



# Compêndio de Direito da Concorrência: Temas de Fronteira

**Organizadores**

Elvino de Carvalho Mendonça  
Fábio Luiz Gomes  
Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

**Migalhas**

COMPÊNDIO DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA:  
TEMAS DE FRONTEIRA

**Produção:** Aurélio Faleiros Lopes

**Editoração e capa:** Poliana Silva

**Colaboração:** Ariane Messias

Compêndio de Direito da Concorrência: Temas de Fronteira.  
Elvino de Carvalho Mendonça, Fábio Luiz Gomes, Rachel  
Pinheiro de Andrade Mendonça (orgs.) São Paulo: Migalhas,  
2015.

Vários autores.

464 p.

ISBN: 978-85-61707-59-0

1. Brasil – Direito I. Título.

CDD 340



**Editora Migalhas**

Avenida Presidente Castelo Branco, 600

Ribeirão Preto, SP - CEP: 14.096-560

Telefax: (16) 3617.1344

[www.livrariamigalhas.com.br](http://www.livrariamigalhas.com.br)

[migalhas@migalhas.com.br](mailto:migalhas@migalhas.com.br)

## Revisão judicial do mérito nas decisões do CADE

*Laércio N. Farina*

*Fernanda Mercier Querido Farina*

### 1. Introdução

A cena é corriqueira: o empresário preocupado com o resultado de um processo em curso perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), é tranquilizado pelo advogado, que afirma que “se o órgão decidir contra nossos interesses, iremos ao Judiciário”!

Desse cenário surge o seguinte questionamento jurídico-sociológico: a cultura que conduz a tal resposta pelo advogado ficcionalmente interpretado no parágrafo acima demonstra o elevado grau de funcionamento de uma estrutura democrática ou, ao invés, espelha a ineficiência de um modelo de Estado, calcado no desequilíbrio de credibilidade entre seus Poderes?

A resposta não é banal e remonta a discussão de complexos institutos jurídicos que se imiscuem na própria raiz da (in)eficiência da atuação do Judiciário brasileiro que, a par de uma clara insuficiência funcional (reduzido número de magistrados e de órgãos auxiliares), é vítima também do impulso ao litígio inerente à população – da qual o empresário é evidentemente parte – e da vala comum da solução de todos (sim, todos) os males que afetam o sujeito de direitos em nosso país: o inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Nem o próprio poder público escapa, considerando-se que é ele (em seus três níveis, federal, estadual e municipal) o maior dos litigantes perante o Judiciário. Os porquês talvez repousem em explicações mais sociológicas do que propriamente jurídicas.

A cena inicial, contudo, guarda peculiaridades que fazem com que aquele empresário ficcional, se, analisando a situação sob uma ótica algo profunda,

isto é, a da discricionariedade técnica, como aqui se propõe, talvez tivesse motivos para perder o sono à noite, ao antever um revés no plano do tribunal administrativo.

## 2. Da discricionariedade administrativa

O tema referente à discricionariedade administrativa e a conseqüente impossibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário, dos atos e decisões tomadas pela Administração Pública com base na discricionariedade não é, de forma alguma, questão nova ou mesmo controvertida.

Aliás, um dos princípios mais importantes do direito administrativo diz respeito exatamente à liberdade da administração de tomar, discricionariamente, suas decisões a fim de estabelecer as políticas executivas do país. Trata-se, não só de um princípio basilar do direito administrativo, mas de garantia do sistema tripartite dos Poderes, adotado no nosso Estado Democrático de Direito. Ora, se a administração pública, parte do Poder Executivo, tem poder de tomar suas decisões e realizar políticas de acordo com sua livre convicção, não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se na função típica e exclusiva do Executivo para rever o mérito de tais decisões. Permitir-se isso significaria conferir ao Poder Judiciário verdadeiro “superpoder”, de determinar qual a melhor política executiva para o país, função essa típica e exclusiva do Poder Executivo.

Evidentemente que, ao Judiciário sempre caberá a revisão do conteúdo de legalidade do ato administrativo, ou, nos termos dos ensinamentos administrativistas, os atos vinculados. Atos administrativos vinculados são aqueles que estão subsumidos à lei e que não podem dela se afastar sob pena de invalidade. Ou seja, todo ato administrativo possui conteúdos de legalidade estrita, que devem ser observados pelo Poder Público sob pena de invalidade. Exemplificadamente, pode-se falar da necessidade de proporcionalidade do ato, de razoabilidade, de competência, finalidade, de motivação, enfim, dos princípios e regras legais cogentes que regem qualquer ato da Administração Pública.

Mas é essencial que se tenha em mente a nítida separação entre o conteúdo de legalidade e o mérito do ato administrativo, este último discricionário e,

portanto, incontrolável pelo Poder Judiciário, sob pena de usurpação de poder. Com efeito, essa é a lição clássica de todos os administrativistas consagrados, conteúdo obrigatório de qualquer curso de Direito Administrativo. Exemplifica-se com o ensinamento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“A partir da ideia de que certos elementos do ato administrativo são sempre vinculados (a competência e a finalidade, em sentido estrito), pode-se afirmar que não existe ato administrativo inteiramente discricionário. No ato vinculado, todos os elementos vêm definidos em lei; no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos na lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração, com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência.

(...)

A distinção entre os atos discricionários e atos vinculados tem importância fundamental no que diz respeito ao controle que o Poder Judiciário sobre eles exerce.

Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos na lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade (...).

Com relação aos atos discricionários, o controle é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. (...) não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto.”<sup>1</sup>

No entanto, a discricionariedade administrativa é, na lição clássica, somente o ato do Poder Público que, por atribuição legal, pode ser revestido

1 DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 20ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2007, pg. 202/203.

de decisão de conveniência e oportunidade, ou seja, são somente as decisões segundo as quais a administração pública pode optar por realizar ou não determinada atividade, legalmente autorizada, conforme sua própria convicção.

Um exemplo facilmente observável dessa discricionariedade administrativa, aqui chamada de discricionariedade clássica, seria a decisão da agência responsável pela regulação do setor de telecomunicação de conceder ou não licença de um determinado serviço de celulares em determinadas regiões. Essa tomada de decisão não está calcada exclusivamente na lei (isto é, não é completamente vinculada ao texto legal), embora deva ser permeada por conteúdos de legalidade, conforme supra exposto, mas está, também e fundamentalmente, revestida da deliberação da autoridade administrativa, conforme sua conveniência e oportunidade.

O conteúdo do ato discricionário clássico revestido de conveniência e oportunidade é aquele que se entende pelo mérito da decisão administrativa, e que não está sujeita ao controle do Poder Judiciário, pela distribuição de Poderes do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

### 3. Das agências reguladoras – um novo marco para o Direito Administrativo

Com o desenvolvimento do processo de *desestatização*, observado no Brasil na década de 90, um novo modelo de administração pública tomou corpo. Tratava-se do desabrochar das agências de regulação, entidades já conhecidas, de forma tímida, no Brasil, com, por exemplo, o Instituto de Defesa Permanente do Café, de 1923, e o Instituto de Alcool e Açúcar, de 1933. Com a extinção total ou parcial do monopólio estatal em vários serviços públicos, bem como com as concessões, permissões e autorizações assinadas com a iniciativa privada para execução de ofícios públicos, viu-se no Brasil a necessidade de implantação de entidades administrativas já muito conhecidas nos Estados Unidos e na Inglaterra, as agências reguladoras.

A expansão das agências reguladoras é um marco consagrado da política jurídica e econômica modernas. Alguns cientistas políticos chegam a dizer que as sociedades contemporâneas passaram de democracias representativas

para democracias indiretamente representadas<sup>2</sup>, de forma que a política pública é transferida para as mãos de tecnocratas e especialistas, que comandam os órgãos públicos criados para regular as situações de vida que mais diretamente influenciam os cidadãos. Fala-se das relações socioeconômicas francamente conexas ao dia a dia das pessoas – energia, telecomunicação, concorrência, relações de consumo, aviação, meio ambiente, dentre tantas outras.

Sejam controladas pelo Congresso, como é o caso dos Estados Unidos, sejam pelo Poder Executivo, como acontece na realidade brasileira, o fato é que a onda regulatória moderna é de dar às agências cada vez mais independência, seja para regulamentar o setor que controlam, seja para fiscalizar e adjudicar os conflitos surgidos em suas respectivas áreas. Esse é um movimento que visa imprimir eficiência à máquina estatal, tendo em vista que a atividade técnica discricionária da Administração Pública permite que os conflitos criados nas atividades básicas garantidas pelo Estado sejam resolvidos de maneira mais breve e eficiente, por pessoas altamente qualificadas na determinada área em que atuam.

Assim, vislumbra-se, na passagem da década de 90 para os anos 2000, não só o aumento do número das agências reguladoras em diversos países, mas também a amplitude na sua atuação e independência cada vez maior desses entes administrativos, tanto no que diz respeito ao seu poder normativo quanto ao poder fiscalizador e sancionador.

Observa-se, então, o desenvolvimento de um capítulo complexo do direito administrativo, voltado a reger essas entidades, nomeadas agências reguladoras, de natureza jurídica tão peculiar, que exercem função absolutamente imprescindível, mas ao mesmo tempo única e anteriormente desconhecida pelo direito pátrio.

As agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público, classificadas como autarquias. Sua função essencial é intervir e fiscalizar o domínio econômico e a prestação de serviços públicos. Para tanto, as agências possuem

2 JORDANA, Jacint e LEVI-FAUR, David. The Diffusion of Regulatory Capitalism in Latin America: Sectoral and National Channels in the Making of a New Order. In *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 598, The Rise of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order (Mar., 2005), pp. 102-124

independência estrutural, embora sejam constituídas através de lei, devendo atuar conforme e sob sua regência. Dessa maneira, são formas de descentralização administrativa através da personificação de um serviço do Poder Público.

No entanto, essas agências ainda possuem características peculiares que fazem delas autarquias especiais. Isso, pois possuem poder normativo amplo, podendo ditar normas com força de lei e com base em parâmetros amplos e conceitos intedeterminados definidos pela lei. Além disso, ainda tem poder fiscalizatório e sancionatório. Não podem, outrossim, ser confundidas com meros órgãos da administração pública comum e nem se pode esperar que a elas seja aplicada a mesma lógica jurídica.

Para exercer esse papel tão particular, as agências reguladoras são dotadas de grande autonomia, orçamentária, regulatória e especialmente de seus membros, que, indicados pelo Poder Executivo e sabatinados pelo Congresso, desempenham mandatos com tempo determinado, desvinculados do governo. E para desempenhar esse importante papel administrativo, típico e essencial ao bom desenvolvimento do modelo neocapitalista, as agências reguladoras são formadas por um corpo altamente especializado, indicado para ocupar os cargos exatamente por seu *know how* na matéria regulatória exercida pela autarquia.

#### 4. Da discricionariedade técnica

Surge, com o desenvolvimento das agências reguladoras, um verdadeiro novo capítulo do direito administrativo, permeado de novos princípios e regramentos voltados a atingir o intuito primordial dessa nova categoria administrativa: regular com *eficiência* a atividade pública hoje exercida pelo particular por concessão, *lato sensu*, respeitando os limites da lei e os princípios gerais do Estado Democrático de Direito.

Dentro desse novo regramento e dessa nova doutrina administrativa surgida em decorrência do soerguimento das agências reguladoras, observou-se o desenvolver da teoria administrativa chamada de *discricionariedade técnica*

*ca*<sup>3</sup>. Não se trata da discricionariedade, aqui batizada clássica, explicada supra, mas de um segundo tipo de atuação administrativa, típica dos órgãos dotados de tecnicidade.

A ideia de discricionariedade técnica surge em Viena, em 1864, no trabalho de BERNATZIK, que pretendia “englobar todo aquele tipo de decisões que, não sendo discricionárias, deveriam contudo ser, pela sua alta complexidade técnica (‘elevada complexidade das premissas factuais’), retiradas do controle jurisdicional, porque, como ele dizia, de administração percebem os administradores, e só eles, pela sua formação técnica. Acresceria que, pela sua experiência e pelo seu contacto directo com a realidade do dia-a-dia, estariam os administradores em melhores condições para reagir, eficazmente e com oportunidade, às circunstâncias mais variadas com que se defrontavam. Por isso, não poderiam os juízes, com outra função, outra preparação e distanciados das realidades da vida administrativa, fazer substituir a sua opinião, tardiamente, à da autoridade administrativa.”<sup>4</sup>

Entretanto, a doutrina da discricionariedade técnica não subsistiu por muito na Áustria ou tampouco na Alemanha, por se ter entendido, lá, que os conceitos indeterminados presentes na lei que, para uns dariam espaço à discricionariedade técnica, na realidade não passariam de questões de exegese – visão esta seguida, no Brasil, por muitos importantes autores, como TÉR-

3 “Um dos aspectos que, no momento, vem despertando interesse é o que diz respeito à chamada discricionariedade técnica, que alguns preferem chamar de discricionariedade imprópria, por entenderem que ela não se identifica com a real discricionariedade administrativa, já que não permite a decisão segundo critérios de oportunidade e conveniência.

O interesse pela questão da discricionariedade técnica, de sua definição, de sua submissão ou não à apreciação judicial, justifica-se por ser tema conexo aos limites da competência das agências reguladoras.” (DI PIETRO, *Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa*, in Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 9, 2007, pg. 2).

4 Antonio Francisco de Sousa, *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 106.

CIO SAMPAIO FERRAZ<sup>5</sup>, PAULA FORGIONI dentre outros, a qual, *data maxima venia*, não se filiam os subscritores do presente artigo. Para aqueles, este tipo de discricionariedade não passaria de um ato vinculado conquanto a “conceitos indeterminados” e, portanto, não discricionário.

Chegando à mesma conclusão, a doutrina espanhola, capitaneada por GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ frisaram que a aplicação dos conceitos amplos, ou indeterminados, trazidos na lei, aplicados no caso concreto, não envolve uma liberdade de escolha, mas tão somente um processo vinculado, que se esgota no processo intelectual de compreensão da realidade. Embora, para eles, não se trate de uma avaliação exegética da lei em abstrato, significa, tão somente, a tradição da mesma atividade para o campo concreto, o que não significa discricionariedade da administração, mas uma atividade vinculada de natureza distinta<sup>6</sup>.

A doutrina da discricionariedade técnica, no entanto, se desenvolveu com vigor na Itália. Na península itálica, um dos autores mais importantes no tema foi DARIA DE PRETIS, que, em 1995, no livro clássico *Valutazione Amministrativa e Discrezionalità Técnica* afirmou:

*“Vi sono infatti casi nei quali l'attività di applicazione della norma giuridica – che può anche, sebbene la circostanza non sia determinante, come vedremo, fare a sua volta riferimento ad una norma o ad una nozione <<técnica>> – da parte dell'autorità amministrativa ai fini dell'assunzione di un provvedimento amministrativo, comporta che la stessa autorità compia una valutazione preordinata alla scelta di una fra una pluralità di soluzioni ugualmente compatibili con la previsione normativa.*

*In questi casi, l'attività amministrativa di applicazione della norma si distingue dall'attività vincolata perchè si risolve in un giudizio caratterizzato comunque da un certo grado di soggettività – che varia a*

5 Nesse sentido, SAMPAIO FERRAZ JR, *Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre Atos de Concentração*, in Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo, v. 4, n. 6, novembro de 2011.

6 Enterría e Fernández. *Curso de derecho administrativo*. Madri: Civitas, 1988, t. I., pg. 434

*seconda dell'ampiezza dello <<spazio>> di scelta lasciato dalla norma e dei criteri di altro tipo cui la norma o l'oggetto stesso della scelta rinviano – che comporta una scelta fra più opzioni diverse, tutte ugualmente assumibili sulla base della norma; e si distingue anche dall'attività discrezionale in senso stretto perché, in questo caso, né l'oggetto della scelta, né il (almeno direttamente) condizionati dalla valutazione dell'interesse pubblico concreto, visto nella sua relazione con l'insieme degli interessi in gioco come accade invece nella scelta discrezionale.*  
(...)

*Il giudice di legittimità può controllare la scelta in cui si concreta il potere discrezionale solo << dall'esterno >>, solo per quanto riguarda cioè la sua conformità alla legge, ai principi che pertengono ad un'idea sostanziale di legittimità e per quanto riguarda il doveroso collegamento funzionale e teleológico al fine pubblico, ma, al di fuori di questi termini, non può mai conoscere il << mérito >> cioè il contenuto proprio; tanto meno può sostituire la propria determinazione in ordine a tale contenuto a quella operata dall'amministrazione, giacché in essa si esprime una condizione di potere, consistente, appunto, nella possibilità di esprimere in via riservata una determinazione originale e nuova rispetto alla previsione normativa.”<sup>7</sup>*

Já para o italiano RENATO ALESSI<sup>8</sup>, existem casos em que a apreciação do interesse público é analisável somente por critérios administrativos, nas quais se tem a discricionariedade administrativa, e casos em que essa mesma apreciação exige a avaliação de critérios técnicos, extrajurídicos, estejam ou não ligados a critérios administrativos. Nesse segundo caso, o italiano entende que a Administração também exerce juízo de valor, porquanto presente a discricionariedade, na modalidade técnica.

MASSIMO SEVERO GIANNINI, por sua vez, em *Il potere discrezionale*

7 DE PRETIS, *Valutazione Amministrativa e Discrezionalità Técnica*, Padova: CEDAM, 1995, pg. 293 e 314.

8 ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Bosch, 1970, t. I, pg. 195/198).

*della pubblica amministrazione*<sup>9</sup>, afirmou que a discricionariedade técnica não se relaciona diretamente ao interesse público, mas às regras de disciplinas técnicas. Ambas, tanto a discricionariedade clássica como a técnica, dão lugar a juízo de valor, no entanto. A segunda, valoração de cunho científico, relativo aos eventos naturais em si, e não valoração política, típica da discricionariedade clássica.

Ou seja, de acordo com importante doutrina italiana, é inegável que a discricionariedade técnica difere-se da discricionariedade clássica, pois não está contida naquela o aspecto subjetivo típico de escolha administrativa, ordinariamente conhecido como conveniência e oportunidade. No entanto, o aspecto técnico, altamente especializado, autorizado por institutos legais de cunho amplo e indeterminado, dão à autoridade administrativa um segundo modo de discricionariedade, ainda passível de conferir uma valoração e uma escolha entre duas ou mais possíveis e legítimas posições. E essa distinta maneira de realizar o juízo administrativo pelas agências dotadas de cunho técnico não possui menos carga decisória do que aquelas típicas da discricionariedade clássica, de modo que as decisões tomadas com base na discricionariedade técnica são, também, incontornáveis pelo Poder Judiciário.

Nos Estados Unidos, desde a criação das primeiras agências e no decorrer de sua expansão, importantes discussões são travadas sobre a independência desses órgãos. A experiência norte americana reporta uma experiência importante que pode e deve ser transportada para a realidade jurídica brasileira, especialmente porque o modelo de agências reguladoras adotadas no Brasil, principalmente o caso do CADE, é inegavelmente abstraído do modelo americano.

Historicamente, o grande marco do debate travado entre Judiciário, agências administrativas e o Congresso nos Estados Unidos se dá em 1984, no caso *Chevron U.S.A. Inc. V. Natural Resources Defense Council*. Em 1977, o Congresso norte americano aprovou uma lei que exigia que todas as instalações fabris geradoras de poluição necessitassem de permissão da Agência de Proteção Ambiental (*Environmental Protection Agency*) para funcionar. Em

1981, a agência ambiental interpretou tal lei chegando a conclusão de que a eventual alteração na planta das instalações fabris emissoras de poluente não significava, necessariamente, a necessidade de uma nova e completa análise da planta pela agência, se dela não decorresse o aumento da produção de poluentes.

O *National Resources Defense Council*, uma associação de *lobby* ambiental, recorreu ao Judiciário para se opor à regulamentação da agência. A Corte Suprema dos Estados Unidos decidiu, *in casu*, que a regulamentação da autoridade administrativa deveria ser mantida. Para tanto definiu que duas são as perguntas que o Poder Judiciário deve responder quando revisar um ato administrativo: (i) a Lei que estabelece as funções da agência reguladora é clara quanto aos limites do órgão administrativo? e, (ii) a decisão da agência é consistente com o teor da lei que a criou? Essas são questões que decorrem diretamente da aplicação da *rule of law*, princípio norteador do sistema administrativo. Segundo a *Supreme Court*, aplicando esses dois questionamentos ao caso em análise e sendo positivas as respostas, então o Poder Judiciário deve respeitar a decisão técnica da autoridade administrativa<sup>10</sup>, em deferência à tecnicidade do ato administrativo.

10 "When a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute. If Congress has explicitly left a gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. Such legislative regulations are given controlling weight unless they are arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute. Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit, rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency." (Justice John Paul Stevens em seu voto no caso *Chevron v. Natural Resources Defense Council*, 1984).

9 GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*. Milão: Giuffrè, 1939.



Esse posicionamento de deferência à decisão discricionária das agências reguladoras pelo Judiciário foi batizado pela doutrina norte americana de “*Chevron Deference*” e é aplicado diuturnamente nas cortes norte americanas. Para se ter uma ideia do alcance dessa regra de *common law*, mais de quatro mil casos até hoje foram solucionados pelo Judiciário americano com base no caso *Chevron*.

Mas, ainda que haja jurisprudência firme, há largo debate sobre o grau de independência das agências reguladoras nos Estados Unidos, seja no que diz respeito ao controle os atos regulatórios, seja quanto a sua atividade judicante.

Em março de 2012, a *Federalist Society for Law and Public Policy Studies* realizou, na *Stanford Law School*, o Seminário “*Congress vs. Agencies: Balancing Checks and Efficiency*”, que reuniu grandes nomes do direito norte americano na área de regulação<sup>11</sup>. Neste simpósio, a Professora LISA HEINZERTLING, da Universidade de Georgetown, apontou que os controles externos à atuação das agências reguladoras são de vários espectros e bastante rigorosos, ao contrário do que comumente se acredita. Eles iniciam-se com a lei criadora da agência que estabelece de forma rígida e bastante específica o escopo de sua atuação – e na realidade, o grau de independência da agência é determinado exatamente no instante em que o Poder Legislativo fabrica a lei instituidora. Além dos limites legais, os membros das agências são ainda observados de forma bastante próxima pelo Congresso, que regularmente requer sejam realizadas sessões para que se expliquem as políticas públicas adotadas pela autoridade administrativa. A título de exemplo, a Professora aponta que somente em 2011 foram votados pelo menos um item por sessão legislativa a respeito de questões ambientais reguladas pela *Environmental Protection Agency*.

Por fim, há ainda a interferência direta da Presidência da República nos atos administrativos das agências, tendo em vista que qualquer regra criada pela autoridade administrativa pode ser revisada pela Casa Branca, se a Presidência assim entender necessário – segundo a professora, em 2011, 27 de cada 28 das “*rules*” emitidas pela agência ambiental americana foram revisadas pela

Presidência, e algumas delas nunca foram “devolvidas” à autoridade.

Deste breve panorama exposto por HEINZERTLING, é possível concluir que as agências reguladoras americanas são organismos de atuação restrita *per se*, vez que seu escopo de ação é estritamente delimitado pela lei instituidora e é ainda controlado sobre vários aspectos pelo Congresso e pela Presidência. Assim, quando se em liberdade das agências, se diz respeito tão somente à amplitude da discricionariedade de interpretação da Administração sobre a lei que as rege. Mas qual é, então, a função do Judiciário nessa equação?

No mesmo evento, *Justice* BRETT M. KARAVAUGH, juiz da *U.S. Court of Appeals, D.C. Circuit*, pontuou que a função das Cortes americanas, no que tange à revisão das atividades regulatórias da Administração Pública, é exclusivamente de verificar a legalidade dos atos praticados pela autoridade; verificação essa que se desdobra em duas vias: a primeira e mais importante diz respeito à legalidade estrita das atividades das agências reguladoras, ou seja, é necessário identificar-se se a Administração Pública está atuando dentro e conforme as limitações estabelecidas na lei que a instituiu. Dessa maneira, certifica-se que a “*rule of law*” está sendo observada nos atos administrativos.

A segunda função do Judiciário diz respeito à supervisão do mérito dos atos administrativos. Segundo o magistrado, nesse quesito é necessário que haja deferência das cortes perante as decisões da Administração Pública e só se deve permitir a reforma dos atos das agências que não sejam razoáveis, que fujam do aceitável ordinário, ou seja, que desrespeitem princípios constitucionais e o *due process*, no geral. De acordo com BRETT KARAVAUGH, essa deferência é necessária para que aja previsibilidade e confiança no sistema. Ele afirma que para que os cidadãos possam confiar no sistema público é necessário que o sistema confie em si mesmo e que as reformas e disparidades entre o Judiciário, Executivo e Legislativo sejam cada vez mais diminutas. Em outras palavras, é importante que haja coesão e respeito entre os Poderes que regem a federação.

Observa-se, destarte, que o entendimento majoritário nos Estados Unidos, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, é de que o papel do Judiciário na revisão dos atos administrativos – revisão essa inafastável – sejam regulatórios ou judicantes, deve ser tão somente de garantir a observância da legalida-

11 É possível assistir ao vídeo completo do simpósio em <http://www.fed-soc.org/events/detail/2012-annual-student-symposium-bureaucracy-unbound-can-limited-government-and-the-administrative-state-coexist>

de – *rule of law* – e dos princípios basilares da federação. Isso é possível porque o escopo de atuação da agência reguladora já é em si restrito e determinado pelo Poder Legislativo quando da edição da lei que a cria. Além disso, tanto o Legislativo quando o Executivo detém o poder de revisar os atos praticados pelas agências, de forma a garantir coerência na construção da política pública e evitar eventuais desvios de finalidade.

No Brasil, essa discussão foi reavivada de forma marcante em dezembro de 2011, quando o juízo da 4ª Vara Federal do Distrito Federal anulou decisão do CADE, que condenou 21 laboratórios farmacêuticos por formação de cartel contra a entrada de medicamentos genéricos no mercado nacional – hoje o processo encontra-se em fase de apelação no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, registrado sob o número 2007.34.00.044314-6 (pesquisa feita em 23/03/2014).

A referida investigação iniciou-se em 1997, tendo o processo administrativo findado somente em 2005. Após seis anos da condenação pelo CADE, e mais de quatorze do início das investigações, o Judiciário, ainda em primeira instância, revalorando as provas produzidas na seara administrativa, entendeu que: *“De concluir-se, por todos os fundamentos acima esposados e com base nos abalizados pareceres e decisões aqui referidos, que não houve nulidade na tramitação do processo administrativo, havendo, no entanto, total incoerência e ausência de lastro real na decisão proferida pelo Colegiado”*.

A decisão judicial afastou todos os argumentos levantados pelas partes de que haveria nulidade no procedimento administrativo, seja por ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, seja por incorreção na instauração do ato administrativo. Não obstante, entendeu que as provas haviam sido mal valoradas e que não havia prova do cartel, revendo, assim, o mérito da discussão técnica.

#### 4.1 Discrecionabilidade técnica e deferência judicial

Não se há discutir a respeito do cabimento do processo judicial para rever a decisão do processo administrativo. O que se põe em questão é a extensão da análise do juiz sobre a decisão tomada pela agência regulatória. A possibilida-

de da reavaliação das provas administrativas pelo Poder Judiciário e, portanto, a (re)análise do mérito das decisões técnicas é ainda um tema que encontra grande divergência na doutrina nacional e estrangeira.

Inicialmente, insta observar que há diferença relevante entre a atividade sancionadora das agências e aquela regulatória e discricionária, não se podendo analisar toda atividade administrativa (originária e excepcional) como se as mesmas fossem. Na atividade sancionadora, diferentemente da atividade regulatória e fiscalizadora, o ente administrativo não pode aplicar os princípios da oportunidade e conveniência, específicos e norteadores de sua atuação tradicional. Isso porque, conforme já decidido reiteradamente pelo Superior Tribunal de Justiça, a atividade sancionadora é poder exclusivo do Judiciário e exercido em caráter excepcional pela Administração Pública, muito embora tenha grande importância para a realização da eficiência na política pública. Sendo assim, para aplicar sanções, a Administração deve observar a estrita legalidade, não podendo ultrapassar os limites que lhe foram impostos por sua Lei criadora.

Na mesma linha da posição norte americana, MARÇAL JUSTEN FILHO afirma que a competência normativa abstrata das agências reguladoras é exclusivamente uma exteriorização do poder discricionário conferido à Administração Pública pela própria lei instituidora dos entes reguladores. Não cabe à agência inovar em matérias de reserva absoluta de lei. Assim sendo, esses entes não possuem liberdade absoluta para atuar como bem lhes convém, mas devem ser independentes dentro daquilo que a lei instituiu para poder colocar em prática uma política pública eficiente.

Ora, a Constituição Federal Brasileira submete a Administração Pública à presunção de legalidade, especialidade, razoabilidade, motivação e à eficiência. E é exatamente para conferir eficiência ao sistema administrativo que as agências reguladoras, entes compostos de profissionais altamente especializados, existem. No entanto, parece incongruente com a noção de eficiência que se permita ao Judiciário tomar para si o dever de rever o mérito das decisões técnicas tomadas pelas autarquias; novamente, entes altamente especializados, com profissionais qualificados designados para solucionar questões de seu conhecimento e que afetam diretamente o cotidiano da sociedade. Não se está a

observar o princípio da eficiência e tampouco da presunção de legalidade no momento em que o próprio Estado deixa de confiar no exame realizado por ele próprio em um processo que tramitou sob os prismas da motivação, da razoabilidade, da legalidade estrita, bem como dos demais princípios constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório.

Isso não significa afastar do Poder Judiciário a guarda da Constituição Federal, ou o controle da legalidade. Ou seja, não se cogita aqui impedir que as partes levem ao Judiciário discussões relativas a eventuais falhas legais no processo administrativo – como ausência de motivação da decisão, falta de contraditório, ampla defesa, colheita ilegal de provas, exacerbação na atividade administrativa etc. É tampouco inegável caber ao Poder Judiciário o dever de análise da constitucionalidade das normas. O que, aos olhos desses autores, não se coaduna com os princípios que regem a administração pública é a possibilidade do Judiciário revalorar as provas produzidas nos processos administrativos e (re)analisar o mérito das decisões tomadas por entes administrativos especializados, afastando deles sua discricionariedade técnica. Discricionariedade esta, diga-se, autorizada pela lei e exercida conforme a lei.

Nos moldes daquilo que alertam os doutrinadores americanos, o que se deve observar para que o sistema funcione como um todo, de modo eficiente e, principalmente, legítimo, é que as leis instituidoras sejam bem construídas, livres de ambiguidade e contradições. Imperioso se faz que essas leis prevejam entes dotados de capacidade técnica para conduzir fiscalizações e processos administrativos transparentes e de acordo com o devido processo. Além disso, é preciso que o Executivo esteja atento à atuação de seus entes delegados, realizando as intervenções e fiscalizações que entender necessárias para garantir a observância da lei. Por fim, o corpo técnico das agências deve ser muito bem escolhido e devidamente sabatinado pelo Congresso, de modo a justificar a discricionariedade, na modalidade técnica, conferida pela lei a essas autarquias verdadeiramente especiais.

Havendo esses dois pilares – legalidade e controle externo pelo Poder Executivo – bem estruturados no sistema de delegação, então o controle realizado pelo Judiciário deve se limitar a simples verificação da legalidade dos atos praticados pela Administração Pública – função essa essencial, mas restrita.

Se o mérito das decisões técnicas emitidas pelas agências reguladoras puder, e portanto *será* inegavelmente rejuogado pelo Judiciário (porque não se espera nada diferente da parte que foi sancionada na esfera administrativa, senão recorrer a quaisquer meios que possua para reanálise da decisão e retardamento do resultado), não há racionalidade em onerar o tesouro com a manutenção de um corpo de profissionais especializados, altamente gabaritados, e treiná-los para cumprirem a função de reguladores. É um evidente desperdício de dinheiro público.

Insta relembrar que o princípio da eficiência é condição de validade de qualquer ato administrativo, enquanto que a discricionariedade somente pode ser avaliada a fim de revogar as decisões administrativas, restando daí inúmeras consequências jurídicas importantes a serem observadas. Dessa maneira, a eficiência não deve ser tida como mero conceito de política administrativa, resguardada à reserva do possível, mas como princípio cogente do Estado Democrático de Direito Brasileiro, que *deve* ser buscada sob pena de invalidade dos atos.

Dessa forma, as agências reguladoras não podem ser tidas como meras *peritas judiciais*, cuja atividade, secundária, serve tão somente de baliza à decisão do magistrado; esse sim, capaz de resolver a questão conforme sua livre convicção motivada. Ora, essa imagem do Poder Executivo, de secundariedade, é evidente demonstração de ineficiência do Estado em gerir a coisa pública, e de absoluto desbalanço entre os Poderes.

Insta frisar que este não é, como afirmam alguns doutrinadores pátrios, o entendimento unânime dos operadores de direito pátrio com relação à revisão judicial das decisões de agências reguladoras. Com efeito, o próprio Superior Tribunal de Justiça manifesta sua “deferência” à discricionariedade técnica das agências reguladoras, devendo a atividade jurisdicional ser a mais cautelosa possível.

Excelente exemplo dessa posição proferida pela mais alta Corte de direito federal do país se deu no julgamento do Recurso Especial nº 615.628/DE, interposto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) contra a recorrida *General Electric Company* (GE). Na oportunidade, o Ministro Mauro Campbell Marques, em voto vista, consignou que:

*“Penso que as questões relativas à atuação do Cade devem ser analisadas pelo Judiciário com certa cautela e deferência – que não se confunde com falta de arrojo ou covardia –, afinal trata-se de autarquia judicante formada por integrantes altamente especializados nas temáticas do direito da concorrência.*

*Daí porque toda e qualquer manifestação desta Corte Superior deve, e assim penso, ser amplamente debatida, justamente porque a sensibilidade do ambiente concorrencial merece alto grau de atenção.*

*(...)*

*Em análise técnica do tema, o Sr. Conselheiro Ruy Santacruz concluiu, com apoio dos demais, que ‘mesmo não possuindo nenhuma subsidiária sediada em território nacional, participavam ativamente do mercado brasileiro, possuindo participação significativa, entre 5% e 9% cada uma, o que torna a operação enquadrável no art. 2º da Lei Antitruste’*

*(...)*

*É neste ponto que entra de forma mais pragmática aquela consideração inicial que fiz acerca da necessidade de uma certa deferência em uma matéria tão sensível.*

*Causa-me certa perplexidade que a instância ordinária afaste considerações de ordem eminente e altamente técnicas pura e simplesmente com o argumento de que ‘pelo tipo de produto objeto da compra e venda não ter mercado de forma contínua, só funcionando através de encomendas esporádicas’ estariam descaracterizados os efeitos no território nacional.*

*Observo que não se trata, no ponto, de controle de legalidade da decisão do Cade, mas de verdadeira digressão, sobre aspectos de mercado, sobre os quais, salvo melhor juízo, os Conselheiros do Cade estão em posição privilegiada de análise e interpretação em relação aos membros do Poder Judiciário (e, aqui, estou fazendo questão de me incluir). Ressalto que, como fiz antes, é amplamente possível ao Poder Judiciário falar sobre controvérsias legais da decisão do Cade (...).*

*No entanto, soa no mínimo temeroso (para dizer o menos) que, ante o posicionamento de uma autarquia especializada em análise de domina-*

*ção de mercado – como é o Cade, o qual dispõe, inclusive, de órgão colegiado judicante –, venha o Judiciário asseverar, de forma até um pouco simplória e simplesmente desconsiderando todas as informações técnicas constantes dos presentes autos, que não existe nenhum risco ao mercado brasileiro, sem tecer maiores considerações sobre a controvérsia.”<sup>12</sup>*

Indiscutível, assim, que temos duas posições consolidadas sobre o tema, havendo inclusive, no próprio Judiciário brasileiro e nas cortes superiores, partidários que reverenciam a discricionariedade técnica das agências reguladoras e que, em concordância com a posição aqui defendida, entendem que a revisão dessas decisões deve ser mínima, restrita a matérias referentes à legalidade estrita do ato.

## 5. O problema dos conceitos indeterminados

Mas a celeuma não se encerra aí. Outro ponto de importante análise, fulcral no tema em questão, e que acaba por ocasionar grande parte da discussão envolvendo a natureza das decisões das agências reguladoras é o fato da lei trazer em si conceitos vagos, indeterminados, para definir a atuação das agências reguladoras. Na lei que regula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nº 12.529/2011, a norma traz, por exemplo, as seguintes expressões: “art. 9º, III: Compete ao Plenário (...) *decidir* sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei”, “VI: *ordenar* providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica”, conceitua como infração econômica amplamente “Art. 36, I: limitar, falsear ou de *qualquer forma* prejudicar a livre concorrência”, “Art. 36, IV: exercer de *forma abusiva* posição dominante”, dentre outras.

Grande parte dos estudiosos e aplicadores do direito no Brasil entendem, inspirados no direito germânico, que a discricionariedade concedida pelos conceitos indeterminados limita-se ao plano abstrato, ou seja, revela-se tão

<sup>12</sup> STJ, REsp nº 615.628/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, De. 4/5/2011, provimento por unanimidade.

somente como uma atividade de exegese normativa. Dessa maneira, qualquer ato proveniente dessas previsões seria vinculado, estando o Poder Judiciário autorizado a avaliar se o conteúdo do ato administrativo está subsumido aos limites previstos na lei, mesmo que de forma indeterminada, ampla.

Outros, partidários da doutrina italiana, como são esses autores, entendem que a indeterminação dos conceitos não é abstrata, não se limitando a questão exegética, mas verdadeira concretização no plano real. Ou seja, a amplitude legal é realizada de propósito pelo legislador para dar espaço ao administrador de preencher o conteúdo indeterminado no caso concreto, conforme sua própria valoração e os aspectos técnicos intrínsecos ao caso *sub analise*. Faltam, na lei, os parâmetros necessários ao juiz para avaliar critérios legais objetivos, essenciais e intrínsecos ao controle judicial. E essa ausência é proposital, da *mens legis*. Ela existe para que seja preenchida com a convicção pessoal do juízo de ocasião e dos aspectos técnicos, ou seja, da livre apreciação da administração pública. Essa é, conforme ensina Otto Bachof em “*Margem de Apreciação, Discricionariedade e Conceitos Jurídicos Indeterminados no Direito Administrativos*”, 1955, a via de realização do intento legal para concretização da discricionariedade técnica administrativa.

Ou seja, nos casos em que o legislador *optou*, utilizando-se de conceitos indeterminados, por abrir ao tecnocrata um rol de possibilidades amplo diante do caso concreto e da sua análise técnica, não cabe ao Judiciário rever a realização dessa integração legal pela Administração Pública, verdadeiro mérito do ato administrativo. Assim, resta adstrita à avaliação discricionária técnica da administração pública a determinação, no caso concreto, dos conceitos indeterminados previstos na lei, e que *não podem* ser reconsiderados pelo Poder Judiciário sob pena de ofensa ao princípio de Montesquieu.

Exemplificadamente, suponhamos que o CADE entenda, frente a um caso concreto, analisando suas particularidades econômicas – mercado relevante, barreiras de entrada, eficiência etc – que uma determinada empresa limitou a livre concorrência. Diante dessa conclusão, vinculadamente, impõe a sanção prevista na lei. O ato discricionário técnico, determinar se houve limitação da livre concorrência – cujos parâmetros não estão, *propositadamente*, na lei – foi realizado pela agência reguladora que, diante dos dados estritamente técnicos,

exerceu *juízo de valor* e concluiu pela existência da infração. Findo o ato discricionário – determinar a existência da infração diante das particularidades técnicas do caso concreto – o CADE passa a subsunção do ato infracional à sanção prevista na lei. Essa segunda etapa, sim, vinculada.

Ou seja, como já visto, num mesmo ato administrativo exercido pelas agências reguladoras, temos o exercício da discricionariedade técnica e de atos vinculados. Somente estes últimos, entretanto, bem como a legalidade e constitucionalidade geral da atividade administrativa, será sindicável ao Poder Judiciário. Outrossim, não cabe ao juiz, no exemplo proposto, revalorar as provas dos autos para (re)determinar se houve ou não infração econômica, tendo em vista tratar-se esta de atividade de discricionariedade técnica do CADE, restando ao magistrado somente a análise do conteúdo de legalidade do ato.

## 6. Conclusão

O legislador constitucional atribuiu à lei ordinária a missão de reprimir o abuso do poder econômico. Sob tal comando foram editados os diplomas de concorrência anterior (Lei nº 8.884/94) e o atual (Lei nº 12.529/11). Em ambos o legislador ordinário fez grafar a competência do plenário do CADE tal com noticiado retro. Desta maneira, se nos socorrermos da lição do direito norte americano, uma decisão do CADE que não contenha falhas no cumprimento do devido processo legal e atenda ao comando constitucional expressado nos objetivos precípuos da Lei de concorrência responderá afirmativamente à dupla indagação para definição da sindicabilidade (ou não) da decisão proferida.

Por derradeiro, para os que ainda não se sentem convencidos pela formulação teórica sucintamente oferecida aqui, resta uma questão absolutamente prosaica e de bom senso que milita a favor da não revisão judicial das decisões do CADE (insista-se sempre: tão somente em relação ao cerne técnico da mesma).

A matéria antitruste, ou concorrencial, decorre da junção de duas ciências, a jurídica e econômica. Não é por outro motivo que a composição do plenário do CADE é formada por profissionais de ambas as áreas. Não é lícito esperar-se que o juiz de direito, ou mesmo o colegiado de cortes de graus de

jurisdição superiores, sejam versados na complexidade dos temas tratados sob a ótica do antitruste.

Mas este não é o único exemplo. Ao juiz também é dado conhecer de matérias relativas à medicina, à engenharia, à aeronáutica, à farmácia, uma gama imensa, enfim, de ramos do conhecimento humano e não se há de esperar que seja ele versado em todos.

Ante tal natural situação o sistema processual apresenta uma solução que se revela bastante prática. Se o juiz não conhece o assunto que lhe é posto à apreciação, que nomeie um perito. Este, por seu turno, poderá ser auxiliado por outro (assistente), ou outros, dependendo do número de partes. Parece mais do que evidente que a opinião do perito influirá decisivamente na decisão judicial, muito embora não esteja o Juiz a ela vinculado. É o que se observa na imensa maioria das vezes.

Eis o resultado de tal sistema, pois: uma estrutura altamente complexa, como é o da agência antitruste, o CADE, com as características que lhe empresta a Lei que o criou, tem sua conclusão técnica (repita-se a premissa de integral cumprimento do devido processo legal e circunscrição absoluta aos limites da tutela legal específica) absolutamente desprezada e substituída pela opinião de um único personagem, o perito judicial!

Estará assim atendido o comando constitucional que se mencionou? Pensamos que não, evidentemente, em que pese nossa compreensão pela angústia do empresário que se vê face a face com o peso de uma decisão contrária aos seus interesses.

Assim, diante do quanto espartanamente exposto neste artigo, concluímos que o Estado deve usar de forma racional e inteligente seus recursos e seu pessoal. Esse é o comando constitucional. A decisão adotada por um ente administrativo especializado deve ser respeitada, especialmente pelo próprio Estado. Evidentemente que isso não significa que o Judiciário não deva ser chamado a avaliar se a legalidade dos atos foi observada, por exemplo, se não há nulidade processual ou eventual inconstitucionalidade. Mas, rejulgar o mérito, revalorar as provas já analisadas pela Administração Pública de forma técnica, conforme seu *legalmente conferido* julgamento de valor, chamado doutrinariamente de *discricionariedade técnica*, não é, como pensam alguns,

dar cumprimento ao disposto no artigo 5º, XXXV da Constituição (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

A criação de uma vala comum não foi, certamente, a intenção do legislador constitucional.

### Referências bibliográficas

ALESSI, Instituciones de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Bosch, 1970, t.I, pg. 195/198.

Antonio Francisco de Sousa, Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 106.

DE PRETIS, Valutazione Amministrativa e Discrezionalità Técnica, Padova: CEDAM, 1995, pg. 293 e 314.

DI PIETRO, Direito Administrativo, 20ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2007, pg. 202/203.

Enterría e Fernández. Curso de derecho administrativo. Madri: Civitas, 1988, t. I., pg. 434.

GIANNINI, Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Milão: Giuffré, 1939.

JORDANA, Jacint e LEVI-FAUR, David. The Diffusion of Regulatory Capitalism in Latin America: Sectoral and National Channels in the Making of a New Order. In Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 598, The Rise of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order (Mar., 2005), pp. 102-124.

SAMPAIO FERRAZ JR, Discricionariedade nas Decisões do CADE sobre Atos de Concentração, in Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo, v. 4, n. 6, novembro de 2011.

STJ, REsp nº 615.628/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, De. 4/5/2011, provimento por unanimidade.