richard A. Some uses and abuses of economics in law. *University of Chicago Review*, Chicago, v.46, number 2, p.281-315, winter 1979.
- 112 POSNER, Richard A. The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987. *Harvard Law Review*, v.100, p.761-780, 1987.
- 113 POSNER, Richard A. What do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does). *Supreme Court Economic Review*. George Mason University Press, Fairfax, Virginia, v.3, p.1-41, 1993.
- 114 QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. O limite do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, v.97, p.1-8, jul./set. 1969.
- 115 RODÓ, L. Lopes. Poder discricionário da Administração - Evolução doutrinária e jurisprudencial. *Revista de Direito Administrativo*, n.35, p.40-47, jan./mar. 1954.
- 116 ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad.: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- 117 SALGADO, Lúcia Helena. Análise da experiência antitruste brasileira. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.25, p.9-28, jan./jul. 1997.
- 118 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial - as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- 119 SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. Considerações a respeito do processo administrativo. *Revista do IBRAC*, São Paulo, n.6, v.3, p.94-100, jun. 1996.
- 120 SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- 121 SCHATZ, Luís Fernando. Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.22, p.89-94, jan./mar. 1996.

- 122 SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, s.d.
- 123 SCHUARTZ, Luís Fernando. *Fundamentos do direito de defesa da concorrência moderno*. <<http://www.ie.ufrj.br/grc/artigos.htm>>
- 124 SESIN, Domingo Juan. *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994.
- 125 SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico*. Direito e experiência antitruste no Brasil e nos Estados Unidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- 126 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- 127 SILVA, Roberto Luiz. *Direito econômico internacional e direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- 128 SOUTINHO, Admar Arpon. A Origem e o Funcionamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.8, ano III, p.8-11, dez. 1977.
- 129 STUBER, Walter Douglas, NOBRE, Lionel Pimentel. A atuação do CADE no Brasil. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.26, p.9-20, ago./dez. 1997.
- 130 TÁCITO, Caio. Poder Vinculado e Poder Discricionário. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, n.19, p.1-7, 1968.
- 131 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.III.
- 132 VAZ, Isabel. As três vertentes do Direito da Concorrência. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.27, p.35-47, jan./jul. 1998.
- 133 VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- 134 VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico. O direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.
- 135 VILLAR Y ROMERO, José Maria. 2.ed. *Derecho procesal administrativo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948.
- 136 VILLEY, Michel. *Filosofia do direito - definições e fins do direito*. São Paulo: Editora Atlas, 1977.

- 137 XAVIER, Alberto P. Subsídios para uma lei de defesa da concorrência. *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, n.138 e 139, 1970.
- 138 XAVIER, Alberto. *Do procedimento administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

