

CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS PROFERIDAS EM QUESTÕES CONCORRÊNCIAS

Ms Simone Letícia de Sousa Caixeta¹

Eduardo Velloso Leão²

RESUMO: O recente processo de abertura econômica vem fomentando a competitividade nos setores produtivos da economia brasileira, bem como a economia monopolista foi transformada em um mercado aberto a oportunidades de concorrência. Por sua vez, acreditar no mercado livre, em sua forma plena, é uma utopia. Assim, para evitar abusos, deve o Estado intervir no mercado econômico de forma a tentar impedir prejuízos porventura causados aos consumidores e à concorrência, pelos conglomerados de empresas. No Brasil, o conjunto de normas jurídicas que versa sobre a atuação do Estado e seu papel regulador na atividade econômica está regulamentado pela Lei nº. 8.884/1994. Na sistemática dessas normas jurídicas, todos os atos jurídicos capazes de limitar ou prejudicar a livre concorrência ou gerar domínio de mercado estão sujeitos à disciplina e aprovação do CADE. As decisões proferidas por essa autarquia, quando impõem multa ou obrigação de fazer ou não fazer, podem ser exigidas pelo CADE em Juízo, todavia, em razão do princípio do duplo grau de jurisdição, expresso na Constituição Federal, essas decisões podem ser revistas pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, havendo o pleno controle judicial das decisões de um órgão eminentemente técnico, o que se espera é que este controle esteja atento às peculiaridades da questão concorrencial e que procure considerar as implicações econômicas da decisão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Concorrência. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Poder Judiciário.

ABSTRACT: The recent process of economic opening comes fomenting the competitiveness in the productive sectors of the Brazilian economy, as well as the monopolista economy it was transformed into an open market the competition chances. In turn, to believe the free market, in its full form, it is an utopia. Thus, to prevent abuses the State must intervene in the economic market of form to try to hinder caused damages porventura to the consumers and the competition, for the conglomerates of companies. In Brazil, the set of rules of law that

¹ Mestre em Direito das Relações Econômico-Empresariais pela Universidade de Franca – Inifram. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa Jurídica e Atividades Complementares da Faculdade de Direito de Patos de Minas. Orientadora.

² Aluno do 5º ano Direito.

turns on the performance of the State and its regulating paper in the economic activity, this regulated by the Law nº. 8.884/1994. In the systematics of these rules of law, all the legal acts capable to limit or to harm the free competition or to generate market domain, they are citizens to disciplines and approval of the CADE. The decisions pronounced for this autarchy, when they impose fine or obligation to make or not to make, they can be demanded by the CADE in Judgment, however, in reason of the beginning of the double degree of jurisdiction, Express in the Federal Constitution, these decisions can be reviewed by the Judiciary Power. In this direction, having the full judicial control of the decisions of an agency eminently technician, what one expects is that this control is intent to the peculiarities of the concorrência question and that it looks for to consider the economic implications of the decision.

Word-KEY: Right of the Competition. Board of directors of Economic Defense. To be able Judiciary.

1 INTRODUÇÃO

O mercado livre, em sua forma plena, é uma utopia. Historicamente já se demonstrou que o Estado, diante das mudanças sociais e econômicas, precisava intervir para corrigir imperfeições decorrentes da deturpação do sistema capitalista. Alguns fatores, praticados por muitos de forma lícita, mas por outros de forma abusiva e ilícita, acabaram por proporcionar a limitação da concorrência e a conseqüente reação do poder público, na tutela dos interesses difusos.

Por sua vez, o recente processo de abertura econômica permitiu o fomento da competitividade nos setores produtivos da economia brasileira, bem como a economia monopolista foi transformada em um mercado aberto a oportunidades de concorrência. Neste momento, as questões concorrenciais têm adquirido, a cada dia, maior importância e repercussão no cotidiano das pessoas, das empresas e da sociedade, tendo em vista que nossa cultura econômica está passando por um momento de construção e de sedimentação de um valor, declarado constitucionalmente um dos princípios informadores da atividade econômica. Esse contexto exige dos entes que compõem a estrutura institucional brasileira de defesa da concorrência uma atuação eficiente e eficaz e que seja assim reconhecida.

O Estado, enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, deve exercer a atividade fiscalizadora do mercado de consumo, incentivando e planejando as funções que nele devem ser verificadas, sem olvidar os interesses dos destinatários finais de produtos e serviços. Ao Estado, portanto, compete intervir no mercado, em contrariedade

aos prejuízos porventura causados aos consumidores e à concorrência, pelos conglomerados de empresas. Nesse sentido, o conjunto de normas jurídicas que versa sobre a atuação do Estado e seu papel regulador na atividade econômica, em observância às normas protetivas dos direitos do consumidor e da liberdade de concorrência, é conhecido como direito antitruste e está regulamentado, especialmente, pela Lei nº. 8.884/1994.

Na sistemática dessas normas jurídicas, para se chegar a um veredicto em questões de concorrência e de concentração de empresas, são percorridos três fóruns: o primeiro da SEAE³, que dá o parecer sobre os efeitos econômicos do “ato” no mercado; em seguida, compete ao SDE⁴ investigar quaisquer irregularidades no setor econômico e administrativo pertinentes; por fim, cabe ao CADE⁵ a decisão final, sendo esta irrecorrível no âmbito administrativo. Dessa forma, todos os atos jurídicos capazes de limitar ou de prejudicar a livre concorrência ou de gerar domínio de mercado estão sujeitos à disciplina e à aprovação do CADE. Trata-se do exercício de função preventiva de proteção de estruturas de mercado atribuídas a essa autarquia.

As decisões proferidas por essa autarquia, quando impõem multa ou obrigação de fazer ou não fazer, são títulos executivos extrajudiciais que podem ser exigidos em Juízo pelo CADE. Por seu turno, essas decisões, em razão do princípio do duplo grau de jurisdição expresso na Constituição Federal, podem ser revistas pelo Poder Judiciário, por iniciativa da parte inconformada. Nesse contexto, deverá o juiz estar atento às implicações econômicas de sua decisão, porque o exame da questão concorrencial não pode ficar adstrito apenas à ótica do Direito.

2 REVISÃO TEÓRICA

2.1 DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

O poder do Estado, para realizar seu objetivo, o bem público, é exercido sob três modalidades: a função legislativa, a executiva e a judiciária. As leis, decretos, sentenças, regulamentos, atos de várias espécies são formas que o Estado emprega para colimar sua finalidade. O conjunto dessas normas e preceitos é que se denomina, em sentido amplo, o Direito, que dispõe também sobre a organização do próprio Estado. Ou seja, as normas que dão forma e vida a essa organização política e social capaz de realizar o bem público

³ Secretaria de Acompanhamento Econômico.

⁴ Secretaria de Direito Econômico.

⁵ Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

constituem o Direito e esse é realizado e assegurado pelo Poder. Tão intimamente está o Direito ligado ao Estado que se pode dizer que lhe é intrínseco, pois o Poder deriva do Direito e por ele se torna legítimo e necessário.

Mas o fato de o Estado passar a se submeter à lei não é suficiente; é necessário dar-lhe outra dimensão, outro aspecto. Assim, no final do século XVIII e início do século XIX, vem à tona um novo conceito de Estado, fruto dos movimentos burgueses revolucionários que se opunham ao absolutismo, ao “Estado de Polícia”. Tal conceito pode ser definido como Estado de Direito. Mais do que um conceito jurídico é um conceito político. Nesse sentido, o Estado passa a ter suas tarefas limitadas basicamente à manutenção da ordem, à proteção da liberdade e da propriedade individual. Segundo Celso Ribeiro Bastos, “é a idéia de um Estado mínimo que de forma alguma interviesse na vida dos indivíduos, a não ser para o cumprimento de suas funções básicas; fora isso deveriam vigor as regras do mercado, assim como a livre contratação”. (BASTOS, 2001, p. 164).

Tal conceito de Estado, como não poderia deixar de ser, recebeu inúmeras críticas, na medida em que permitiu quase um absolutismo do contrato, da propriedade privada, da livre empresa. Assim, desencadeiam-se, então, no início do século XX, inúmeros movimentos políticos com a finalidade de transformar aquele Estado formalista num Estado Democrático, no qual, além da mera submissão à lei, deveria haver submissão à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos.

No dizer de Otto Mayer, “diferentemente do Estado de Direito, que é o direito administrativo bem ordenado, no Estado Democrático importa saber a que normas o Estado e o próprio cidadão estão submetidos”. (in BASTOS, 2001, p.166). Nesses termos, no entendimento de Estado Democrático, deve ser levado em conta o perseguir certos fins, guiando-se por certos valores, o que não ocorre de forma tão explícita no Estado de Direito, que se resume a submeter-se às leis, sejam elas quais forem.

Nesse sentido, sustenta Luiz Carlos Rocha:

No Brasil, a Constituição do Estado Novo de 1934 foi a primeira a consagrar preceito, garantindo a iniciativa privada, como postulado impostergável do regime democrático. Mas, para assegurar a ordem, a soberania nacional e a realização de uma justiça social, dispôs sobre a intervenção do Poder Público, em determinadas áreas econômicas, sob o título da Ordem Econômica e Social. Essa orientação foi seguida pelas Constituições Federais que depois foram promulgadas, garantindo a liberdade da iniciativa privada, para organizar e explorar as atividades econômicas, mas subordinando-as a regras e preceitos constitucionais, estabelecidos para desenvolver e fortalecer a Ordem Econômica Pública. (in, Revista de Direito Constitucional Nº 2 – Jan- Fev- Mar/2003)

A atual Constituição traz como fundamentos do Estado brasileiro a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a crença nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Tais fundamentos devem ser entendidos como o embasamento do Estado; seus valores primordiais, imediatos, que em momento algum podem ser colocados de lado. A ordem econômica brasileira pertence ao sistema a fundado na propriedade privada dos meios de produção, na iniciativa privada e na livre concorrência e tal ordem tem seus princípios informadores arrolados no art. 170 da Constituição federal. É o regime da livre empresa, no qual a cada um é dado lançar-se na atividade empresarial por sua conta e risco, pois as leis que presidem esta atividade são as leis de mercado.

Nesse sentido, a Constituição Federal em vigor, de 1988, dedica todo o Título VII à Ordem Econômica e Financeira e dispõe, no art. 170, que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. E, no parágrafo único desse artigo, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Por sua vez, é certo que a livre iniciativa cede à intervenção do Estado em alguns pontos. Segundo observa Simone L. S. Caixeta, a “ação do Estado na esfera econômica é legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social” (CAIXETA, 2004, p. 38). E, a partir do momento que o Estado passou a intervir na economia, o papel do direito passou a ser significativo, tendo-se iniciado estudos englobando ambas as disciplinas, de que o próprio direito econômico é corolário.

André Ramos Tavares observa com muito acerto:

O Estado, portanto, é co-responsável no que se refere à economia nacional. Sua “interferência” nesse segmento é considerada, pois, essencial e natural. A progressiva implementação de políticas públicas, especialmente aquelas de cunho social, também contribuiu para essa concepção de Estado. Contudo, a relação Estado e economia é das mais complexas, tendo em vista as implicações com temas como a liberdade individual e, mais genericamente, com o modelo de constituição adotado. (TAVARES, 2003. p.48).

Em suma, a Ordem Econômica constitucional no Brasil é regida pelos princípios da livre concorrência, da função social da propriedade e da defesa do consumidor.

Acrescentam-se a estes o da livre iniciativa e o da repressão ao abuso do poder econômico, ambos princípios acrescidos pela Lei Antitruste.

2.2 DA ATIVIDADE LIVRE À INTERVENÇÃO ESTATAL

O Estado, como interventor da economia, não deve buscar a eliminação da iniciativa empresarial, mas estabelecer parâmetros de atuação, a fim de que os direitos sociais não venham a ser desrespeitados, resguardando-se assim a liberdade de iniciativa proveitosa ou não prejudicial aos interesses difusos e coletivos.

Neste diapasão, anota Gesner Oliveira:

O Estado deve atuar como ente regulador, porém facilitador da livre iniciativa. Não deve mais atuar como participante direto, até mesmo porque não é a atividade econômica inerente à sua natureza. Deve, isso sim, regulamentá-la, para o estabelecimento de uma ordem econômica compatível com os interesses gerais da sociedade. (OLIVEIRA, 2004. p.314).

Ou seja, as limitações impostas ao exercício da concorrência não podem impedir o desenvolvimento da dinâmica mercantil e de sua flexibilização, mas devem ser dispostas de tal sorte que os interesses difusos e coletivos da sociedade possam ser garantidos e exercidos. A empresa possui não apenas uma finalidade econômica, como também social, porque é através de sua atividade que os demais membros da sociedade podem satisfazer as suas necessidades patrimoniais e morais. Assim, a empresa deve assumir seu papel social de participar da competição natural, porém regulada e atuando em conformidade com os princípios e as normas constitucionais e infraconstitucionais.

Como se pode perceber, a correta análise da conjuntura econômica por parte do Estado, ao intervir da atividade econômica, é de suma importância, para reconhecimento de eventuais comportamentos danosos provocados pela concentração empresarial, não apenas às concorrentes, como, principalmente, ao consumidor, destinatário final do abastecimento dos produtos e serviços lançados no mercado. A legislação antitruste visa a tutelar a própria estruturação do mercado. No sistema Capitalista, a liberdade de iniciativa e de competição se relaciona com aspectos fundamentais da estrutura econômica. Nesse contexto, o Direito deve coibir as infrações contra a ordem econômica com vistas a garantir o funcionamento do livre mercado.

Evidencia-se, assim, que, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, o direito de concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição

econômica, como também sobre os dos consumidores, trabalhadores e, através da geração de riquezas e aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral.

Enfoque-se, ainda, que é no exercício do abuso de poder que as distorções econômicas se acentuam e, então, faz-se imperioso o intervencionismo do Estado. Daí a repulsa ao abuso do poder econômico, para ser mantido o necessário equilíbrio, sem prejuízo do interesse social e assegurando o direito de iniciativa. Diante disso, surgem vários questionamentos, a fim de aliar a Lei Antitruste à prática principalmente no que tangue ao abuso do poder econômico. Com as mudanças ocorridas no Direito, cada vez maior é a importância das normas como reguladoras ou instrumento de planejamento da política econômica e da tutela dos bens, mercado e concorrência.

2.3 ESTRUTURA ORGÂNICA DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (SBDC)

A Lei Antitruste Brasileira (Lei nº 8.884/1994), criada para atender o mandamento constitucional da regulamentação da atividade econômica e financeira, no que se refere à repressão do abuso do poder econômico, à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, prevê a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Autarquia Federal vinculada ao Ministério da Justiça, da Secretaria de Direito Econômico (SDE), também ligada ao Ministério da Justiça e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), ligada ao Ministério da Fazenda. Prevê ainda, a participação do Ministério Público nos processos de prevenção e repressão às infrações contra ordem econômica.

Assim, no Brasil, a atividade fiscalizadora estatal, por parte da administração pública, é exercida por órgãos de natureza política e de natureza econômica, nos termos preconizados pela aludida Lei nº 8.884/94, que adotou a necessidade do controle de atos e dos contratos celebrados entre empresas, abstendo qualquer influência determinante de uma empresa sobre a outra; e estabelecendo, ainda, presunções de situações de concorrência desleal. Nos termos da legislação, à Secretaria de Direito Econômico – SDE – compete a instauração de procedimentos administrativos e sua regular instrução, inclusive com o poder de requisição de documentos, garantindo-se ao requisitado o sigilo de informações por ele fornecidas. Além disso, poderá adotar as medidas preventivas que entender necessárias, para a defesa da liberdade de concorrência e dos direitos dos consumidores em geral. Havendo indícios de infração à ordem econômica ou às relações de consumo, incumbe ao referido órgão a adoção de medidas administrativas, deliberadas nos autos da averiguação preliminar.

Outra autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, o CADE, possui atribuição para julgamento dos procedimentos administrativos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico – SDE. Ao analisar o tema constante do procedimento administrativo, o CADE poderá autorizar ou restringir a prática de atos empresariais, com o objetivo de aumentar a produtividade, melhorar a qualidade do produto ou do serviço oferecido pelo fornecedor, bem como o aperfeiçoamento tecnológico ou econômico da atividade, entre outras hipóteses.

Veja-se entendimento de Ricardo Hasson Sayeg acerca das deliberações do CADE:

As deliberações administrativas em referência vinculam a atuação das empresas investigadas e somente são suscetíveis de discussão judicial se vierem a afrontar o princípio da proporcionalidade do meio ao fim, pois é função do órgão, ainda, a manutenção da concorrência leal em mercado, mesmo que em grau mínimo. O procedimento administrativo deverá observar os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, a fim de que eventuais sanções administrativas não venham a ser impostas em ofensa aos direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Constituição Federal. (in, Revista de Direito Internacional e Econômico – Nº 1 – Out. Nov. Dez/2002).

Ou seja, o caráter de órgão judicante significa dizer que o CADE possui poder de julgar a questão tal qual lhe é colocada, mas nunca de afastar uma decisão do Poder judiciário. Em relação à natureza jurídica de autarquia, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 368), que “compõem a Administração Indireta, no direito positivo brasileiro, as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista e as empresas públicas.”

Dessas entidades, a autarquia é pessoa jurídica de direito público, o que significa ter praticamente as mesmas prerrogativas e sujeições da Administração Direta; o seu regime jurídico pouco difere do estabelecido para esta, aparecendo, perante terceiros, como a própria Administração Pública. Dentre as características das autarquias, cita a referida autora as seguintes: “criação por lei; personalidade jurídica pública; capacidade de auto-administração; especialização dos fins ou atividades e sujeição a controle ou tutela”.

A criação por lei está expressamente prevista no art. 37, XIX da Constituição Federal. No dizer de José Cretela Júnior, sendo pessoa jurídica, “é a autarquia titular de direitos e obrigações próprios, distintos daqueles pertencentes ao ente que a instituiu; sendo pública, submete-se a regime jurídico de direito público, quanto à criação, extinção, poderes, prerrogativas, privilégios, sujeições”. (CRETILLA JÚNIOR, 2000, p. 266).

Por sua vez, em relação à sua capacidade de auto-administração e à especialização, salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Falando-se em capacidade de **auto-administração**, diferencia-se a autarquia das pessoas jurídicas públicas **políticas** (União, Estados e Municípios), que têm o poder de criar o próprio direito, dentro de um âmbito de ação fixado pela Constituição. Não é demais repetir que se deve evitar o termo *autonomia*, em relação às autarquias, porque estas não têm o poder de criar o próprio direito, mas apenas a capacidade de se auto-administrar a respeito das matérias específicas que lhes foram destinadas pela pessoa pública política que lhes deu vida. A outorga de patrimônio próprio é acessório necessário, sem o qual a capacidade de auto-administração não existiria. A **especialização dos fins** ou atividades coloca a autarquia entre as formas de descentralização administrativa por serviços ou funcional, distinguindo-a da descentralização territorial; a autarquia desenvolve **capacidade específica** para prestação de serviço determinado; o ente territorial dispõe de **capacidade genérica** para a prestação de serviços públicos variados. O reconhecimento da capacidade específica das autarquias deu origem ao **princípio da especialização**, que as impede de exercer atividades diversas daquelas para as quais foram instituídas. (DI PIETRO, 2004, p.368).

Finalmente, em relação ao controle administrativo ou tutela, que é indispensável para assegurar que a autarquia não se desvie de seus fins institucionais. Assim, com base nesses elementos, a citada professora de Direito Administrativo define autarquia como “pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei”. (DI PIETRO, 2004, p. 369).

Tomando-se então a definição legal do CADE e substituindo-se o termo autarquia pela sua conceituação, ter-se-á sua natureza jurídica como órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, constituído em ente administrativo autônomo, com personalidade jurídica de direito público interno, atribuições específicas na Lei 8.884/94 e integrando a Administração Pública Indireta.

Necessário ainda caracterizar o que seja um ato administrativo para entender qual a natureza jurídica das decisões proferidas pelo CADE e compreender os limites do controle exercido pelo judiciário. Deve-se então perquirir o que diferencia um ato administrativo, como uma das modalidades de ato praticado pelo Estado, do ato normativo e do ato judicial.

Inicialmente, seguindo a precisa lição de Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 351), lembra-se

que qualquer que seja a forma ou conteúdo dos atos do Estado, eles são sempre fruto de um mesmo poder. Daí ser incorreto afirmar a tripartição de poderes estatais, a tomar essa expressão ao pé da letra. É que o poder é um só, qualquer que seja a forma assumida.

Nesses termos, afirma o constitucionalista, que embora seja corriqueiro o uso da expressão *poderes*, todas as “manifestações de vontade emanadas em nome do Estado

reportam-se sempre a um querer único”, razão pela qual a expressão *funções* é mais adequada tecnicamente, uma vez que a “função constitui, pois, um modo particular e caracterizado de o Estado manifestar sua vontade”.

Considerando então as três funções do Estado, a função administrativa cabe, precipuamente, ao Poder Executivo, muito embora a distribuição das funções entre o Executivo, o Judiciário e o Legislativo não seja rígida, uma vez que cada um exerce predominantemente uma função que lhe é própria, mas, paralelamente, desempenha algumas atribuições dos outros poderes.

Maria Sylvia Zanbella Di Pietro (2004, p. 186) caracteriza a função administrativa “por prover de maneira imediata e concreta as exigências individuais ou coletivas para a satisfação dos interesses públicos preestabelecidos em lei”. Apresenta ainda as seguintes características essenciais da função administrativa:

É parcial, concreta e subordinada. É parcial no sentido de que o órgão que exerce é parte nas relações jurídicas que decide, distinguindo-se, sob esse aspecto, da função jurisdicional; é concreta, porque aplica a lei aos casos concretos, faltando-lhe a características de generalidade e abstração própria da lei; é subordinada, porque está sujeita a controle jurisdicional. (DI PIETRO, 2004, p.186)

No entanto, partindo então dessa idéia de função administrativa, não basta afirmar que o ato administrativo é aquele praticado no exercício da função administrativa, porque isso incluiria determinados atos da Administração sujeitos a regime jurídico diferente, tal como ocorre com os atos de direito privado. Por sua vez, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, para se definir o ato administrativo, é necessário considerar os seguintes dados:

1. ele constitui declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes; é preferível falar em declaração do que em manifestação, porque aquela compreende sempre uma exteriorização do pensamento, enquanto a manifestação pode não ser exteriorizada; o próprio silêncio pode significar manifestação de vontade e produzir efeito jurídico, sem que corresponda a um ato administrativo; falando-se em Estado, abrangem-se tanto os órgãos do Poder Executivo como dos demais Poderes, que também podem editar atos administrativos;
2. sujeita-se a regime jurídico administrativo, pois a Administração aparece com todas as prerrogativas e restrições próprias do poder público; com isso, afastam-se os atos de direito privado praticados pelo Estado;
3. produz efeitos jurídicos imediatos; com isso, distingue-se o ato administrativo da lei e afasta de seu conceito o regulamento que, quanto ao conteúdo, é ato normativo, mais semelhante à lei; e afastam também os atos não produtores de efeitos jurídicos diretos, como os atos materiais e os atos enunciativos;
4. é sempre passível de controle judicial. (MELLO, 1999, p. 32).

Embasada nestes elementos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 189) define ato administrativo “como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”. Assim, parece indiscutível que as decisões do CADE, enquanto atos praticados por uma autarquia componente da Administração Pública, no exercício de um poder concedido legalmente, devam ser entendidas como atos administrativos.

Na medida em que o CADE regulamenta uma fusão de empresas ou estabelece uma multa de obrigação de fazer ou não fazer, em virtude de determinada conduta adotada por uma empresa e infrativa à ordem econômica, está o CADE praticando ato administrativo, pois tal ato emana de uma entidade componente da Administração Pública, bem como esse ato é capaz de “criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir relações jurídicas”. (Oliveira, 2005, p. 69).

Resta, então, saber se tais atos administrativos podem ser definidos como atos administrativos vinculados ou discricionários, classificação de profunda relevância para a análise dos limites do controle a ser exercido pelo Poder Judiciário.

2.5 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Segundo Diógenes Gasparini, “a vinculação ou atuação vinculada é a atuação da Administração Pública em que a lei não lhe permite qualquer margem de liberdade para decidir ou agir diante de um caso concreto”. Ainda, segundo definição do mesmo autor, os atos “discricionários são os atos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve” (GASPARINI, 2000, p. 79). Neste último caso, o poder da administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade administrativa, porque não definidos pelo legislador.

Entretanto, mesmo nesse caso, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial à competência, à forma e à finalidade, a lei impõe limitações. Nesse sentido é que Lúcia Figueiredo afirma que “a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei”. (FIGUEIREDO, 2002, p. 91).

Pode-se concluir, então, que os atos vinculados são estritamente regrados em todos os seus elementos, enquanto os discricionários podem ofertar certa dose de liberdade ao agente público, especialmente no que toca à conveniência e à oportunidade, elementos

do chamado mérito administrativo. Nesse sentido, a discricionariedade, como poder da Administração, deve ser exercida consoante determinados limites, não se constituindo em opção arbitrária para o gestor público, razão por que, desde há muito, doutrina e jurisprudência repetem que os atos discricionários são vinculados em vários de seus aspectos, tais como a competência, a forma e o fim.

Veja-se entendimento de Diomar Ackel Filho:

Em sendo assim, torna-se visível a evolução dinâmica do Direito, contemplando a discricionariedade na sua devida posição, não como protestas impenetrável do titular do poder, mas como dever jurídico orientado pela legalidade e princípios basilares que direcionam toda a atividade administrativa no rumo das exigências éticas dos administrados, traduzidos em obrigações de moralidade, racionalidade, justiça e plena adequação da conduta pública ao bem comum. (ACKEL FILHO; in RT 657-55).

Por sua vez, o ato administrativo discricionário distingue-se do arbítrio, vez que este implica numa atuação administrativa extrapolando os limites da lei, sendo, portanto, ilegal. Agride, ainda, os próprios princípios traçados para a Administração Pública. Aquele, como já foi dito, é a certa liberdade, que a própria lei confere ao administrador para praticar atos, mas sempre nos limites que ela traça. Portanto, o ato discricionário corretamente praticado cinge-se também ao respeito da lei e dos princípios da administração pública. Nesse caso, se desrespeitados tais limites e princípios, o ato administrativo passa de discricionário para arbitrário. Com muita felicidade e precisão, bem discerniu o arbítrio da discricionário o Prof. Hely Lopes Meirelles:

Já temos acentuado, e insistimos mais uma vez, que o ato discricionário não se confunde com o ato arbitrário. Discricionário e arbítrio são conceitos inteiramente diversos. Discricionário é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo direito, é legal e válido; ato arbitrário é, sempre e sempre, ilegítimo e inválido. (MEIRELES, 2001, p. 112).

Da mesma forma, o mestre português André Gonçalves Pereira, citado pela professora Lúcia V. Figueiredo, após vaticinar contra aqueles que vêem no poder discricionário uma resultante da falta de disciplina legal, faz questão de distingui-lo do poder arbitrário, "in verbis":

O poder discricionário não resulta da ausência de regulamentação legal de dada matéria, mas sim de uma forma possível de sua regulamentação: através de um poder, ou seja, do estabelecimento por lei de uma competência, cuja suscetibilidade de produzir efeitos jurídicos compreende a de dar validade a uma decisão, a uma escolha, que decorre da vontade psicológica do agente. (FIGUEIREDO, 2005, p. 68).

Lado outro, o Prof. Eros Roberto Grau afirma 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 vinculado” (in. OLIVEIRA, 2002, p. 60). Ou seja, na opinião do professor, não existem atos puramente discricionários nem mesmo os puramente vinculados.

O estudo do tema permite verificar, então, que 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, não há liberdade de apreciação plena por parte do administrador. 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 delas. Tal entendimento conduz à conclusão de que, certas situações, antes consideradas como poder discricionário da Administração, passam a ser reconhecidas como atividades vinculadas. Portanto, determinadas situações específicas, como os conceitos jurídicos indeterminados e a regulação técnica, antes compreendidas como casos de discricção administrativa, passam a ser vistas de forma distinta.

Um ponto de controvérsia que se verifica no estudo do poder discricionário é o concernente à sua relação com os “conceitos jurídicos indeterminados” e, por conseguinte, ao estabelecimento de uma zona de livre apreciação no exercício da atividade administrativa e segundo os limites da lei. José Eduardo Faria define-os do seguinte modo:

Os conceitos jurídicos indeterminados são expressões propositadamente vagas utilizadas pragmaticamente pelo legislador com a finalidade de propiciar o ajuste de certas normas a uma realidade cambiante ou ainda pouco conhecida; graças a esses conceitos, o intérprete pode adequar a legislação às condições socioeconômicas, políticas e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei. (FARIA, 1999. p. 68).

Os conceitos jurídicos são conceitos convencionalistas, através dos quais o jurista procura estabelecer padrões de conduta para a sociedade. É impossível ao legislador tudo prever e tudo alcançar e, por isso, emprega termos dotados da necessária fluidez, preservando a flexibilidade do sistema do direito positivo perante a naturalmente instável realidade social. A atividade interpretativa será o veículo para dar vida e objetividade aos enunciados do direito positivo, que ganham maior certeza e segurança quando há a concretização normativa do texto legal.

Não é o conceito jurídico que é indeterminado ou fluido. O termo do texto normativo é que será mais ou menos fluido, dependendo da dificuldade de seu

desvelamento pela via interpretativa. Se o termo empregado pelo legislador é indeterminado, cabe ao aplicador do direito fixar seu sentido e alcance, determinando-o, pelo menos no caso concreto.

E como afirma o professor Celso Luiz Moresco, em artigo intitulado *Conceitos Jurídicos Indeterminados*, publicado na Revista Trimestral de Direito Público. Nº 14, 1999, p. 84, “a utilização de termos elásticos ou imprecisos não é sinônimo de autorização para tomada de qualquer decisão, ou seja, não significa que qualquer decisão tomada dentro de seus limites seja válida”. Oportuna também é a lição do eminente constitucionalista, o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, invocado por Celso Ribeiro Bastos:

(...) Em princípio, quando a lei emprega os chamados conceitos indeterminados ('segurança pública', 'ilibada reputação', 'notável saber'), isso corresponde a um poder discricionário. É o titular deste que há de, em face de seu juízo sobre o conceito, aplicá-lo ao caso concreto. É ele quem o valora. (in BASTOS, 2001, p. 296).

A existência destes conceitos jurídicos indeterminados se faz presente em todos os ramos do Direito. Assim, fala-se, no direito privado, em “bom pai de família”, “boa-fé”; enquanto no direito público utilizam-se expressões como “interesse coletivo”, “utilidade pública”, “urgência”, “grave comoção”, “relevância”, entre tantos outros. Tais conceitos expressam e qualificam as necessidades públicas cuja satisfação representa o destino da administração pública.

O que há de relevante nos conceitos jurídicos indeterminados, especificamente no ponto que mais interessa ao tema deste trabalho, é que, para a sua interpretação e aplicação, faz-se necessária uma atividade de construção por parte do administrador. Isso decorre da própria imprecisão do conceito, uma vez que ele pode variar no tempo e no espaço, diante de condições também variáveis. Assim, o que era considerado algumas décadas atrás como interesse coletivo, certamente, se modificou com o passar do tempo. Por conseguinte, muitos doutrinadores, diante da existência de uma situação que a lei regulasse de forma ampla, imprecisa, consideram os conceitos jurídicos indeterminados um caso de discricionariedade, pois seria dado ao administrador escolher, dentro dos limites legais, qualquer das soluções possíveis.

Nesses termos, a discricionariedade administrativa é um processo, cuja primeira fase é justamente a interpretação. Se a interpretação não leva à segurança jurídica necessária sobre a solução aplicável ao caso concreto, permite-se ao administrador identificar e concretizar as opções políticas do sistema de direito positivo, através da apreciação da conveniência e da oportunidade da medida administrativa requerida ou necessária. A norma jurídica também tem função e conteúdo políticos. Nesse sentido, é a

doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando afirma que “se, para delimitação do conceito, houver necessidade de apreciação subjetiva, segundo conceitos de valor, haverá discricionariedade” (DI PIETRO, 2004, p.207). Todavia, a doutrina não é pacífica e esse respeito e a distinção entre conceito indeterminado e discricionário é disputada.

Divergências doutrinárias ainda podem ser verificadas, mas considerável parcela de autores hoje compreende os conceitos jurídicos indeterminados como hipótese de vinculação. Nesse sentido, o entendimento de FERRAZ JÚNIOR, citado por Amanda Flávio de Oliveira, quando afirma que a vagueza e ambigüidade de certos termos dão lugar a uma distinção entre conceitos indeterminados e conceitos discricionários é válido. “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”. (OLIVEIRA, 2002, p.77)

Outro conceito relevante para entender a natureza jurídica das decisões do CADE é o conceito de regulação técnica. A regulação técnica foi, tradicionalmente, compreendida pela doutrina como hipótese de poder discricionário da Administração. Segundo Celso Luiz Moresco, a então chamada discricionariedade técnica correspondia àquelas situações em que a aplicação da lei, pela Administração, “estivesse sujeita à avaliação de um aspecto técnico, 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”. (MORESCO, 1996, p.96).

Todavia, a doutrina mais recente prefere entender essa situação como uma atividade vinculada da Administração, pois, diante de uma questão que envolva conhecimentos técnicos, não há liberdade concedida à Administração para escolher qualquer critério ou qualquer solução. Nessa situação, a Administração está obrigada a buscar a mais adequada solução técnica. Segundo Amanda Flávio de Oliveira, “a boa administração requer que seja escolhido o melhor critério, ou seja, adotada a melhor solução técnica para o caso proposto”. (OLIVEIRA, 2002, p.73).

Em relação às decisões do CADE, Hely Lopes Meirelles, ainda na vigência da Lei 4.137/62 (revogada pela atual Lei de Defesa da Concorrência – Lei 8.884/94), já se manifestava no sentido de que as decisões do CADE são atos vinculados e não discricionários. Segundo o professor, “por essa preceituação legal (Lei 4.137/62) 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”. Manifesta-se ainda o citado mestre, afirmando que bastaria a existência de processo administrativo para afastar a natureza discricionária das decisões do CADE, “pois para a prática de atos discricionários não haveria necessidade de processo de apuração dos fatos que o antecedem; somente os atos vinculados exigem o processo a que se vinculam” (OLIVEIRA, 2002, p.79)

Com base nestes conceitos oriundos da doutrina do Direito Administrativo, filia-se neste trabalho a corrente doutrinária que entende que as decisões do CADE seriam atos administrativos vinculados e passíveis de apreciação pelo Poder Judiciário. O CADE, segundo dispõe 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, pela sua própria natureza de autarquia, são indiscutivelmente administrativas e, sendo vinculadas, dependentes de análise do Poder Judiciário sempre que os interessados o provocarem.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o final do milênio passado, uma característica fundamental da economia mundial globalizada é a onda de fusões e aquisições, estimulada pelo acirramento da concorrência. No Brasil, o processo já é notório, principalmente nos segmentos de supermercados, no sistema bancário e na indústria alimentícia. Esse contexto requer dos órgãos que compõem a estrutura institucional brasileira de defesa da concorrência uma atuação eficiente, mas também que seja eficaz, ou seja, adequada às peculiaridades da questão econômica.

O abuso do poder econômico é caracterizado pela intenção de dominação de mercados, eliminação de concorrência e aumento dos lucros de forma arbitrária. Assim, urge ao Estado intervir nesse domínio, através de novas reflexões, necessárias à compreensão dos limites da intervenção estatal e das possibilidades de exploração dos instrumentos de realização do direito pela sociedade. Nesse sentido, uma política de concorrência vigorosa é essencial para a promoção do crescimento econômico com equidade.

Evidencia-se, pois, que, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, o direito de concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também sobre os dos consumidores, trabalhadores e, através da geração de riquezas e aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral.

Assim, exige-se da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Fazenda (SDE) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que são os órgãos responsáveis pela proteção da concorrência na esfera administrativa, uma atitude. Nessas condições, cabe ao

CADE a decisão final, sendo esta irrecurável no âmbito administrativo. Dessa forma, todos os atos jurídicos capazes de limitar ou de prejudicar a livre concorrência ou de gerar domínio de mercado estão sujeitos à disciplina e à aprovação do CADE.

Por sua vez, em razão do princípio do duplo grau de jurisdição, cabe ao Poder Judiciário exercer o controle sobre estas decisões administrativas, quando delas se origina obrigação de pagar, ou obrigação de fazer ou não fazer. Todavia, a questão que se impõe é que questões econômicas, relacionadas ao mercado da concorrência, não podem ser examinadas apenas sobre a ótica da Lei.

Sendo o CADE um órgão eminentemente técnico, suas decisões levam em consideração uma série de circunstâncias de caráter econômico, que não podem ser desprezadas pelo magistrado. Ou seja, as demandas na área econômica, especialmente na área da concorrência, exigem do magistrado uma postura diferenciada, pois os fatos envolvidos não podem ser vistos apenas à luz do Direito, mas exigem uma verificação cautelosa do caso concreto, de forma que o juiz procure considerar as implicações econômicas de sua decisão e possíveis reflexos no mercado.

4 REFERÊNCIAS

ALVARENGA, M. A. de F. P. e ROSA, M. V. de F. P. do C. **Apontamentos de metodologia para a ciência e técnicas de redação científica**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

AVERITT, N. W.; LANDE, R. H. A escolha do consumidor : uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 45, p. 26-49, jan./mar. 2003.

BARBIERI FILHO, C. **Disciplina jurídica da concorrência: abuso do poder econômico**. São Paulo: Resenha Universitária, 1984.

CAMPOS, L. C. de. A atividade econômica do Estado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico Financeiro**. São Paulo, n. 41, Ano XX (Nova Série), p. 13-41, jan./mar. 1981.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial: de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA**. 6. ed. v 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

CETELLA JÚNIOR, J. **Comentários à lei antitruste: Lei n. 8.884 de 11/06/1994**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DUTOIT, E. O direito da concorrência desleal e a relação de concorrência; dupla indissociável? Uma perspectiva comparativa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 84, vol. 717, julho. 1995.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional. **Revista Arquivos Ministério da Justiça**. Brasília: Ministério da Justiça. n. 45. p. 175-185, jul-dez. 1994.

_____. **Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE**. São Paulo: Singular, 1998.

HAVEMAN, R. H.; KNOPF, K. A. **O sistema de mercado**. Tradução de Antônio Zoratto Sanvicente. São Paulo: Livraria Pioneira, 1972.

MAGALHÃES, J. C. de.; SAMPAIO, O. C. de A. A concentração de empresas e a competência do CADE. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 763, ano 88, maio. 1999.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **O direito da concorrência e o Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PACCAGNELLA, L. H. Abuso do poder econômico e as empresas de plano e seguro de saúde. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. São Paulo, n. 258, ano 47, abr. 1999.

PROENÇA, J. M. M. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

REQUIÃO, R. **Curso de Direito Comercial**: de acordo com as Leis n. 10.303, de 31/10/2001 (reforma das sociedades anônimas) e 10.406, de 10/01/2002 (Novo Código Civil). 25. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.

SANTACRUZ, R. Política antitruste no Brasil : a atuação do CADE. **Revista Arche'tiypn**. Rio de Janeiro. n. 22, ano 8, jan./abr. 2000.

SCHUARTZ, L. F. Dogmática jurídica e Lei 8.884/94. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, n. 107, ano XXXVI (Nova Série), jul./set. 1997.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. GABINETE DA REVISTA. **A constituição na visão dos tribunais**: interpretação e julgados – artigo por artigo. Vol. 3, arts. 170 a 246. São Paulo: Saraiva, 1997.