



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO
Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP
Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD
Mestrado em Direito

CONSEQUECIALISMO E CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES
SANCIONATÓRIAS DO CADE EM MATÉRIA DE POLÍTICA PÚBLICA

Luana Aita

Rio de Janeiro
2021



LUANA AITA

**CONSEQUENCIALISMO E CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES
SANCIONATÓRIAS DO CADE EM MATÉRIA DE POLÍTICA PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (CCJPUNIRIO), como requisito parcial à obtenção de Título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Estado, Sociedade e Políticas Públicas.

Linha de Pesquisa: Estado, Constituição e Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. José Gabriel de Assis Almeida.

Rio de Janeiro
2021



FICHA CATALOGRÁFICA

Aita, Luana

- A311 Consequencialismo e Controle Judicial das Decisões Sancionatórias do CADE / Luana Aita. -- Rio de Janeiro, 2021.
88

Orientador: Jose Gabriel Almeida. Dissertação (Mestrado)
- Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro,
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.

1. Consequencialismo. 2. Regulação. 3. CADE. 4.
Controle Judicial. I. Almeida, Jose Gabriel, orient. II.
Título.



LUANA AITA

**CONSEQUECIALISMO E CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES
SANCIONATÓRIAS DO CADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito (PPGD) do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (CCJPUNIRIO), como requisito parcial à obtenção de Título de Mestre em Direito.

Aprovada em ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. José Gabriel de Assis Almeida– UNIRIO
Orientador

Prof. Dr. Ruy Santacruz Lima – UFF

Prof. Dr. Benedito Fonseca Adeodato – UNIRIO

Rio de Janeiro
2021

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que de alguma forma me auxiliaram nesta jornada, sobretudo à minha amada mãe, ROSÂNGELA, cuja força e energia transcende, iluminando os momentos mais difíceis. Sem você, jamais conseguiria.

Agradeço ao meu querido padrasto Victor, nosso fiel escudeiro e a minha grande amiga para todas as horas, Ana Luísa.

Agradeço aos meus colegas de turma, que tanto me inspiraram e me estimularam nesta trajetória.

Agradeço ao meu adorado filho Gael, pela difícil compreensão de que é necessário dividir a mamãe com o trabalho e os estudos.



AITA, Luana. Consequencialismo e Controle Judicial as Decisões Sancionatórias do CADE. 2021. 88f. Dissertação (Mestrado em Direito), Centro de Ciências Jurídicas e Políticas, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO, Rio de Janeiro, 2021.

RESUMO

A Lei nº 13.655/2018 alçou o consequencialismo ao centro das discussões acerca do controle judicial de políticas públicas. Trata-se de inovação normativa nesta seara, mas não de autêntica novidade no ordenamento pátrio, diante de sua consideração na prática regulatória, notadamente naquela concernente à defesa da concorrência, levada a efeito pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE -, que se utiliza da sanção como instrumento de regulação. O objetivo geral da pesquisa é compreender os contornos a serem conferidos ao pensamento agora imposto pela lei, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da revisão judicial das respectivas decisões sancionatórias. A metodologia empregada abarca abordagem qualitativa da respectiva estrutura regulatória, mediante análise exploratória e descritiva, assim como quantitativa e qualitativa dos acórdãos divulgados nos sítios eletrônicos das Cortes Supremas, submetidos à análise crítica de conteúdo. O recorte temporal abrange os últimos vinte e cinco anos, entre 1º de janeiro de 1995 e 31 de dezembro de 2020, destacando-se vinte e um julgados que correspondem à finalidade almejada. Tais decisões foram, inicialmente, agrupadas quanto ao momento do controle, entre prévio e concomitante, em contraposição ao posterior, e esmiuçadas em temas considerados pertinentes para o desenvolvimento do debate. Assim, as distintas seções são dedicadas, respectivamente, ao enfrentamento dos arranjos institucionais da política de antitruste; às possibilidades verificadas no controle em comento; e aos limites reconhecidos por relevantes precedentes, com vistas a perquirir as perspectivas condizentes a novel determinação legislativa.

Palavras chave: Consequencialismo, regulação, política de defesa da concorrência, controle judicial de decisões sancionatórias do CADE.



AITA, Luana. Consequentialism and Judicial Control the Sanctioning Decisions of CADE. Dissertation (Master in Law), Center of Legal and Political Sciences, Federal University of the State of Rio de Janeiro - UNIRIO, Rio de Janeiro, 2021.

ABSTRACT

Law No. 13,655/2018 raised consequentialism to the centre of discussions about judicial control of public policies. It is a normative innovation in this area, but not of authentic novelty in the national order, given its consideration in regulatory practice, especially in that concerning the competition policy, carried out by the Administrative Council of Economic Defense - CADE -which uses the sanction as an instrument of regulation. The general objective of the research is to understand the contours to be conferred on the thought now imposed by law, in the light of the jurisprudence of the Superior Courts on the judicial review of the respective sanctioning decisions. The methodology employed includes a qualitative approach to the respective regulatory structure, through exploratory and descriptive analysis, as well as quantitative and qualitative judgments published in the websites of the Supreme Courts, submitted to critical content analysis. The time frame covers the last twenty-five years, between January 1, 1995 and December 31, 2020, highlighting twenty-one judgments that correspond to the desired purpose. These decisions were initially grouped as to the moment of control, between previous and concomitant, as opposed to the posterior, and discussed on themes considered relevant for the development of the debate. Thus, the different sections are dedicated, respectively, to the institutional arrangements of antitrust policy; the possibilities verified in the control in comment; and the limits recognized by relevant precedents, in order to perquiring the perspectives consistent with novel legislative determination.

Keywords: Consequentialism, regulation, competition policy, judicial control of CADE sanctioning decisions.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg	Agravo Regimental
ARESP	Agravo em Recurso Especial
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	Conflito de Competência
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
ED	Embargos de Declaração
ERESP	Embargos de Divergência em Recurso Especial
IBRAC	Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional
MS	Mandado de Segurança
MC	Medida Cautelar
RESP	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
SLS	Suspensão de Liminar e de Sentença
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TADE	Tribunal Administrativo de Defesa Econômica
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ARRANJO INSTITUCIONAL DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: ESTRUTURA REGULATÓRIA E CONSEQUENCIALISMO	16
2.1 Arranjo institucional da política de defesa da concorrência	16
2.1.1 Breve análise das premissas do Estado Regulador no Brasil.	17
2.1.2 Panorama das diferentes manifestações da regulação econômica	19
2.1.3 Aproximações e distinções entre o modelo das Agências Reguladoras e o CADE	21
2.1.4 O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – TADE - e suas competências	23
2.2 Peculiaridades da atividade sancionatória exercida pelo CADE	24
2.2.1 Sanção e Regulação	25
2.2.2 <i>Expertise</i> e parâmetros decisórios no âmbito do CADE: a prática consequencialista	28
2.2.2.1 A questão da discricionariedade	29
3 CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES SANCIONATÓRIAS DO CADE: POSSIBILIDADES	33
3.1 Acesso à Justiça, independência das esferas e seus efeitos nas decisões regulatórias	33
3.2 Controle prévio e concomitante à atuação do CADE: as ações <i>stand alone</i>	35
3.2.1 Dever de agir do CADE	37
3.2.2 Análise em concreto das infrações anticoncorrenciais	40
3.2.2.1 <i>Dumping</i> de produtos farmacêuticos	40
3.2.2.2 Tarifa de Armazenagem	41
3.2.2.3 Cartel dos “cegonheiros”	42
3.2.2.4 Recusa de contratação e discriminação de preços no setor de gás liquefeito	45
3.2.2.5 Cláusula de Raio	48
3.3 Controle posterior	50
3.3.1 Controle de Juridicidade: critérios referenciais e as diferentes faces do direito administrativo sancionador	51
3.3.2 Devido Processo Legal	53
3.3.3 Cláusula de Exclusividade (Unimilitância)	54
3.3.3 Tabela de Honorários Médicos.	56
3.3.4 Cartel dos Combustíveis	58
4 CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES SANCIONATÓRIAS DO CADE: LIMITES.....	60
4.1 Acesso à justiça, impossibilidade de os Tribunais Superiores reexaminarem fatos e provas e abertura para atuação disruptiva do Judiciário	60
4.2. O argumento das capacidades institucionais	61
4.2.1. Consequencialismo e dificuldades inerentes à atividade jurisdicional	63
4.3. A questão da deferência	64

4.3.1. A doutrina Chevron	65
4.3.2 Celeumas acerca do dever de deferência	67
4.3 A vedação de controle com base em valores jurídicos abstratos: contenção à teoria dos princípios?	68
4.4 A presença do consequentialismo na jurisprudência dos Tribunais Superiores	70
4.5. Objeções relevantes à intronização da perspectiva consequentialista pela Lei nº 13.655/2018	73
5 CONCLUSÃO	75

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 13.655/2018, que, após os respectivos vetos, incluiu nove dispositivos na Lei de Introdução ao Direito brasileiro - LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42) -, o designado consequencialismo passou a ter previsão legal expressa no ordenamento pátrio, notadamente nos artigos 20 e 21 deste diploma legal, abaixo transcritos:

“Art. 20 . Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

“ Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

Tais normas apontam para marcante transformação que vem se operando em relação à interpretação e aplicação do direito público, incluindo o controle judicial de políticas regulatórias.

O delineamento do consequencialismo é discutido em diversos campos do conhecimento, a partir, especialmente, de discussões filosóficas acerca do pragmatismo (POGREBINSCHI, 2005, *passim*).

O pensamento pragmático “significa, em essência, que o mérito de uma ideia, de uma política pública ou das ações em geral se mede pelos resultados práticos que são capazes de produzir” (BARROSO, 2020, p. 28), em relação ao qual costumam ser apontadas três características básicas.

Nos dizeres de Marques Neto(2020, p.45), um dos mentores da norma em questão:

[...] o art. 21 confere racional pragmático às decisões invalidadoras, o qual, nada obstante suas variações, apresenta, ao menos, três características básicas: (i) antifundacionismo, de acordo com o qual se rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definidos no direito, imunes às transformações sociais; (ii) o contextualismo, conceito que orienta a interpretação jurídica por questões práticas; e (iii) o consequencialismo, característica de acordo com a qual as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro e não para o passado).

Ainda de acordo com o aludido jurista (*Ibidem*, p. 51), tais dispositivos “pretendem contribuir para que as decisões sejam permeadas por um viés da realidade”, que devem

considerar “os efeitos que serão produzidos após a sua prolação”, tendo em vista que: “a decisão alheia à realidade não produz mais um ato jurídico lícito, nem, muito menos, justo”.

A novel determinação legislativa denota, assim, uma modificação profunda nos alicerces teóricos na disciplina jurídica subjacente e confere contorno ao que Binenbojm (2017, *passim*) denomina de “giro pragmático” do direito administrativo, com vistas a “adoção de estruturas, conceitos, procedimentos, decisões administrativas que sejam aptas a produzir os melhores resultados” (*Ibidem*, p.34).

O consequencialismo, enquanto característica ou desdobramento do pragmatismo, importa “em conduzir qualquer investigação com os olhos voltados para o futuro, por meio de alguma antecipação prognóstica” (*Ibidem*, p.55), a fim de se apontar porque uma interpretação ou solução judicial foi adotada em detrimento de outras possíveis.

Trata-se de uma inovação normativa com relação ao controle judicial de políticas públicas, mas que não constitui uma verdadeira novidade no âmbito regulatório, pois já era levado a efeito na respectiva prática, notadamente com relação à política antitruste realizada pelo CADE, cuja influência é marcante na seara econômica.

Questões afetas à economia e à regulação passam inexoravelmente pelo enfrentamento das políticas públicas, que podem ser compreendidas como “tudo que o governo decide fazer ou não fazer” (DYE, 2017, p.1).

Em outras palavras, envolvem a “investigação crítica de potenciais soluções para problemas práticos” (DUNN, 2018, p.3), realizadas no bojo da organização juspolítica e administrativa que dão forma e corpo ao Estado, que tem como norte atual em nosso ordenamento a atuação gerencial (BRESSER-PEREIRA, 2009, *passim*).

Cada tipo de política pública pressupõe uma arena de poder diferente; uma rede diferente de atores; uma diferente estrutura decisional; um contexto institucional diferente – nos quais irão se desenvolver (HOWLETT, RAMESH & PERL, 2013, *passim*) - e costuma ser classificada em distributiva, redistributiva e regulatória (LOWI, 1964 *apud* SOUZA, 2007, p.72, *apud* BIRKLAND, 2011, p.250, *apud* ANDERSON, 2015, p. 9).

O foco do presente estudo está nas políticas regulatórias, que, em termos gerais, podem ser definidas como “políticas que se destinam a reger a condução dos negócios” (BIRKLAND, p.252, tradução nossa).

É neste âmbito que se insere defesa da concorrência levada a efeito no Brasil pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, razão pela qual se faz necessário compreender os contornos e atribuições desta autarquia, cujas decisões penalizadoras evidenciam a correlação entre sanção e regulação (VORONOFF, 2019, *passim*).

A competência sancionatória do CADE é desenvolvida sob uma perspectiva consequencialista, diante da exigência de utilização de dados empíricos e “raciocínios técnicos e econômicos, pautados por argumentos pragmáticos” (BINENBOJM, 2017, p. 35) para se alcançar os respectivos pronunciamentos, que surtem efeitos sistêmicos no mercado e que estão sujeitos ao controle judicial, diante de pilares inexoráveis da Lei Maior.

O problema central da pesquisa é verificar a presença do viés consequencialista no controle judicial das decisões sancionatórias do CADE, que desde sua gênese aplica tal perspectiva, a fim de delinear limites e possibilidades para o tema, extraídos da análise crítica das decisões colegiadas dos Tribunais Superiores.

As seções serão estruturadas, portanto, para fins de responder aos questionamentos específicos de como e porque o pensamento consequencialista está presente nas decisões do CADE, a partir do arranjo institucional da política de defesa da concorrência, para confrontar com o levantamento e verificação de temas centrais na jurisprudência dos Tribunais Superiores no exercício do controle judicial de suas decisões sancionatórias.

A metodologia empregada divide-se em três momentos. O primeiro momento tem abordagem qualitativa, por meio de procedimento bibliográfico e documental, com objetivos descritivo e explicativo acerca da estrutura regulatória da política antitruste no Brasil.

O segundo momento parte de uma análise quantitativa da base de dados disponíveis para a coletividade nos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br) e do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br), que contém as informações de todos os acórdãos publicados, notadamente a partir da Constituição de 1988, cujo recorte e justificativas serão doravante delimitados.

A partir dos dados levantados, ainda no segundo momento, passa-se ao enfrentamento de viés qualitativo, exploratório e de análise crítica das decisões das Cortes Superiores, para fins de classificá-las quanto ao seu conteúdo e destacar aquelas que se referem ao controle de mérito das decisões sancionatórias do CADE.

Tais contornos viabilizam o terceiro momento da pesquisa, a fim de destacar os limites e possibilidades do consequencialismo no controle judicial das decisões sancionatórias do CADE.

No tocante à mencionada análise quantitativa, mostra-se necessário tecer algumas considerações sobre as terminologias utilizadas, notadamente com relação à expressão “mérito”, que ora condiz com o conteúdo da decisão administrativa, como será esmiuçado nas seções subsequentes, que se contrapõe à forma que o ato é editado, incluindo o procedimento necessário para tanto.

Desse modo, o uso de tal vocábulo não se confunde com o “mérito recursal”, que, neste último caso, corresponde ao enfrentamento em profundidade da impugnação, notadamente relevante no âmbito do recurso especial e do extraordinário, diante dos empecilhos provenientes da impossibilidade de reexame de fatos e provas nas vias excepcionais, diante da Súmula nº 07 do STJ e da Súmula nº 279 do STF.

Esta foi a principal razão pela qual foi realizada a opção por não incluir no respectivo levantamento as decisões monocráticas proferidas pelos Tribunais Superiores, que, em geral, não adentram questões de fundo debatidas nas instâncias ordinárias.

Outrossim, o recorte temporal abarca os acórdãos prolatados pelas Cortes Superiores no período entre janeiro de 1995 - ano seguinte a publicação da Lei nº 8.884/94, que conferiu contornos autárquicos ao CADE - até 31 de dezembro de 2020 - necessário para o fechamento da pesquisa.

O critério adotado para a pesquisa foi amplo, no sentido de abarcar todos os acórdãos que mencionassem a expressão Conselho Administrativo de Defesa Econômica ou CADE, a fim de, já em análise qualitativa, destacar aqueles que, de alguma forma, tangenciam o objetivo proposto, o que resultou no total de vinte e nove acórdãos junto ao banco de dados do STF e oitenta e seis perante o do STJ.

É relevante destacar que um único fato pode justificar o questionamento por mais de um legitimado e ser impugnada por mais de um instrumento processual, a ensejar diversos processos sobre o mesmo tema, além de diversos recursos no mesmo processo, inclusive nas instâncias superiores.

Daí a necessidade de separar os julgados relevantes por temas, pelo crivo da análise de conteúdo, que abarca, portanto, mais de um acórdão das Cortes Superiores, considerando que nos referidos números absolutos totais estão contabilizados, por exemplo, as decisões concernentes a eventuais embargos de declaração.

Dentre os inúmeros parâmetros de classificação que poderiam ser utilizados para finalidades diversas, a escolha dos temas partiu da submissão de tais acórdãos a inquirições sucessivas, a partir da participação do CADE na demanda, certo que nas situações em que a autarquia não integrava o processo foram submetidas a um novo crivo, concernente à caracterização das designadas ações *stand alone* ou autônomas.

Nos processos em que o CADE participou, passaram a ser aplicados os critérios de natureza da matéria e, enfim, da respectiva causa de pedir, para fins de delimitar aqueles que pudessem alcançar os fins almejados.

Desse modo, não foram incluídas no escopo as demandas envolvendo questões penais, meramente processuais, tais como competência e possibilidade de busca e apreensão pelo CADE.

Também foram excluídos os casos que versavam sobre matérias exclusivamente administrativas e de funcionamento da autarquia, como, por exemplo, as relacionadas a regime de pessoal, validade do voto de minerva do Presidente, cabimento de recurso hierárquico impróprio ou de depósito para a apresentação de recurso administrativo.

Não serão também enfrentados os julgados condizentes aos atos de concentração, notadamente os atinentes à multa pela comunicação intempestiva, que constituem parte substancial dos acórdãos do C. STJ.

O objeto do estudo restringe-se, portanto, aos acórdãos abrangidos nos recortes acima definidos, notadamente que envolvam o controle prévio, concomitante ou posterior à eventual decisão sancionatória do CADE, operacionalizada perante seu órgão de cúpula, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – TADE -, separados por temas.

Pode parecer que a análise dos acórdãos relativos ao controle prévio e concomitante, ou seja, relacionados às ações *stand alone* ou autônomas não seria adequada para à hipótese.

Ao contrário disso, as decisões de caracterização de ilicitude antitruste realizadas diretamente pelo Poder Judiciário podem ter efeito determinante na esfera administrativa, sobretudo, quando se propõe a verificação dos impactos da perspectiva consequencialista, imposta ao judiciário pela inovação constante da Lei nº 13.655/2018.

Com isso, delimita-se que serão objeto de enquadramento e ponderação ao longo da pesquisa onze julgados do C. STJ, a saber: RESP 650892, 2009, RESP 1207855, 2011; RESP 1181643, 2011; RESP 677585, 2006; AgRgMC 8791, 2004; RESP 1317536, 2016; AgRg na SLS 2079, 2017; AgRg no RESP 1436903, 2016; RESP 1172603, 2010; RESP 1068888, 2012; e ARESP 1327367, 2020.

O aprofundamento da investigação ensejada pelo recorte levou, ainda, ao acréscimo de mais quatro acórdãos do STJ que se revelaram de curial importância para o objeto da pesquisa, a saber: CC 168092, 2019, ERESP 191080, 2010; RESP 130875, 2015; RESP 1535727, 2016.

Em relação aos dados levantados perante o STF, são destacados seis acórdãos: RE 777940 AgR, 2014; RE 630256AgR, 2015; RE 1083955 AgR, 2019; *Idem* – ED, 2020, ARE 1264627AgR, 2020, *Idem*-ED, 2020.

Tais julgados foram separados em relação ao momento do controle, certo que os do Pretório Excelso são todos condizentes ao posterior, enquanto no STJ, cinco decisões são após

o pronunciamento do CADE e as outras dez são caracterizadas como controle prévio ou concomitante.

Estabelecidas essas premissas, a análise qualitativa voltou-se para os temas centrais discutidos em cada caso ou grupo de casos, de modo que no âmbito do controle prévio ou concomitante, os acórdãos foram agrupados nos seguintes temas: dever de agir do CADE e análise em concreto pelo judiciário de práticas anticoncorrenciais.

Este último aspecto se desdobra nos seguintes pontos específicos: *dumping* de produtos farmacêuticos; tarifa de armazenagem; cartel dos “cegonheiros; recusa de contratação e discriminação de preços no setor de gás liquefeito; e cláusula de raio.

Já no controle posterior, quatro são as proposições: devido processo legal; cláusulas de exclusividade (unimilitância); tabela de honorários; e cartel de combustíveis.

Após as considerações acerca dos arranjos institucionais do CADE, na segunda seção, notadamente em relação ao exercício da função sancionatória enquanto ferramenta de regulação, os acórdãos recortados são objeto das seções três e quatro, voltadas a realizar uma análise crítica acerca de tais decisões para perquirir, respectivamente, os limites e possibilidades do controle judicial.

A conclusão volta-se para as perspectivas esperadas da inovação normativa relacionada ao pensamento pragmático-consequencialista, à luz da jurisprudência existente e considerando a prática já levada a efeito pela autoridade antitruste.

2 ARRANJO INSTITUCIONAL DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: ESTRUTURA REGULATÓRIA E CONSEQUENCIALISMO

Com vistas a alcançar os fins propostos pela presente pesquisa é indispensável analisar o arranjo institucional em que se desenvolve a política antitruste e pontuar as peculiaridades da atividade sancionatória exercida pelo CADE.

2.1 Arranjo institucional da política de defesa da concorrência

A compreensão de uma política pública demanda a análise do arranjo institucional em que ela é realizada, que, em termos gerais, corresponde à organização administrativa em que ela vai ser instrumentalizada e as normas que lhe conferem o respectivo suporte decisório.

Segundo Bucci (2013, p. 238)

Arranjo institucional de uma política pública compreende seu marco geral de ação, incluindo uma norma instituidora [...], da qual conste o quadro geral da atuação do Poder Público, com a discriminação das autoridades competentes, as decisões previstas para a concretização da política, além do balizamento geral das condutas dos agentes privados envolvidos.

Ao enxergar o Direito, dentre outras formas possíveis, como “tecnologia de operação e construção de políticas públicas” (COUTINHO, 2013. p. 193), há de ser destacado, nesse momento, um de seus potenciais na respectiva esfera.

Trata-se de seu aspecto estruturante, relativo às competências estabelecidas no ordenamento, diante da necessidade da concatenação das normas, atribuições e exercício pelos diversos agentes envolvidos no processo, que se apresenta como relevante fator dentre as demais dimensões que lhe são reconhecidas (substantiva, instrumental e legitimadora) (*Ibidem*, p. 195-196).

Cabe a advertência acerca da impropriedade da importação sem critérios de modelos provenientes de outros países. Cada um é integrado por tradições, normas e instituições peculiares, que são determinantes para entender o motivo pelo qual cada Estado confere soluções diferentes para problemas semelhantes (JUSTEN FILHO, 2014, p. 113).

Tem-se como norte o pensamento de que a abordagem integrada das políticas públicas está voltada para a solução prática de problemas públicos ou que afetem ao interesse público (DUNN, 2018, p. 3), considerando as diversas particularidades dos ordenamentos em que se operam.

Considerando que a defesa da concorrência, na tipologia clássica de Lowi (*apud* SOUZA, 2007, p.72; BIRKLAND, 2011, p.250; *apud* ANDERSON, 2015, p. 9), se

enquandra como política regulatória, a partir da distinção para as distributivas e redistributivas, é necessária a compreensão de sua estrutura no Brasil.

O respectivo enquadramento opera-se no espectro mais amplo da ordem econômica, sendo que a relação entre Estado e economia é “dialética, dinâmica e mutável, sempre variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas” (ARAGÃO, 2012, p. 202).

Assim, é impositivo o enfrentamento da transição juspolítica do Estado Intervencionista e da Administração Burocrática, para o Estado Regulador, e para a Administração Gerencial (BRESSER PEREIRA, 2009, *passim*), com vistas a alcançar o papel exercido pelo CADE, notadamente a partir da Constituição de 1988, com vistas à edificação do propugnado Estado Democrático de Direito.

2.1.1 Breve análise das premissas do Estado Regulador no Brasil.

O presente momento histórico, em âmbito ocidental, costuma ser designado de pós-modernidade, em contraposição a pré-modernidade, da gênese liberalista do Estado de Direito (sujeita à mão invisível do mercado), e ao intervencionismo do Estado moderno, diretamente como agente econômico, intensificado no Estado do Bem Estar Social (*Welfare State*) (BARROSO 2003, *passim*).

Os percalços enfrentados em uma e outra ocasião, perceptíveis, apesar de não tão bem definidos na história pátria (*Ibidem*), trilharam rumo para a nova fase, pois não lograram alcançar os objetivos almejados pela ordem constitucional, no sentido de garantir a governança e implementar direitos de cidadania (MOREIRA NETO, 2018, p. 219).

Os paradigmas trazidos pela nova ordem constitucional brasileira retratam aspectos dos diversos movimentos de constitucionalização surgidos na pós-modernidade, que se propagaram em escala global.

A respectiva estruturação pode ser compreendida a partir de um tripé básico: “*primo* - direitos fundamentais; *secundo*: reestruturação do Estado; *tertio* – o conceito globalizado de sistema econômico” (LUÑO *apud* MOREIRA NETO, 2018, p. 116), e resultam em três características que, segundo Moreira Neto (2018, p. 141) assomam-se no respectivo estudo: “(1) a opção pela subsidiariedade, (2) a alteração do modelo de intervenção estatal; (3) o fomento de uma cidadania proativa.”

Com relação aos países da América Latina, marcados por acentuadas desigualdades, houve, também, forte influência do Consenso de Washington, como política oficial do Fundo Monetário Internacional, impregnado de medidas neoliberalizantes (BATISTA, 1994, p.5-6), para a reformulação da postura do Estado em relação à ordem econômica.

Tais fatores convergem para a adoção do chamado Estado Regulador no Brasil que pode ser compreendido como aquele que “reserva para si o desempenho material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção aos objetivos eleitos” (JUSTEN FILHO, 2014, p.671).

Ao conferir destaque para a política antitruste neste contexto, Salomão Filho (2013, p. 38) destaca que o Estado Regulador “se limita a organizar as forças de mercado através da aplicação do direito concorrencial que melhor define o ordenamento econômico existente, ou, se assim se preferir, a Constituição Econômica de cada ordenamento”.

Na atual ordem constitucional brasileira, a atuação subsidiária do Estado no ordenamento econômico, para além da adoção do regime capitalista, calcado inexoravelmente no direito fundamental à propriedade privada (art. 5º, XXII e no art. 170, I, da CRFB/88) e no princípio da livre iniciativa (art. 170, da CRFB/88), passou a ser objeto do art. 173, da CRFB/88.

Este último dispositivo restringe a atuação direta do Estado na atividade econômica em sentido estrito apenas para as situações que caracterizem imperativos de segurança nacional e relevante interesse público (GRAU, 2012, *passim*).

A atividade regulatória, sobretudo a ordenação e o fomento nos setores público e privado, ganharam os delineamentos conferidos pelo art. 174, da CRFB/88, que, em um momento posterior, se apresentaria como fundamento para o modelo das Agências Reguladoras, intensificado no Brasil a partir dos anos 1990, sob inspiração do Direito norte-americano.

Paralelamente, a livre concorrência foi consagrada como princípio da ordem econômica (art. 170, IV, da CRFB/88), assim como foi determinada a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, na forma da lei, como previsto no art. 173, §4º, da CRFB/88.

Revela-se pelo mencionado arcabouço normativo o embasamento para a implementação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que confere papel de destaque ao CADE, como ente responsável por promover a política antitruste, consoante

inicialmente estabelecido pela Lei nº 8.884/94 e posteriormente ratificado pela Lei nº 12.529/2011.

As mencionadas normas antitruste conferiram a um, até então, tímido órgão Administração Direta a roupagem de autarquia, em regime especial, com tratamento jurídico semelhante ao das Agências Reguladoras.

Marrara (2015a) pontua que “existe uma relação lógica entre as leis de defesa da concorrência de 1994 e de 2011 com o fenômeno da construção de um Estado Regulador no Brasil”, o que, juntamente com os argumentos alinhavados, ratifica a atual postura de atuação subsidiária do Estado em relação ao ordenamento econômico, em busca de maximizar o bem-estar social.

2.1.2 Panorama das diferentes manifestações da regulação econômica

A adoção de uma postura mais ou menos intervencionista do Estado, vista até então sob a ótica da subsidiariedade concernente à Reforma do Estado e da migração para uma Administração Gerencial, perpassa, também, pela compreensão do fenômeno da regulação e pelas suas diferentes manifestações.

O verbo regular é polissêmico, dentre os seus significados impende destacar os de dirigir, regradar, ou ainda estabelecer ordem, conter, moderar, reprimir, que em âmbito jurídico se transmuda em uma atividade complexa, que não se exaure na regulamentação, mas abarca a normatização e fiscalização nos diferentes segmentos da economia (JUSTEN FILHO, 2014, 669-670).

Em acepção aberta, a expressão regulação possui diferentes sentidos, podendo resultar segundo ARAGÃO (2012, p. 205) em: regulação estatal - por entes políticos ou entidades administrativas; a regulação pública não estatal –por entes da sociedade, por delegação do ente público ou incorporação por este das normas que por aqueles sejam adotadas -; autorregulação – por instituições privadas sem delegação ou chancela estatal; e a desregulação – quando ausente a regulação institucionalizada.

O foco central do presente estudo é a regulação estatal, ora chamada puramente de regulação, que é compreendida como toda atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração da atividade econômica em sentido amplo (MARQUES NETO, 2005, p.5).

Desse modo, o conceito não abarca a participação direta do Estado no serviço público e na atividade econômica em sentido estrito, que, guardadas as devidas particularidades, também se submetem à regulação, cujo amadurecimento vem se operacionalizando sob a evidente influência da teoria econômica.

Nesta seara, há de se mencionar que a estruturação inicial do Estado Regulador, intensificada a partir da quebra da bolsa americana de 1929 e da Grande Depressão que se seguiu (OLIVEIRA, 2018, p. 103), parte do pensamento propugnado por Pigou (*apud* COASE, 1960, p. 23 e ss.), no sentido de que o Estado deveria atuar para corrigir as falhas de mercado (*market failures*), retificando as externalidades negativas do ordenamento econômico, com vistas a proteger o consumidor de seus efeitos não desejáveis.

Tal ponto de vista, contudo, foi questionado como ponto central do paradigmático estudo de Coase (1960, *passim*), designado de o problema do custo social, que propôs uma mudança de paradigmas.

Dentre outros aspectos, sustenta-se, em linhas gerais, que, em um cenário sem custos de transação e com direitos de propriedades definidos, o mercado tende a assegurar maior eficácia alocativa e maximização da utilidade agregada, de modo que a barganha teria boas condições de corrigir as respectivas falhas, que são transitórias, de maneira eficiente (*Ibidem*).

Sob a inspiração do teorema de Coase, emergem contornos importantes do pensamento da Escola de Chicago, que tem em Posner (1986, *passim*) outro de seus expoentes, e que propõe o uso da racionalidade econômica para nortear questões jurídicas na esfera da chamada análise econômica do direito.

Reconhecem-se os riscos da regulação estatal, sujeita às falhas de governo, que podem importar na sua ineficiência e na captura por interesses privados, de modo que a ação do Poder Público na ordem econômica pode ser mais custosa que as ações do mercado, de modo que o papel do direito deveria ser economicizado (POSNER, 1986, *passim*).

A partir de tais proposições, ganharam força questionamentos propostos por teses institucionalistas, que tem por destaque as obras de Sunstein e Vermeule (2002, *passim*), que reconhecem os problemas apontados pelo teorema de Coase e as falhas de governo, mas sustentam que os percalços enfrentados no âmbito econômico podem ser mitigados pelo reforço das instituições nele operantes, desde que dotadas de conhecimento mais técnico e especializado, ou seja, de capacidade institucional.

Tais pensamentos reverberaram em diferentes estruturas organizacionais regulatórias, tais como a brasileira, apesar de impulsionada por influxos distintos, considerando que nos Estados Unidos, de tradição liberalista, a adoção do modelo decorreu da necessidade de uma

maior intervenção no ordenamento econômico, enquanto no ordenamento pátrio, historicamente, é um desdobramento do esvaziamento da atuação direta do Estado no ordenamento econômico (OLIVEIRA, 2018, p. 103-104).

2.1.3 Aproximações e distinções entre o modelo das Agências Reguladoras e o CADE

A compreensão de que o CADE exerce atividade regulatória deve ser ainda contextualizada pelas peculiaridades de seu desempenho, que, apesar de se aproximar em termos de organização administrativa das Agências Reguladoras, paralelamente à atuação dos governos eleitos, delas se distingue quanto ao exercício, especialmente porque não possui atribuição normativa (LIMA, 2009, p.24).

No modelo implementado no ordenamento brasileiro, as Agências Reguladoras são entidades autárquicas de regime especial, dotadas de conhecimento técnico sobre os segmentos regulados, áreas sensíveis para o interesse público, e de prerrogativas especiais, com vistas a sofrerem menos interferências políticas das maiorias ocasionais de governo no exercício de suas atribuições (BINENBOJM, 2013, p. 255).

A finalidade precípua de tais instituições é ordenar e induzir as atividades econômicas (GRAU, 2012, *passim*), nos setores específicos sobre os quais atuam, instaurando o que tem sido designado de Administração policêntrica (BINEMBOJN, 2013, p. 245), enquanto novos centros de decisão que integram a Administração Pública, para tratar, sobretudo, de questões técnicas, complexas e multipolares, que exijam conhecimento especializado e dinamismo.

A aludida estrutura foi sedimentada pela Lei nº 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das Agências Reguladoras, tendo como escopo central a criação de um regime jurídico uniforme para todas essas autarquias especiais.

Com relação a tal regime especial, é comum serem destacados as seguintes características: “(i) competência reguladora, no sentido de estabelecer normas e disciplinar agentes econômicos; (ii) autonomia orgânica, no sentido da garantia de mandato fixo; e (iii) autonomia funcional, no sentido de, pelo menos em princípio, ser a última instância administra-funcional.” (ARAGÃO, 2020, p. 10).

Dentre as mencionadas particularidades, observa-se que ao CADE não é conferida a chamada competência reguladora, notadamente no aspecto de exercer atribuição normativa, o

que não significa que o ente de defesa da concorrência não se insere no complexo fenômeno da regulação.

Isso porque a atuação do CADE, indubitavelmente, corresponde a modalidade de intervenção indireta no ordenamento econômico, que tem a peculiaridade de ser operacionalizada de forma transversal ou intersetorial (MARRARA, 2015b, p. 251), de maneira pontual na resolução de casos (LIMA, 2009, p. 30) e que, muitas vezes, pode conflitar com a atuação setorializada das Agências.

Não à toa, o CADE não consta do rol das Agências Reguladoras estabelecido no art. 2º, da Lei nº 13.848/2019, mas o capítulo III deste diploma legal dedica-se à interação entre as agências reguladoras e os “órgãos” de defesa da concorrência.

O destaque conferido à expressão “órgãos” decorre da inconsistência de sua acepção clássica no direito administrativo, como ente despersonalizado (JUSTEN FILHO, 2014, p. 213), considerando os contornos conferidos ao CADE, como entidade autárquica, com personalidade jurídica de direito público (art. 44 do Código Civil).

O mencionado regime especial também foi conferido ao ente que se destina à política antitruste, que, a par da natureza de suas atividades, no mais, a ele é assemelhado, notadamente com relação à autonomia orgânica e funcional, expressamente referidos no art. 3º, da Lei nº 13.848/2019, *in verbis*:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

Tanto a Lei nº 8.884/94, que, inicialmente, conferiu contornos autárquicos ao CADE como ente regulador dotado de personalidade jurídica própria, quanto a Lei nº 12.529/2011, atualmente vigente, estabelecem que não há subordinação desta entidade da Administração Indireta ao Poder Executivo, o que, na verdade, é da essência das autarquias.

Além disso, tais normas asseguram mandato a termo dos dirigentes do CADE, bem como estabelecem que as decisões do respectivo órgão de cúpula – o TADE – é a última instância administrativa, não se sujeitando, portanto, a recurso hierárquico impróprio, tal como se observa do art. 9º, §2º e do art. 61, §3º, do diploma em vigor.

Há ainda que se pontuar que o CADE foi constituído como um verdadeiro tribunal administrativo de defesa da concorrência (LIMA, 2009, p.28), dotado do que o artigo 6º da Lei nº 12.529/2011 designa de competência judicante, com “jurisdição” em todo o território nacional.

Necessário compreender que o vocábulo “jurisdição, não é utilizado pela lei no sentido técnico conferido à função jurisdicional, que no âmbito da separação de poderes, é aquela dotada de substitutividade e definitividade (MOREIRA NETO, 2009, 23-24), até mesmo sob pena de inconstitucionalidade, diante do princípio da unidade de jurisdição, elencado no art. 5º, XXXV, da CRFB/88.

Daí que a atividade judicante ou judiciariforme levada a efeito pela entidade antitruste deve ser compreendida como equivalente jurisdicional, tal como se observa do posicionamento de Didier (2017, p. 192):

A decisão de conflito por tribunal administrativo é exemplo de equivalente jurisdicional, pois, embora se trate de solução por heterocomposição dada por um sujeito imparcial diante de uma situação concreta faltam-lhe os atributos da aptidão para a coisa julgada material e da insuscetibilidade de controle externo, indefectíveis da atividade jurisdicional.

Trata-se, portanto, de verdadeiro contencioso administrativo, compatível com o nosso ordenamento, desde que suas decisões possam ser submetidas ao escrutínio do judiciário, o que será analisado nas próximas seções do presente trabalho.

O CADE foi, portanto, constituído e organizado para dizer o direito no caso concreto, em âmbito administrativo, com relação às infrações da ordem econômica, sendo certo que sua atuação deve ser instrumentalizada mediante a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/88), atendidas as balizas estabelecidas na Lei nº 12.529/2011.

Para tanto, de acordo com o art. 5º da Lei 12.529/2011, o CADE é constituído por três órgãos: (I) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – TADE -, com atribuição mais voltada para a função judicante, consoante art. 9º do mesmo Diploma; (II) Superintendência-Geral, que tem competência investigatória e instrumental para as decisões do TADE, art.13; e (III) Departamento de Estudos Econômicos, de natureza consultiva, que realiza estudos econômicos e emite pareceres para subsidiar as decisões do TADE, art. 17.

Considerando as atribuições delimitadas na legislação de regência, o principal foco do presente estudo são as competências conferidas ao TADE, órgão colegiado de cúpula que efetivamente profere as decisões sancionatórias, que serão submetidas à apreciação do Judiciário.

2.1.4 O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – TADE - e suas competências

O delineamento do TADE é objeto dos artigos 6º a 9º da Lei nº 12.529/2011. Os três primeiros dispositivos destinam-se a composição do órgão colegiado, que conta um

Presidente e seis conselheiros, nomeados para exercício de quatro anos de mandato a termo, não coincidentes, vedada a recondução.

O art. 9º da Lei nº 12.529/2011 versa sobre as competências do TADE, que abarcam, dentre outras, a apreciação de atos de concentração econômica, aprovando-os ou rejeitando-os e a aprovação de termos de acordo de controle de concentrações, visando a evitar a caracterização de violações à ordem econômica, no âmbito da política antitruste.

Tal dispositivo prevê ainda as atribuições de julgamento de condutas dos agentes econômicos, para fins de determinar se constituem infração à ordem econômica, bem como a imposição de multas e demais penalidades previstas na lei, além da aprovação de compromisso de cessação de condutas, mediante as quais os agentes econômicos obrigam-se a abandonar práticas suspeitas.

O TADE destina-se, portanto, a dar a última palavra em âmbito administrativo acerca de casos concretos que envolvam a defesa da concorrência, que pode ser dividido em controle preventivo e repressivo.

Na primeira esfera, cabe ao órgão de cúpula em questão determinar medidas estruturais e comportamentais aos agentes econômicos para as fusões, transformações e incorporações ocorridas no mercado, ou seja, o controle das concentrações.

Já no espectro de repressão das condutas que importem em infração à ordem econômica, ao TADE cumpre a aplicação de penalidades que vão desde a multa até a possibilidade de aplicação de sanções de desinvestimento.

Em que pese a relevância de todas as atribuições mencionadas, o objeto do presente estudo se concentra no controle repressivo, ou seja, na atividade sancionatória para coibir as práticas anticoncorrenciais.

2.2 Peculiaridades da atividade sancionatória exercida pelo CADE

O objetivo central da pesquisa recai, portanto, sobre a responsabilização administrativa no âmbito da defesa da concorrência, considerando que ao CADE cumpre verificar a caracterização dos ilícitos antitruste e aplicar as penalidades previstas na lei, por meio do TADE, que é o órgão de cúpula dotado da respectiva atribuição, de modo que certas peculiaridades de tal atividade exigem tratamento mais aprofundado.

2.2.1 Sanção e Regulação

Juntamente com a conformação do Estado Regulador na linha anteriormente traçada, houve a expansão do direito administrativo sancionador (VORONOFF, 2019, p. 29), que ainda não conta com uma adequada estruturação no ordenamento pátrio, valendo-se muitas vezes da influência das teorias da responsabilização do direito privado e do direito penal (MARRARA, 2017, p. 221).

Ocorre que as esferas de responsabilização são, em regra, independentes e autônomas entre si, dotadas, por conseguinte, de singularidades atinentes aos seus escopos distintos.

Como bem pontuado por Voronoff (2019, p.48), no caso das sanções administrativas “o componente dissuasório predomina em relação aos fins redistributivos típicos da esfera penal”, de modo que as penalidades em âmbito administrativo não são um fim em si mesmas, mas um instrumento, e devem ser compreendidas como “técnica regulatória ou como meio de gestão, e não como um castigo” (*Ibidem*, p. 48).

A responsabilização administrativa se apresenta, portanto, como “uma ferramenta a serviço do Estado-Administrador para a consecução de interesses públicos relevantes, usualmente dissociados de um juízo de reprovação ético-moral” (*Ibidem*, p. 49), que tem aptidão de produzir os efeitos e incentivos almejados para o ordenamento jurídico.

Neste contexto, a sanção integra um ciclo regulatório mais complexo, que pode ser compreendido como formado pelos seguintes momentos:

- i) pela identificação de um objetivo público a ser alcançado (e.g., desenvolver o setor de óleo e gás no país; ampliar a infraestrutura; viabilizar a segurança e a livre circulação de veículos na cidade; manter a ordem e a moralidade no funcionamento da burocracia); ii) pela definição de estratégias estatais para o alcance do objetivo público definido (como a edição de normas restritivas de condutas, celebração de parcerias ou políticas de fomento); iii) pela efetiva implementação dessas estratégias, o que inclui as atividades de fiscalização e de punição (quando for o caso); iv) pela avaliação de seu desempenho vis-à-vis a perspectiva da finalidade pública almejada; e v) pela adoção de eventuais ajustes ou modificações necessários nesse modelo. (VORONOFF, 2019, p. 114)

Não à toa, o mencionado ciclo regulatório em muito se assemelha aquele estudado no campo multidisciplinar correlato, designado de ciclo das políticas públicas, no qual a delimitação, implementação e avaliação das condutas a serem postas em prática passam por um processo de estruturação temporal, deliberativo.

Tal processo é formado por diversas fases, que se operam de forma dinâmica e de aprendizado, com vistas a se retroalimentar de forma virtuosa, que, celeumas à parte, é

estruturado nos seguintes estágios: “montagem da agenda, formulação da política, tomada de decisão, implementação e avaliação da política” (HAWLETT, RAMESH & PERL, 2013, p. 12 e ss.), a fim de que sejam adotados ajustes que se revelem necessários para a melhora na atuação.

Outro não é o escopo da função sancionatória exercida pelo CADE, na medida em que diante dos objetivos públicos elencados na Constituição, ora caracterizados como verdadeira política de Estado, no sentido de promover a defesa da concorrência e coibir o abuso do poder econômico para promover o bem-estar social (montagem de agenda), põe em prática as estratégias definidas pela legislação para alcançar tal objetivo (formulação da política).

Dentre elas está o sancionamento dos ilícitos anticoncorrenciais, que se enquadram na esfera da responsabilização administrativa e correspondem à tomada de decisão e implementação da política em foco.

A verificação da implementação da técnica punitiva visa a coibir os efeitos negativos que tais práticas possam reproduzir nos mercados, mediante a verificação do alcance da finalidade almejada por meio da penalidade imposta (avaliação da política) e, eventualmente, ajustes a serem realizados em práticas futuras.

A questão pode ser analisada sob o viés da teoria econômica da pena, que se utiliza do instrumental da ciência econômica para compreender, entre outras, quais práticas devem ser objeto de punição e a forma de combatê-las, mediante enfoque racionalista do custo-benefício de praticar ou não a conduta ilícita (BOSSON, 2016, p. 121).

Ao realizar a análise empírica das sanções aplicadas pelo CADE no chamado cartel de cimento, Bosson (*Ibidem*) divide as reprimendas impostas em quatro categorias: “as que geram benefícios sociais, as que geram prejuízos sociais, as que possuem pouco ou nenhum efeito e as que apresentam riscos na sua implementação”.

A aludida análise da sanção posta coaduna-se com o momento da avaliação no aludido ciclo regulatório, para fins de apuração se o objetivo público foi alcançado pela estratégia determinada pela lei e implementada pelo órgão competente no caso concreto.

No âmbito do controle dos atos de concentração, tal ótica é evidenciada, ainda, pelo disposto no art. 88, da Lei nº 12.529/2011, que permite a aprovação dos atos que gerem riscos à concorrência, se importarem em eficiências compensatórias, mediante uma análise de prognóstico (olhar para o futuro), típica do consequencialismo.

Mas, considerando que as projeções realizadas podem não ocorrer, compactua ainda com a ideia do ciclo regulatório, o disposto no art. 91, da Lei nº 12.529/2011, que

expressamente viabiliza a revisão administrativa das decisões tomadas, em decorrência de imperativos de política pública, ou seja, pelo fato de a conduta determinada não ter alcançado os efeitos almejados na consecução dos objetivos insculpidos na Lei Maior.

A referida lógica subjacente do controle preventivo é pertinente também para o controle repressivo, cerne da presente análise, notadamente porque a função sancionatória realizada pelo CADE, não tem a finalidade de simplesmente punir.

Muito além disso, tal atividade busca evitar que os agentes econômicos realizem práticas que possam contaminar a higidez do sistema econômico, considerando que:

Se aceita essa importância dos efeitos na análise antitruste, é de se esperar que as sanções estatais também tenham o mesmo objetivo. A aplicação delas nesses processos também possui efeitos, que podem ser subótimos. Se a pena for insuficiente, agentes racionais, inclusive os próprios condenados, terão incentivos para cometer novas condutas, visto que lucrativas. Já se excessiva, o CADE estará inibindo os agentes racionais de ingressarem em atividades socialmente desejáveis, dado o risco de condenação por atos que fogem aos seus controles, como erros de julgamento ou atividades ilícitas de funcionários, contrários às normas institucionais. (BOSSON, 2016, p. 128)

Deve ser somado a isso, o fato de que a responsabilização administrativa, submetida ao princípio da legalidade, é operacionalizada pela técnica da tipicidade aberta mediante a vedação em abstrato das condutas em um dispositivo, atualmente, o art. 36, da Lei nº 12.529/2011, com a reprimenda decorrente do descumprimento do dever legal em outro, assim como pode ser observado especialmente dos arts. 37 e 38, da Lei nº 12.529/2011.

Desse modo, ainda que o art. 36, §3º, da Lei 12.529/2011 exemplifique algumas condutas vedadas, cuja ilegalidade é qualificada por correlação direta, no *caput* deste dispositivo são utilizados vários conceitos jurídicos indeterminados, que conferem espaço para a caracterização do ilícito para as situações de abuso do direito, em relação as quais a correlação não se dá de forma direta (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 410-415).

A lógica regulatória no sancionamento previsto na lei de defesa da concorrência, tanto a anterior quanto a atual, pode ser ainda verificada no fato de que nem toda conduta vedada corresponderá obrigatoriamente a um ilícito antitruste, diante da existência das chamadas válvulas de escape (FORGIONI, 2015, p. 193-194).

De outro lado, nem toda a conduta que, em princípio, não seja pormenorizadamente vedada, será obrigatoriamente lícita, pois pode configurar o abuso, igualmente, reprimido pelas leis de regência (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 414).

Portanto, no exercício da função sancionatória, o CADE não lida com questões estritamente jurídicas, mas examina informações de outras ordens, relativas aos múltiplos

aspectos das operações que chegam até ele e suas decisões promovem efeitos sistêmicos no mercado.

Tal análise depende do momento histórico e das circunstâncias fáticas verificáveis, de modo que “seu processo de tomada de decisão é, portanto, bastante complexo, ultrapassando a dicotomia do legal e ilegal com que tradicionalmente trabalha o Poder Judiciário” (SUNDFELD, 2012, p. 14).

2.2.2 *Expertise* e parâmetros decisórios no âmbito do CADE: a prática consequentialista

Ainda nos termos do art. 6º da Lei nº 12.529/2011, há a exigência de que o presidente e os conselheiros do TADE tenham notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, para que possam ser nomeados para o exercício do respectivo mandato a termo, o que tem por objetivo o desempenho pautado por uma atuação técnica e não política, típico da atividade regulatória.

Trata-se de característica institucional marcante, a despeito de, na prática, historicamente, nem sempre ser observada, diante das múltiplas interferências políticas que podem ser verificadas nas indicações realizadas pelo Chefe do Poder Executivo.

Não obstante, a verificação das infrações à ordem econômica impõe um conhecimento interdisciplinar, para além da análise estritamente jurídica, especialmente de ordem econômica, que, apesar de ser comum ao estudo das políticas públicas, ainda é um pouco extravagante para o direito.

Exige-se a verificação de dados empíricos, circunstâncias fáticas e econômicas complexas, que inclui a materialidade das condutas, a definição do mercado relevante e demanda uma análise das consequências e repercussões da conduta no mercado analisado.

O reconhecimento da ilicitude da prática estabelecerá padrões de conduta que deverão ser respeitados por todos os agentes econômicos, inclusive pelo próprio Estado, quando atua nesta qualidade.

Após diferenciar o sistema norte-americano e o sistema europeu para a caracterização dos ilícitos em matéria concorrencial, no sentido de existirem suportes fáticos distintos para hipóteses diferentes, Forgioni (2015, p. 129-130) esclarece que no direito brasileiro foi adotado um sistema híbrido.

Isso porque há a consagração da caracterização do ilícito pelo objeto ou pelo efeito, submetida à responsabilização objetiva, na forma do art. 36, *caput*, da Lei nº 12.529/2011, mediante exemplificação de alguns casos, consoante se observa de seu §3º.

A configuração da infração antitruste prescinde, portanto, da análise do elemento culpa nas condutas analisadas e não depende necessariamente nem da correlação direta com uma conduta especificamente vedada pela lei, nem da existência de abuso (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 410), podendo ocorrer em um ou outro caso, diante dos fins igualmente protegidos.

Impõe-se, desse modo, que sejam consideradas as circunstâncias do comportamento e o seu efeito no mercado, a fim de que, à luz do ciclo regulatório em que estão incluídas as penalidades, a sanção não venha a desempenhar finalidade oposta daquela determinada pela Constituição.

Demais disso, a política de defesa da concorrência versa sobre questões que são jurídica e politicamente sensíveis, considerando que, no desempenho de sua missão de protetora da concorrência no mercado, a autoridade antitruste precisará decidir qual tipo de erro prefere cometer.

Explica-se, “na doutrina econômica costuma-se fazer referência ao “erro de tipo 1” (por excesso) e ao “erro de tipo 2” (pela insuficiência)” (JORDÃO, 2016, p. 185).

Na primeira situação, condutas eficientes serão penalizadas, enquanto na segunda, condutas anticompetitivas não serão punidas, à luz de outros interesses tutelados pelo ordenamento, que, ainda que implicitamente, precisam ser consideradas pela entidade decisória.

A configuração da ilicitude anticoncorrencial perpassa por uma análise pragmática de dados empíricos, traço distintivo do consequentialismo, que deve ser amparada por embasamento técnico que dará corpo a sua caracterização, preocupado com os efeitos sistêmicos dela decorrentes.

Tal caracterização é permeada por conceitos jurídicos indeterminados, o que aponta para a necessidade de enfrentamento da questão acerca da discricionariedade na atuação repressiva do CADE.

2.2.2.1 A questão da discricionariedade

A afirmação da existência e eventuais contornos da discricionariedade na atividade sancionatória é dos temas complexos no direito administrativo pós-moderno e se desdobra nas

discussões correlatas acerca do mérito administrativo e da viabilidade do controle judicial que sobre ele possa vir a incidir.

Reminiscências históricas, notadamente do Estado de polícia, em que o governo era integralmente confundido com a Administração, apontam para a corrente desconfiança e até mesmo rechace à discricionariedade, diante da aproximação com ideias de um governo arbitrário, caprichoso, ou para significar uma decisão de cunho meramente político, que não se sujeitaria a parâmetros jurídicos de controle (BINENBOJM, 2008, p. 196).

De acordo com entendimento clássico, a discricionariedade pode ser definida como “faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções válidas perante o Direito” (DI PIETRO, 2017, p.38).

Daí exsurge o tradicional conceito de mérito administrativo, consubstanciado “na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar” (MEIRELLES, 1996, p. 138).

Durante longo período, prevaleceu uma dicotomia estanque, tida como insofismável, entre atos vinculados e discricionários. No primeiro caso, a norma predeterminaria de modo completo e exauriente o único comportamento possível para a Administração (MELLO, 2010, p. 9).

Já na segunda situação, a norma conferiria um campo de liberdade, que resultaria em uma margem de escolha na realização da conduta administrativa, mediante critérios de conveniência e oportunidade (*Ibidem*, p. 9).

A recorrência das expressões conveniência e oportunidade na alusão tanto à discricionariedade quanto ao mérito administrativo, remontam à citada e justificada desconfiança, notadamente quando tais conceitos jurídicos são utilizados para afastar, de plano, a possibilidade de controle judicial, ao argumento de violação do princípio da separação de poderes.

Em razão disso, existem especialistas que fundamentadamente refutam a utilização do argumento da discricionariedade para afastar ou mitigar a revisão judicial das decisões do CADE (FORGIONI, 2015, p. 157).

Há, ainda, quem evite utilizar tal nomenclatura em sentido clássico, considerando que “a existência de uma competência discricionária para a caracterização de infração à ordem econômica causa estranhamento” (LIMA, 2009, p. 38) e que a correlação entre

atividade sancionatória e discricionariedade pode causar percalços em termos de garantias individuais (*Ibidem*, p. 39).

Ainda que reconhecendo as celeumas envolvendo a discricionariedade e as dificuldades de trabalhar com o tema no âmbito sancionatório, fato é que os Tribunais Superiores lançam mão de tal conceito ao analisar as decisões sancionatórias do CADE, como se verá na seção específica, assim como se referem ao respectivo mérito.

Há bastante tempo não se questiona mais nem na doutrina, nem na jurisprudência, a possibilidade de controle judicial dos atos discricionários, existindo, no entanto, profundas incertezas quanto aos “limites (intensidade) e parâmetros (critérios) que devem presidir esse controle” (BINENBOJM, 2008, p. 201).

Tais fatores são de crucial importância para o problema da pesquisa, notadamente diante da imposição normativa do consequencialismo pela Lei nº 13.655/2018, tanto para a esfera de atuação e controle em âmbito administrativo, quanto no controle jurisdicional sobre ela exercido.

Parte-se, portanto, da ideia de que a evolução da discricionariedade acompanhou os novos contornos do princípio da legalidade (DI PIETRO, 2017, p. 38), influenciado pela constitucionalização do direito administrativo e pelo reconhecimento da normatização dos princípios insculpidos na ordem jurídica (ALEXY, 2011, *passim*).

Alcança-se, assim, o que muitos doutrinadores passaram a designar de princípio da juridicidade, que, em linhas gerais, significa que a Administração submete-se não apenas à lei em sentido estrito, mas ao direito como um todo (ARAGÃO, 2012, p. 58).

A releitura do princípio da legalidade tem ainda relevantes efeitos para o Estado Regulador e, por conseguinte, para a consolidação da atividade regulatória, ao admitir a delegação de determinadas competências para novos centros de decisão na Administração, dentre eles o CADE, considerando que tais atribuições abarcam a análise de dados complexos que exigem enfrentamento técnico e multipolar, com vistas a tornar o exame menos sujeito à interferência política.

Neste diapasão, a antiga dicotomia estanque e clássica entre discricionariedade e vinculação, deu lugar ao reconhecimento de que o espaço de apreciação administrativa se submete a diferentes graus de vinculação à juridicidade, de modo que não há uma “liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional” (BINENBOJM, 2008, p. 201).

Independentemente da nomenclatura adotada, é irrefutável a existência de normas que exigem integração por meio de orientações administrativas, que segundo Aragão (2012, p. 516) seriam aquelas que possuem baixa densidade normativa.

Desse modo, é útil a compreensão do conceito em comento sob um outro olhar, no sentido de que a discricionariedade é uma:

(...) técnica jurídica que se destina a sintonizar a ação administrativa concreta à ideia de legitimidade contida na lei, o que se assemelha de certo modo, ao instituto da delegação, outorgada pelo legislador ao administrador público, na própria lei, para que este possa fazer a necessária integração casuística, na ocasião e no modo mais adequado, para satisfazer a finalidade pública legalmente imposta (MOREIRA NETO, 2009, p. 107).

Nesse contexto, para os fins da análise ora efetuada, o mérito administrativo corresponde ao “conteúdo das considerações discricionárias da Administração”, correspondendo ao “produto do exercício da discricionariedade” (MOREIRA NETO, 2009, p. 231).

Em termos mais simplificados, discricionariedade é a técnica de integração casuística e mérito o seu resultado, certo que as celeumas relacionadas à sua insindicabilidade serão doravante aprofundadas, no exame qualitativo das decisões dos Tribunais Superiores.

É importante frisar que a transformação nos paradigmas do direito administrativo, consolidada pela Lei nº 13.655/2018, importa, de um lado, na redução da margem de escolha conferida ao administrador, sobretudo no aspecto político, diante dos novos parâmetros que por ele devem ser obedecidos à luz da juridicidade.

De outro lado, sedimenta o campo para as ponderações que devem ser exercidas no âmbito da atividade regulatória, de integração da moldura normativa, desenvolvida sobre parâmetros complexos e técnicos, tal como realizado nas decisões sancionatórias a cargo do CADE.

Observa-se, portanto, a existência de “profundas alterações no conceito de discricionariedade administrativa, ora para ampliá-la (com a defesa da discricionariedade técnica), ora para reduzi-la (como consequência da aplicação do princípio da legalidade)” (DI PIETRO, 2017, p. 38), que são de crucial importância para a análise do controle do mérito das decisões administrativas.

3 CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES SANCIONATÓRIAS DO CADE: POSSIBILIDADES

Diante do delineamento de pontos relevantes da estrutura regulatória da defesa da concorrência no Brasil e da presença da perspectiva consequencialista nas decisões do CADE, o enfrentamento passa para as questões atinentes ao controle judicial das penalidades aplicadas pela autarquia, mediante a análise dos dados levantados junto à jurisprudência das Cortes Superiores.

3.1 Acesso à Justiça, independência das esferas e seus efeitos nas decisões regulatórias

A garantia fundamental prevista no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, no sentido de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, reafirmada pelo art. 3º do CPC, não deixa dúvida quanto à possibilidade de judicialização de questões atinentes às infrações à ordem econômica, mesmo antes de eventuais decisões sancionatórias proferidas pelo CADE.

Trata-se do princípio da inafastabilidade de jurisdição, que tem como principal efeito “o direito fundamental de ação, também designado como direito de acesso ao poder judiciário, direito de acesso à justiça ou direito de jurisdição” (DIDIER, 2017, p. 200), o qual não se exaure na simples provocação do Poder Judiciário, mas deve revelar “uma jurisdição qualificada; direito a uma jurisdição tempestiva, adequada e efetiva” (*Ibidem*, p. 205).

Ao discorrer sobre o acesso à justiça, Theodoro Junior (2015, p.146) destaca que:

Nele se englobam tanto as *garantias* de natureza *individual*, como as *estruturais*, ou seja, o acesso à justiça se dá, *individualmente*, por meio do direito conferido a todas as pessoas naturais ou jurídicas de dirigir-se ao Poder Judiciário e dele obter resposta acerca de qualquer pretensão, contando com a figura do *juiz natural* e com sua *imparcialidade*; com a garantia do *contraditório* e da *ampla defesa*, com ampla possibilidade de *influir* eficazmente na formação das decisões que irão atingir os interesses individuais em jogo; com o respeito à esfera dos direitos e interesses *disponíveis* do litigante; com prestação da *assistência jurídica* aos carentes, bem como com a preocupação de assegurar a *paridade de armas* entre os litigantes na disputa judicial; e com a *coisa julgada*, como garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva.

O aludido dispositivo constitucional traduz ainda o sistema do monopólio ou unidade de jurisdição, no qual apenas os órgãos do judiciário exercem a função jurisdicional, com caráter de definitividade (CARVALHO FILHO, 2020, p. 1798), e o seu exercício não pode ser condicionado ao esgotamento da via administrativa (ARAGÃO, 2012, p. 615), ressalvadas pontuais exceções na Lei Maior, que não abarcam a política de defesa da concorrência.

A jurisdição é, portanto, manifestação precípua do Poder Judiciário, cuja atuação deve ser independente e harmônica com os Poderes Legislativo e Executivo, na forma do art. 2º da CRFB/88, que, assim como a garantia fundamental de acesso à justiça, constitui cláusula pétrea na forma do art. 60, §4º, da CRFB/88 (BARROSO, 2020, p. 171).

A inafastabilidade de jurisdição é ainda reforçada no âmbito do direito antitruste pelo disposto no art. 47 da Lei nº 12.529/2011, correspondente ao art. 29 da Lei nº 8.884/94, ao estabelecer que os prejudicados, por si ou pelos legitimados mencionados no Código de Defesa do Consumidor poderão obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica “independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”.

Este dispositivo da lei de defesa da concorrência ilustra, também, a independência das esferas de responsabilização, penal, civil e administrativa, e a inexistência de prejudicialidade entre elas.

Isso significa, de um lado, que a apuração administrativa não fica prejudicada, *per se*, pela simples invocação do judiciário, dependendo de pronunciamento jurisdicional específico para tanto. De outro lado, coaduna com o fato de não ser necessária a manifestação administrativa para a provocação do judiciário.

Neste ponto, relevante destacar trecho de acórdão que será adiante aprofundado no chamado “cartel dos cegonheiros”, no RE 677585/RS (2006, *on-line*), julgado pela Primeira Turma, de relatoria do Ministro Luiz Fux, ao dispor que:

[...] Deveras, a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE), não inibe a intervenção do Judiciário *in casu*, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo e, *a fortiori*, desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional.

[...] Inexiste violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, *in casu*, perante a SDE - Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, para investigação e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes.

É importante lembrar que a responsabilização administrativa pelas infrações antitruste é operacionalizada perante o CADE, notadamente pelas decisões do TADE, cujo plenário é competente para “decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei”, na forma do art. 9º, II, da Lei 12.529/2011, correspondente ao art. 7º, II, da Lei nº 8.884/94.

O Judiciário não deve substituir a Administração no exercício de suas atribuições, sob pena de violação à separação de poderes (OLIVEIRA, 2018, p.817), o que significa dizer que não pode assumir o mister institucional do CADE de aplicar penalidades administrativas em decorrência de infrações à ordem econômica, ou seja, não deve exercer atividade de polícia, relativa ao direito administrativo sancionador.

Contudo, não se pode impedir que o Judiciário se manifeste sobre a existência ou não de conduta anticoncorrencial, quando instado a se manifestar sobre lesão ou ameaça de lesão a direitos na tutela de direitos individuais ou coletivos.

Até porque o Judiciário, quando provocado, não pode se eximir de conferir solução ao caso concreto, diante da premissa de que “todo o problema que for submetido ao Tribunal precisa ser resolvido necessariamente” (DIDIER, 2017, p. 178).

O controle jurisdicional poderá ocorrer, portanto, de forma prévia à atuação sancionatória do CADE, dando ensejo às chamadas ações *stand alone* ou autônomas, bem como em momento posterior à aplicação da penalidade pelo TADE, com vistas verificar a compatibilidade da decisão administrativa sancionatória com as normas do ordenamento jurídico de forma definitiva.

Segundo Mendonça e Veríssimo (2018, p. 199)

Com base no princípio da inafastabilidade judicial, o Poder Judiciário deve analisar demandas cíveis ou criminais relacionadas à ordem econômica mesmo que não tenham sido ou nunca sejam analisadas pelo CADE [...]. Portanto, além da atuação da autoridade concorrencial, de inegável protagonismo em relação à defesa da concorrência, também o judiciário brasileiro, provocado por particulares ou pelo Ministério Público, é uma parte crítica do processo de aplicação da defesa da concorrência [...].

Considerando que a análise das questões criminais, sujeitas à reserva de jurisdição, escapam do presente escopo, o exame está concentrado no âmbito da tutela jurisdicional civil, considerando, inclusive, os reflexos que pode ensejar na política regulatória levada a efeito em âmbito administrativo para a defesa da concorrência, seja na manifestação prévia ou concomitante, seja na manifestação posterior.

3.2 Controle prévio e concomitante à atuação do CADE: as ações *stand alone*

No direito concorrencial europeu há uma classificação que guarda estreita relação com a abordagem que se pretende, que divide as ações judiciais em matéria concorrencial em *follow-on actions* e *stand alone actions* ou ações autônomas (CUNHA, 2018, p. 212).

A primeira espécie mencionada refere-se às ações propostas após a decisão da autoridade concorrencial reconhecendo a existência de um ilícito na respectiva seara (*Ibidem*, p. 212), a se enquadrar, portanto, no que é referido como controle posterior, objeto da próxima subseção.

Já as ações *stand alone* podem ser compreendidas como o “litígio em matéria concorrencial apresentado aos tribunais sem provocação anterior das autoridades da concorrência ou em casos em que a autoridade concorrencial escolhe discricionariamente não investigar determinadas condutas” (AMARO *apud* MENDONÇA e VERÍSSIMO, 2018, P. 195-196).

O direito de acesso à justiça viabiliza que tais ações autônomas sejam ajuizadas por pessoas físicas e/ou jurídicas, bem como pelo Ministério Público, ou outros legitimados, para a defesa do princípio da livre concorrência, por meio de tutela individual ou coletiva.

Desse modo, o recorte das chamadas ações *stand alone* levou em consideração os acórdãos dos Tribunais Superiores, sobretudo, do C. STJ, nas lides que versam sobre infrações anticoncorrenciais, independentemente de manifestação do CADE, não abarcando eventuais demandas de ressarcimento de danos relacionadas as práticas antitruste, por fugir do objeto de perquirição da responsabilização administrativa, a cargo da autarquia em questão.

Em análise empírica de litígios envolvendo infrações à ordem econômica em diversos Tribunais, Mendonça e Veríssimo (2018, p. 2019) destacam que “é possível constatar que o Judiciário não tem se eximido de sua competência jurisdicional no tocante às ações concorrenciais *stand alone* ou autônomas”, advertindo, no entanto, que seria interessante a criação de varas especializadas, como um caminho para o aprimoramento da jurisprudência.

O aprofundamento dos temas objeto de acórdãos relacionados ao controle prévio e concomitante, especialmente quando comparados aos resultados alcançados no controle posterior, levam à conclusão de que nas lides objeto de ações *stand alone* há forte dissonância entre o entendimento do CADE e a orientação adotada pelo Judiciário, realidade que se mostra distinta do cenário das *follow-on actions*.

Alguns levantamentos, com base em pesquisas quantitativa e qualitativa, envolvendo todos os Tribunais, dentre os quais destacam-se o estudo da Sociedade Brasileira de Direito Público (ALMEIDA, 2012), aquele encomendado pelo Conselho Nacional de Justiça (AZEVEDO, FERRAZ JUNIOR e MARANHÃO, 2011) e outro realizado pelo Comitê de Contencioso Econômico do IBRAC (DRAGO e PEIXOTO, 2018), em geral, confirmam os balancetes realizados pelo CADE, no sentido de que cerca de oitenta por cento das decisões sancionatórias da autarquia costumam ser confirmadas pelo Judiciário.

Contudo, o aludido percentual se refere ao que ora é designado de controle posterior, na medida em que outra parece ser a realidade do controle prévio e concomitante por meio de ações autônomas, pois neste último caso, em três das cinco situações analisadas na jurisprudência do C. STJ não houve concordância ou deferência à atuação da autarquia, notadamente por parte de órgãos julgadores especializados em direito privado.

Tal circunstância somada a outras peculiaridades inerentes à atividade jurisdicional apontam para um cenário de insegurança jurídica, que tende a ser mais acentuado nas ações que retratam o controle antecedente ou paralelo à atuação da entidade antitruste .

Ao discorrer, posteriormente, sobre o aludido estudo encomendado pelo CNJ, Maranhão (2016, p. 43) aponta que, para além da excessiva demora do judiciário, é possível apontar os seguintes percalços, com relação ao controle judicial de decisões regulatórias, em tudo aplicável à prática sancionatória do CADE:

Com relação à incerteza jurídica, os seguintes fatores foram identificados: (i) a falta de diretrizes para a concessão de liminares em casos que questionam as agências regulatórias; (ii) a complexidade do sistema recursal no Brasil, tornando possível discutir a mesma questão várias vezes no mesmo caso; (iii) o potencial de múltiplas ações judiciais com o mesmo objeto; e, novamente, (iv) as disputas entre juízes sobre o escopo da revisão judicial.

Finalmente, alguns problemas recorrentes envolvendo a qualidade das decisões das agências foram identificados e ilustrados, a saber: (i) a ênfase excessiva em questões processuais; (ii) a falta de conhecimento técnico; (iii) a influência do direito privado; e (iv) a resistência em analisar a matéria das políticas regulatórias, valendo-se do formalismo. (*Ibidem*)

As demandas enquadradas no recorte das ações autônomas envolvem algumas questões complexas, que por vezes, tal como apontado nas dificuldades acima, foram objeto de mais de um acórdão sobre a mesma questão fática e foram agrupadas em: 1) dever de agir do CADE; e 2) análise em concreto das práticas anticoncorrenciais, que se desdobrarão nos temas adiante enfrentados.

3.2.1 Dever de agir do CADE

Antes de aprofundar a decisão que trata especificamente do dever de agir do CADE no exercício de seu mister institucional, há importante questão subjacente, que perpassa pela obrigatoriedade da autarquia intervir nas demandas que versem sobre direito concorrencial, notadamente no âmbito das ações *stand alone*.

O art. 118, da Lei nº 12.529/2011, de conteúdo idêntico ao revogado art. 89, da Lei nº 8.884/94, determina que: “Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o

Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”, existindo controvérsia quanto à obrigatoriedade e à natureza de tal intervenção.

Neste último aspecto, há quem sustente que tal intervenção mais se aproximaria da figura do *amicus curiae*, na medida em que o CADE, em princípio, não teria interesse jurídico no sucesso de qualquer das partes envolvidas na demanda, considerando que sua atuação teria a finalidade de fornecer subsídios para a solução da causa, no que se distinguiria da assistência (CUNHA, 2018, p. 2016).

Diante de tal constatação e das peculiaridades das demandas envolvendo matéria concorrencial, com relação à obrigatoriedade de atuação do CADE, Cunha (2018, p. 217) sustenta que:

(...) a ausência de participação do CADE nas *stand alone actions* tem efeitos negativos para o cumprimento efetivo do direito concorrencial e para o seu desenvolvimento. Até porque se trata de matéria especializada na qual são demandados determinados padrões de investigações, análises econômicas e decisões extremamente complexas. Como as varas judiciais estão abarrotadas de demandas, torna-se difícil que o Poder Judiciário possa proferir decisões com a técnica semelhante a de uma autoridade antitruste, o que torna ainda mais relevante o auxílio e participação efetiva do CADE, na discussões envolvendo a Lei nº 12.529/2011.

Os acórdãos dos Tribunais Superiores apontam para admissão do CADE como *amicus curiae* em diversos processos que tangenciem questões concorrenciais, tais como no E. STF no RE 597165-AgR (STF, 2014, *on-line*) ou na ADC 57 (STF, 2019, *on-line*), assim também no âmbito do C. STJ, consoante verificado no AgInt no AREsp 1172913 / RJ (STJ, 2019, *on-line*) e do RESP 737073/RS (STJ, 2006, *on-line*), mas não se pode dizer que haja uma consolidação de entendimento nesse sentido, admitindo-se, também, a assistência simples, conforme se verifica do ERESP 191080/SP (2010, *on-line*), que será aprofundado quando da análise da unimilitância.

Independentemente da natureza da intervenção, existem acórdãos que apontam para a prescindibilidade de tal atuação, conforme se pode extrair do RESP 453658/PB (STJ, 2002, *on-line*), ao entender que a ausência de intimação da entidade autárquica em litígio entre particulares não enseja nulidade processual.

Tal celeuma foi também analisada no RESP 650892/RS (STJ, 2009, *on-line*) que corresponde a uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do CADE e de outros réus, visando a obter o provimento jurisdicional para impor que a mencionada autarquia exercesse as competências estabelecidas em lei, com relação ao combate à formação de cartel e prática de preços predatórios (*dumping*) por distribuidoras de combustíveis.

Importante notar que a decisão foi proferida com base na Lei nº 8.884/94, à época vigente, que conferia as atribuições instrutórias de apurar as infrações à ordem econômica para a SDE, que era órgão externo ao CADE, atualmente a cargo da SG, a apontar para impossibilidade se exigir do CADE naquele momento conduta que não se enquadrava dentre as suas atribuições, consoante se observa do seguinte trecho da ementa:

ADMINISTRATIVO. INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA. FORMAÇÃO DE CARTEL E DUMPING. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CADE. PEDIDO FORMULADO NO SENTIDO DE QUE ESTA AUTARQUIA, DIANTE DA HIPÓTESE FÁTICA, EXERCESSE SEU MISTER INSTITUCIONAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

[...]

3. Em primeiro lugar, no que tange à ilegitimidade passiva ad causam do Cade, é importante transcrever o pedido formulado na inicial pelo Ministério Público Federal que lhe diz respeito (fl. 91 - sic): "g) condenação das rés Agência Nacional do petróleo, União Federal e CADE, a exercer, de maneira regular, seu mister institucional, coibindo abusos dos segmentos, nos termos do que for decidido na presente ação civil pública;".

4. Como se observa, a tentativa do Parquet é forçar a atuação do Cade em face de supostas práticas contra a ordem econômica (no caso, em razão da formação de cartel e de prática de *dumping*).

5. Ocorre que a leitura dos arts. 7º, incs. II, III e IV, e 14, incs. III, VI e VII, da Lei n. 8.884/94 revela que compete à Secretaria de Direito Econômico - SDE a apuração de infrações contra a ordem econômica, sobrando para o Cade o dever legal de apreciar e julgar os processos administrativos que são remetidos em razão do exercício da competência da SDE.

6. Daí porque o Ministério Público Federal não pode exigir, em ação civil pública, que o Cade desenvolva seu "mister institucional", preservando a aplicação da Lei n. 8.884/94, quando inexiste espaço legal para a atuação da autarquia.

7. É verdade que o recorrente pode (e deve), sempre que entender cabível, acionar o Judiciário para combater estas espécies de condutas lesivas à ordem econômica, independentemente da atuação administrativa do Cade. Isto em razão do que dispõe o próprio art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República.

8. Ao contrário, o Parquet federal não pode impor ao Cade que funcione no presente feito, bem como que tome providências adequadas, quando, a priori, sequer se sabe se efetivamente foram cometidas as infrações alegadas ou quando sequer houve manifestação prévia da SDE provocando a atuação do Conselho.

[...]

Quanto à obrigatoriedade de atuação do CADE, ainda à luz do mencionado art. 89, da Lei nº 8.884/94, atual art. 118, da Lei nº 12.529/2011, cumpre destacar o seguinte:

[...]

9. O fato de o art. 89 da Lei n. 8.884/94 asseverar que "[n]os processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente" em nada abona a tese recursal.

10. Inicialmente, quanto a este ponto, a redação do dispositivo é clara ao conferir ao Cade uma faculdade, e não uma obrigação. A norma fala, ainda, da participação como assistente, e não como parte (que é o que pretende o Ministério Público Federal quando arrola o Cade como réu).

11. No mais, violaria a autonomia técnica do Conselho, como entidade reguladora da concorrência e da ordem econômica, forçá-lo a atuar administrativamente (lembre-se, o pedido inicial busca forçar o Cade a cumprir seu mister institucional) quando, de início, não vislumbra ele próprio competência nem motivos para tanto,

afinal o próprio Cade pode entender, por exemplo, que a conduta narrada pelo MPF é legal. [...] (RESP650892/RS, 2009, *on-line*)

A aludida ementa, em *obter dictum*, versa, ainda, sobre outra questão adrede relevante para o presente estudo, com relação aos impactos que uma decisão judicial prévia ou concomitante tem na atuação do CADE, na apreciação de infrações à ordem econômica, em decorrência da definitividade do provimento jurisdicional, *in verbis*:

“[...] Não fosse isso bastante, não há necessidade ou utilidade para o MPF a análise do pedido mencionado e a participação do Cade no feito, pois, existindo providência judicial reconhecendo ou não a conduta ilegal (provimento final da presente ação), o entendimento da esfera administrativa passa a ser irrelevante.
[...] (*Ibidem*)

Observa-se, portanto, a existência de entendimento jurisprudencial no sentido de que o CADE pode atuar como *amicus curiae* nas ações *stand alone*, mas sua intervenção, não é obrigatória, ainda que a decisão judicial possa ser determinante para a atuação do ente regulatório, bem como orientação no sentido de que a modalidade de intervenção seria a assistência, que também não seria impositiva para a autarquia.

3.2.2 Análise em concreto das infrações anticoncorrenciais

Em razão das importantes especificidades da análise em concreto das infrações anticoncorrenciais, notadamente pelo C. STJ, há necessidade de pormenorizar diferentes temas que foram objeto das situações apreciadas, a saber: 1) *dumping* de produtos farmacêuticos; 2) tarifa de armazenagem; 3) cartel dos “cegonheiros; 4) recusa de contratação e discriminação de preços no setor de gás liquefeito; 5) cláusula de raio.

3.2.2.1 *Dumping* de produtos farmacêuticos

A lide objeto do acórdão prolatado pela Segunda Turma do C. STJ, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, no RESP 1207855/SE (2011, *on-line*) é proveniente de ação civil pública ajuizada por sindicato de empresas pertencentes ao ramo de produtos farmacêuticos, com o objetivo de impugnar dito *dumping* praticado por empresas no ramo, consistente na realização de descontos alegadamente predatórios nos preços de medicamentos por elas comercializados.

Tal celeuma fora submetido ao CADE, que entendeu pela inexistência de conduta anticoncorrencial, ensejando a provocação do judiciário para o reconhecimento da caracterização do respectivo ilícito, também sob o fundamento de que a análise da autarquia teria sido demasiadamente superficial.

No mencionado julgado a Corte Superior manteve a decisão do Tribunal de origem que julgou improcedente o pedido, ao entender que não restou configurada infração à ordem econômica na situação impugnada nos autos, posicionando-se, desse modo, no mesmo sentido da entidade autárquica.

3.2.2.2 Tarifa de Armazenagem

A questão relativa à tarifa de armazenagem no setor aduaneiro chegou ao C. STJ por meio de Recurso Especial, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de determinado agente, visando à proteção da ordem econômica, para afastar tal cobrança para carga pátio.

Concluiu-se pela abusividade da prática, por caracterizar cobrança por serviço não prestado “com consequências nefastas na ordem concorrencial e no princípio da boa-fé objetiva” e com apoio na legislação setorial - Lei 8.630/93 (STJ, RESP 1181643/RS, 2011, *on-line*)

A ementa do respectivo acórdão evidencia, também, a viabilidade de análise do mérito concorrencial em ações *stand alone* ou autônomas, ao destacar que o “Poder Judiciário é competente para examinar Ação Civil Pública visando à proteção da ordem econômica, independentemente de prévia manifestação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade ou de qualquer outro órgão da Administração Pública”.

Quanto à alegação de que o CADE teria competência exclusiva para apurar infrações à ordem econômica, com fulcro no art. 7º, II, da Lei nº 8884/94, cumpre destacar importante trecho do voto do relator, Ministro Herman Benjamin, acolhido por unanimidade (2011, *on-line*):

O Cade é autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, competente para prevenir e reprimir condutas anticompetitivas, e ostenta sua conformação institucional atual desde 1994. É órgão administrativo judicante responsável pela apreciação, em apertada síntese, de processos administrativos e atos de concentração instruídos pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Os três órgãos compõem os pilares que sustentam as políticas de defesa administrativa da livre iniciativa e da livre concorrência no Brasil.

Trata-se de um ramo ainda jovem da Ciência Jurídica. Pioneiro no tema, o Direito americano tem como marco o Sherman Act, de 1891, e a Federal Trade Commission, órgão administrativo competente para apreciação de questões relacionadas com o antitruste, de 1914. No Brasil, a despeito de o Cade existir desde 1962, foi apenas com a instituição de uma economia de mercado pós-redemocratização e com a edição da Lei 8.884/94 que se erigiu a proteção da concorrência a tema de relevância para as políticas públicas econômicas e sociais.

No âmbito da atividade repressiva, neste primeiro período de consolidação da disciplina e da tutela antitruste no Brasil, concentraram-se esforços no *public enforcement*, ou seja, na tutela da concorrência oferecida por entes públicos, preocupados com a eficiência dos agentes econômicos, com a concorrência como instituição e com a proteção do bem-estar social, sempre conforme a Lei 8.884/1994. Foram, portanto, pouco menos de duas décadas destinadas à criação de órgãos especializados no exame da matéria e formação de técnicos com *expertise* em disciplina bastante específica e com ainda pouca disseminação acadêmica.

Esse esforço, bastante louvável, jamais eliminou a possibilidade do *public enforcement* autônomo e independente – realizado por órgãos do Poder Judiciário, por meio de Ações Civis Públicas amparadas na Lei 7.347/1985 e Ações Penais fundadas na Lei 8.137/1990, especialmente em casos de cartéis –, tampouco do *private enforcement*, pelo qual concorrentes podem buscar tutelas cominatórias e indenizações por danos sofridos em decorrência de condutas anticompetitivas, nos termos da regra geral do art. 927 do CC: "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Não haveria qualquer *bis in idem* entre ações individuais, civis públicas, penais e processos administrativos, porquanto possuidores de escopos distintos e cumuláveis. Eventuais aspectos de coordenação entre demandas concomitantes seriam dirimidos, p.ex., pela disciplina dos efeitos civis de sentenças penais, quando aplicáveis. Todo o argumento é reforçado pelo fato de que, muito embora seja institucionalmente um Tribunal Judicante, o Cade não perde sua vinculação ao Poder.

No caso específico do recurso especial em questão, não há referência à atuação do CADE para coibir a prática em questão.

Como mencionado anteriormente, não há como negar a viabilidade de tutela da defesa da concorrência por parte do Poder Judiciário, certo que a existência de esferas distintas de responsabilização coaduna com a construção de um Estado Democrático de Direito, mas a ausência de uniformidade no tratamento da matéria, demonstra que é necessário estabelecer parâmetros, a fim de conferir segurança jurídica aos agentes econômicos no âmbito da defesa da concorrência, como resultará ainda mais claro dos temas que se enfrentará a seguir.

3.2.2.3 Cartel dos “cegonheiros”

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra certos agentes econômicos, objetivando a abertura do segmento de mercado para os "cegonheiros" autônomos na área de transporte para diversas localidades do país de veículos novos fabricados por determinada montadora, sob o fundamento de prática de cartel.

A antecipação de tutela foi deferida no processo de origem, analisando aspectos anticoncorrenciais da demanda, a qual foi objeto de duas decisões no âmbito da Primeira Turma do C. STJ, AgRg na MC 8791 / RS (2004, *on-line*), para atribuir efeito suspensivo a recurso, e RESP 677585/RS (2006, *on-line*), sendo relevante destacar trecho deste último acórdão:

[...]

6. Decisão atacada que, analisando as condições de mercado, fixou percentuais de participação de trabalhadores autônomos com fulcro no pilar da livre iniciativa, um dos fundamentos da República, posto valorizar o trabalho humano, conspirando em prol de uma sociedade digna, justa e solidária, como promete o novel Estado Principiológico Brasileiro, delineado no ideário da nação, que é a nossa Constituição Federal. Aliás, o art. 170 da CF dispõe: 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: Para esse fim, presta-se a intervenção estatal no domínio econômico, que, dentre outras medidas, consubstancia-se na repressão ao abuso do poder econômico consistente em medidas estatais que positivamente impeditos à formação ilegal de cartéis ou a práticas comerciais abusivas.

[...]

Observa-se, portanto, que, independentemente da manifestação do CADE, o Tribunal de piso, ainda que em exame perfunctório, entendeu pela prática de conduta anticompetitiva e determinou obrigações para os agentes econômicos, incursionando, desse modo, em aspecto que seria concernente ao mérito a ser apreciado em eventual decisão sancionatória do CADE, podendo surtir reflexos determinantes na atuação da autarquia, diante da mencionada característica da definitividade dos provimentos jurisdicionais.

Pesquisa mais apurada junto ao TRF da 4ª região, no respectivo sítio eletrônico, aponta para a prolação de sentença enfrentando o mérito da respectiva ação civil pública nº 2002.71.00.028699-1/RS (2016, *on-line*), cujo pedido foi julgado parcialmente procedente, mediante a confirmação da tutela antecipada, para fins de reconhecer a infração à ordem econômica e, inclusive, condenar alguns dos agentes econômicos nas sanções previstas no atual art. 37, da Lei nº 12.529/2011, tais como em multa e, até mesmo, na extinção de determinada associação.

Desafiada pela Apelação Cível nº 5080116-37.2016.4.04.7100/RS (2019, *on-line*), tal orientação foi em sua maior parte confirmada, inclusive, no tocante às penalidades que foram aplicadas pelo Juízo de primeiro grau, fazendo expressa referência ao decidido no acórdão do mencionado RESP 677585, notadamente com relação à independência das esferas, aspecto em que é possível questionar a existência de vício na atuação jurisdicional da Corte de piso, por violação ao princípio da separação de poderes, ao aplicar, em concreto, sanção de natureza administrativa.

Contudo, houve decisão liminar monocrática, da lavra do Ministro Napoleão Nunes Maia, suspendendo o processo em questão, em decorrência de decisão do C. STJ, proferida no CC168092/DF (2019, *on-line*), diante da “possibilidade latente de surgimento de decisões conflitantes decorrente da provável litispendência desta ação civil pública com outra ajuizada na Justiça Federal da 1ª Região.

A aludida determinação no conflito de competência noticia a existência do processo administrativo nº 08012.005669/2002-31, perante o CADE, que, à época, “concluiu pela inexistência de atuação cartelizada dos operadores do mercado “cegonheiro”, conforme deliberação administrativa especializada” (2019, *on-line*) e determinou o arquivamento da investigação.

Tal decisão do CADE foi impugnada pelo Ministério Público Federal, por meio de *follow-on action*, que ensejou a Apelação Cível nº 0033603-06.2008.4.01.3400, junto ao TRF da 1ª Região, que concluiu no sentido de inexistir “vícios no ato impugnado, o qual está devidamente fundamentado” (2018, *on-line*), mantendo, assim, a orientação da autarquia de não reconhecer a existência de cartel nos idos de 1990.

Observa-se, portanto, a existência de decisão do TRF da 4ª Região aplicando sanção por conduta anticoncorrencial em ação autônoma, para situação em que o CADE não reconheceu a existência de ilícito antitruste, que, por sua vez, foi confirmada pelo TRF da 1ª Região.

Não obstante, apesar da liminar deferida inicialmente para suspender o processo no mencionado Conflito de Competência, a respectiva questão de fundo, de relevância evidente, não pode ser enfrentada em razão de percalços processuais civis que levaram a outra decisão monocrática (CC168092/DF, 2020, *online*) que não conheceu do conflito de competência por ilegitimidade do requerente, a qual foi desafiada por recurso que estava pendente de julgamento quando do fechamento da pesquisa.

O imbróglio relacionado ao mercado de transporte de veículos novos não se exaure na pendência do julgamento do mérito do referido conflito de competência, considerando que, em momento posterior e levando em consideração recorte temporal distinto, atualmente, existe uma operação conjunta entre o CADE, a Polícia federal e o Ministério Público, para o combate ao cartel no respectivo setor, objeto da designada Operação Pacto, noticiada no sítio da autarquia em 17/10/2019 e atualizada em 11/01/2021.

As circunstâncias narradas retratam a insegurança jurídica que permeia o controle judicial do mérito das decisões sancionatórias do CADE, diante, inclusive de dificuldades

práticas de entendimento entre os resultados discrepantes alcançados no controle prévio e concomitante em relação ao controle posterior.

3.2.2.4 Recusa de contratação e discriminação de preços no setor de gás liquefeito

A controvérsia que chegou ao C. STJ, por meio, do RESP 1317536/MA (STJ, 2016, *on-line*) versa sobre a configuração de infração à ordem econômica relacionada à conduta de determinada sociedade distribuidora de Gás Liquefeito de Petróleo (gás de cozinha), em razão de recusar a contratação com outra sociedade atuante no setor, bem como de praticar, com relação a esta, preços diferentes daqueles relativos a outras revendedoras operantes na mesma localidade.

O inteiro teor voto do relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, acolhido, por unanimidade, destaca que a lide versa sobre o designado “direito concorrencial privado”, mencionando que não havia “nem mesmo notícia de qualquer processo administrativo interposto junto ao CADE acerca da questão” (*Idem*, Inteiro Teor, p.5) e aludindo ao disposto no art. 29 da Lei 8884/94 (atualmente, o referido art. 47 da Lei nº 12.529/2011), a ensejar a competência da Terceira Turma, de direito privado.

Apesar disso, toda a análise da matéria foi realizada com fulcro em doutrinadores do direito da concorrência e fazendo referência à Resolução e *expertise* do Cade, mediante o argumento de que o conhecimento especializado da autarquia não seria impositivo, mas profícuo para a solução da lide, de forma distinta da conclusão do Tribunal de origem.

Cumpre transcrever a ementa do julgado em questão:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO ECONÔMICO. DIREITO CONCORRENCIAL. ART. 29 DA LEI N. 8.884/94. PRETENSÃO DE CESSAÇÃO DE CONDUTAS QUE CONFIGURARIAM INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. RECUSA DE CONTRATAR E PREÇOS DIFERENCIADOS. CONDUTAS QUE, POR SI SÓS, NÃO REPRESENTAM ILÍCITO CONCORRENCIAL. COMPRA E VENDA MERCANTIL. DIREITO PRIVADO. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. AUSÊNCIA DE INFRAÇÃO À CONCORRÊNCIA E À LIVRE INICIATIVA.

1. Pretensão da empresa demandante, revendedora de Gás Liquefeito de Petróleo (gás de cozinha), de condenação da empresa distribuidora a negociar com ela a compra e venda do produto pelo mesmo preço praticado com outras revendedoras.
2. Operação de compra e venda mercantil que, por se inserir na seara do Direito Privado, se realiza à luz do princípio da autonomia privada.
3. Como corolário do poder negocial, a decisão de contratar, ou não, e o preço a ser praticado constituem manifestações exercício da liberdade econômica constitucionalmente garantida, que, apenas em situações excepcionais, quando verificada ofensa à liberdade de concorrência, pode ser limitada.
4. Caso concreto em que, apesar de tratar de atividade legalmente considerada como de utilidade pública, não há monopólio ou razão especial para que se imponha a obrigatoriedade de contratar, sendo que as diferenças de preços podem se dar em

razão de circunstâncias mercadológicas.

5. Condutas que, examinadas isoladamente, se apresentam perfeitamente lícitas, não havendo qualquer circunstância particular que permita a conclusão de que houve afronta à livre iniciativa e à livre concorrência.

6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, JULGANDO-SE IMPROCEDENTES OS PEDIDOS. (STJ, RESP 1317536/MA, 2016, *on-line*)

Verifica-se, pois, que o C. STJ enfrentou o mérito recursal, reformando a sentença do Tribunal de origem, para afastar a caracterização de infração anticoncorrencial, diante da ponderação do contexto específico da conduta e sua razoabilidade, com fulcro em fundamentos estritamente jurídicos, sem que haja no voto qualquer referência a estudos técnicos para se alcançar tal solução.

O tema subjacente do aludido julgado, condizente à caracterização de infração à ordem econômica nas condutas realizadas pelas distribuidoras de gás liquefeito, já havia sido objeto de outro julgado do C. STJ, proferido pela Primeira Turma, de Direito Público, por meio do RESP 1390875/RS (STJ, 2015, *on-line*), de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia, que, a despeito de ter analisado outra lide no respectivo setor, partiu de premissas distintas, consoante se depreende da ementa do respectivo julgado:

ADMINISTRATIVO E ECONÔMICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS DIFUSOS AOS CONSUMIDORES. INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA. GLP. DISTRIBUIDORAS. FORMAÇÃO DE CARTEL. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA STATE ACTION DOCTRINE. ATUAÇÃO DAS DISTRIBUIDORAS IMUNES AO CONTROLE DO ÓRGÃO ANTITRUSTE. ATIVIDADE REGULADA E FISCALIZADA PELO ESTADO. ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA OU EDUCATIVA PARA PROMOÇÃO DE AMBIENTE LIVRE E COMPETITIVO. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS.

1. O mercado de GLP - gás liquefeito de petróleo - tinha seu preço tabelado pelos órgãos reguladores competentes no período em que se alega a formação de cartel por parte das distribuidoras, o que afasta a possibilidade de punição delas.

2. Aplicação, ao caso, da *state action doctrine* foi formulada nos EUA para definir os casos em que a regulação estatal afastaria o controle concorrencial feito pelo órgão antitruste, quando presentes determinados requisitos: (i) a regulação estatal deve servir a um fim de política pública; e (ii) o Estado deve efetivamente obrigar determinada conduta e supervisioná-la: lição do Professor CALIXTO SALOMÃO FILHO (Direito Concorrencial: As Estruturas, São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 238-240).

3. No caso, não há dúvidas de que se está diante de um mercado regulado, o de distribuição de GLP, que seria imune, portanto, ao controle do órgão antitruste, pois facilmente se verifica que: (i) o CNP aprovou a implantação de mercado de empresas que tinha como objetivo organizar a distribuição do GLP, facilitar a sua fiscalização, evitar a proliferação de revendedores clandestinos e propiciar melhores condições de segurança ao consumidor; e (ii) o Sistema Integrado de Abastecimento era elaborado pelo próprio órgão regulador, sendo mensalmente auditado pelo DNC (Departamento Nacional de Combustíveis). Assim, está claro que a regulação servia a uma política pública, era imposta às empresas reguladas e supervisionadas pelo órgão competente.

4. Nos casos em que é o próprio Estado que excepciona a livre concorrência - como ocorre no caso dos autos, no qual foi imposto um tabelamento de preços às empresas - exsurge a importância de a autoridade antitruste exercer a chamada advocacia da concorrência (*competition advocacy*) ou educativa.

5. A advocacia da concorrência refere-se às atividades desenvolvidas pela autoridade antitruste relacionadas com a promoção de um ambiente competitivo para atividades econômicas, por meio de mecanismos que não se enquadrem no controle preventivo ou na atuação repressiva, principalmente através de suas relações com outras entidades governamentais e pelo aumento da sensibilização do público para os benefícios da concorrência.

6. Recursos Especiais providos para julgar improcedentes os pedidos formulados na Ação Civil Pública.

Cumpre mencionar que outras questões afetas ao mercado de gás liquefeito, não consideradas na aludida ação *stand alone*, foram objeto de pronunciamento pelo CADE, consoante se depreende do ato de concentração relativo ao chamado Consórcio Gemini (Processo Administrativo nº 08012.001015/2004-08) e da correlata apuração de infrações à ordem econômica no respectivo setor (Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41).

Neste último processo administrativo foi determinada medida preventiva, no sentido cessar práticas discriminatórias no respectivo mercado, que foi objeto de questionamento no judiciário.

O Juízo de origem, em sede liminar, suspendeu os efeitos da decisão do CADE, o que, posteriormente, foi reformado pela Corte Especial do C. STJ, em acórdão de relatoria do Ministro Francisco Falcão, nos autos do AgRg na SLS 2079 / DF (STJ, 2017, *on-line*), cuja ementa se transcreve a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO PARA COMERCIALIZAÇÃO DE GÁS NATURAL LIQUEFEITO (GNL). CONSÓRCIO GEMINI. MEDIDA PREVENTIVA IMPOSTA PELO CADE. CONCESSÃO DE LIMINAR OBSTANDO A MEDIDA. SUSPENSÃO DE LIMINAR DEFERIDA. GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. AGRAVO IMPROVIDO.

I - A liminar que determinou a suspensão da medida preventiva imposta pelo CADE para cessar prática discriminatória detectada no âmbito do Sistema Brasileiro de Concorrência impede o Conselho de exercer o desiderato que lhe foi legalmente atribuído, revelando verdadeiro dano à ordem pública administrativa no setor de regulação da ordem econômica.

II - Também acarreta dano à ordem econômica porque, com o sigilo proporcionado pela liminar que se pretende suspender o Consórcio Gemini, continua podendo exercer livremente a política de preços subsidiados e práticas discriminatórias sem que haja monitoramento pelos concorrentes de tais práticas, interferindo assim na cadeia de distribuição e comercialização de gás e outros combustíveis, seja com a captação de clientes âncoras anilhados aos preços subsidiados, seja impedindo a expansão da rede de gasodutos por eventuais concorrentes, que não podem indicar tal investimento no plano para inclusão no próximo ciclo de investimento, travando o desenvolvimento do setor.

III - Esses riscos se apresentam atuais e iminentes, uma vez que o setor de gás, da forma como manejado pelo Consórcio Gemini, além de interferir em outras áreas de energia, vai-se fechando para o desenvolvimento nas localidades abrangidas pelo consórcio.

IV - O sistema de regulação de gás natural envolve interesse público, sob fiscalização de autarquia federal (CADE). A inexecução de políticas públicas imposta pela atividade dita anticoncorrencial do consórcio abrange interesses públicos estaduais, que vedaria a expansão do sistema de gás natural.

V - A cautela recomenda que, na forma do disposto no art. 4º da Lei n. 8.437/92 e

do art. 271 do RISTJ, ao menos por ora seja restabelecida integralmente a vigência da medida preventiva imposta pelo CADE até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal, para que se assegure que, somente após o encerramento de aprofundada análise técnica no juízo originário, possa ser afastada medida adotada no âmbito de regulação legalmente atribuída ao CADE.
Agravos regimentais improvidos.

Com o seguimento do processo administrativo nº 08012.011881/2007-41 foi reconhecida a existência de infração antitruste, de modo que o CADE aplicou a penalidade de multa aos envolvidos e impôs medidas estruturais, que caracterizam as chamadas sanções de desinvestimento, consideradas graves e que raras vezes foram aplicadas no âmbito da autarquia.

Diante das circunstâncias expostas, observa-se que em ação *stand alone* foi realizada análise estritamente jurídica para descartar a caracterização do ilícito concorrencial, sem a utilização de parâmetros técnicos, cuja conclusão se revelou discrepante de outras decisões do próprio STJ e da conclusão alcançada pelo CADE em situações similares, que entenderam pela antijuridicidade da conduta.

3.2.2.5 Cláusula de Raio

A celeuma concernente à cláusula de raio foi submetida ao C. STJ por meio de ação *stand alone*, objeto do RESP 1535727 / RS (STJ, 2016, *on-line*), julgada por uma das Turmas de Direito Privado – Quarta Turma – de relatoria do Ministro Marco Buzzi.

O processo originário consistia em uma ação declaratória de inexigibilidade de cláusula contratual ajuizada por certo sindicato de lojistas em face de Administradoras de *shopping center* com vistas a obter o reconhecimento da nulidade ou mitigação de alteração de cláusula que ampliou a restrição geográfica (raio) para a instalação de novas lojas por parte dos locadores dos shoppings na cidade de Porto Alegre, sob o fundamento de abusividade, em decorrência, dentre outros argumentos, de violação do art. 36, da Lei nº 12.529/2011.

No inteiro teor do voto do relator, acolhido por unanimidade, há referência ao entendimento esposado pelo CADE em situação semelhante, envolvendo cláusula de raio, e menção expressa à inexistência de “notícia, nos presentes autos, que o CADE tenha atuado especificamente em relação à situação verificada no Município de Porto Alegre para condenar o *shopping* [...] ou qualquer outro estabelecimento na região que utilize a referida disposição, por infração à ordem econômica, impondo a anulação/abstenção de cláusula de exclusividade.” (STJ, Inteiro Teor do RESP 1535727 / RS, 2016, *on-line*, p.29).

No aludido julgado, o C. STJ reformou decisão do Tribunal de origem, que, com base na perícia realizada nos autos, havia compreendido que a alteração da cláusula impugnada, no caso concreto, era abusiva, diante do poder de mercado exercido pelas Administradoras de *shopping center*, determinando, assim, restrições a sua abrangência.

Cumpre transcrever trechos pertinentes da respectiva ementa (STJ, 2016, *on-line*):

RECURSOS ESPECIAIS DOS DEMANDADOS - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE CONTRATUAL AJUIZADA POR SINDICATO DE LOJISTAS OBJETIVANDO O AFASTAMENTO DA CLÁUSULA DE RAIOS UTILIZADA NA LOCAÇÃO DE ESPAÇOS EM SHOPPING CENTER - TRIBUNAL A QUO QUE CONSIDEROU ABUSIVA A PRÁTICA POR VIOLAÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA E INICIATIVA PRIVADA, MODIFICAÇÃO UNILATERAL DO PERÍMETRO DE ABRANGÊNCIA DA LIMITAÇÃO TERRITORIAL E PREJUÍZO AO CONSUMIDOR. IRRESIGNAÇÃO DAS RÉS.

[...]

5. A análise estabelecida perante esta Corte Superior tem cunho eminentemente jurídico, com fundamento na lei e nos ditames jurisprudenciais, não tendo o objetivo de averiguar eventual violação a vetores econômicos, valores de mercado ou temas afetos à livre concorrência e formação de cartéis e monopólios, visto que a investigação desses pontos fica à cargo de órgãos estatais político-administrativos de defesa da ordem econômica e desenvolvimentista do país.

6. Na hipótese, a "cláusula de raio" inserta em contratos de locação de espaço em shopping center ou normas gerais do empreendimento não é abusiva, pois o shopping center constitui uma estrutura comercial híbrida e peculiar e as diversas cláusulas extravagantes insertas nos ajustes locatícios servem para justificar e garantir o fim econômico do empreendimento.

7. O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos de cunho empresarial é restrito, face a concretude do princípio da autonomia privada e, ainda, em decorrência de prevalência da livre iniciativa, do pacta sunt servanda, da função social da empresa e da livre concorrência de mercado.

[...]

9. Inviável a imposição de limitações aos ajustes quando consideradas situações hipotéticas e genéricas envolvendo lojistas (de forma ampla) e empreendedor, com caracterização em abstrato da abusividade face o alegado abuso de posição dominante para prejudicar concorrência potencial, sendo imprescindível a análise da alegada abusividade considerado um específico e pontual caso concreto, o que não ocorre no presente caso.

[...]

12. A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza qualquer ilícito, visto que prevista como excludente, nos exatos termos do estabelecido no § 1º do artigo 36 da Lei 12.529/11.

13. Recursos especiais parcialmente providos para julgar improcedente a demanda.

Observa-se, portanto, que a análise da lide se operou, mais uma vez, em termos estritamente jurídicos, em que não foi reconhecida, em abstrato, a ilegalidade da cláusula de raio, no caso concreto, por considerar o voto vencedor, inclusive, que esta poderia trazer efeitos benéficos para os consumidores, na medida em que garantiria um maior número de lojistas e, por conseguinte, maior concorrência.

Demais disso, restou expressamente ressalvado que eventual averiguação de vetores econômicos valores de mercado ou temas afetos a livre concorrência deveria ser realizada pelos órgãos político-estatais competentes, ou seja, pela autarquia especializada

Pouco tempo depois, o CADE, por meio do TADE, diante de uma minudente análise do caso concreto similar, pautada em critérios técnicos, e após o devido processo legal, nos termos do voto do conselheiro relator, no processo administrativo nº 08012.012740/2007-46 (CADE, 2016, *on-line*), aplicou sanção de multa a administradoras de shopping no Município de Porto Alegre, diante da caracterização de infração à ordem econômica, mediante efeitos concretos verificados da aplicação da cláusula de raio.

Interessante notar que, após mencionar que a jurisprudência do CADE não vinha reconhecendo *per se* a nulidade da cláusula de raio, aplicando-se a regra da razão aos casos levados à apreciação do TADE, o voto do conselheiro relator faz expressa referência ao referido acórdão do STJ, notadamente o trecho do voto do Ministro Relator Marco Buzzi, a destacar que:

certamente, as cláusulas de raio não podem ser reputadas abusivas sem uma análise, caso a caso, da racionalidade subjacente à imposição da restrição e dos limites precisos que deveriam ser observados, tendo em vista a observância dos princípios da liberdade de contratação e da livre concorrência, ambos necessários à própria viabilização do empreendimento. (STJ, RESP 1535727 / RS, 2015, *on-line*)

Tem-se, portanto, uma situação que se enquadra nas ações *stand alone*, cujo mérito processual foi enfrentado pelo C. STJ, no sentido de proceder análise jurídica para não reconhecer a nulidade da mencionada cláusula contratual por violação à ordem econômica, em que há expressa ressalva à competência do CADE para a verificação de eventual ilicitude concorrencial, em concreto, mediante a utilização dos parâmetros técnicos de que lança mão e que resultou na aplicação de sanção em situação similar.

3.3 Controle posterior

Estabelecidas as premissas acima, o recorte passa a ser com relação aos acórdãos voltados para o controle exercido após as decisões sancionatórias proferidas pelo TADE, no âmbito das possibilidades reconhecidas para tanto, aspecto em que, revela-se necessário tecer algumas considerações acerca da extensão e critérios referenciais da revisão judicial, bem como acerca das diferentes faces do direito administrativo sancionador.

3.3.1 Controle de Juridicidade: critérios referenciais e as diferentes faces do direito administrativo sancionador

A viabilidade de controle judicial dos comportamentos públicos é tema sensível para a construção do Estado Democrático de Direito. Parte-se, assim, da premissa de que todos os atos administrativos, incluindo, portanto, as decisões do CADE, são passíveis de questionamento perante o judiciário, notadamente em relação aos aspectos de legalidade/juridicidade.

Segundo Carvalho Filho (2020, p.1799):

Significa dizer que o Judiciário tem o poder de confrontar qualquer ato administrativo com a lei ou com a Constituição e verificar se há ou não compatibilidade normativa. Se o ato for contrário à lei ou à Constituição, o Judiciário declarará a sua invalidação de modo a não permitir que continue produzindo efeitos ilícitos.

É comum a afirmação de que “o judiciário deve invalidar os atos ilegais da Administração, mas não pode revogar os atos por razões de conveniência e oportunidade” (OLIVEIRA, 2018, p. 311), salvo com relação aos seus próprios atos administrativos, no exercício de função atípica, o que remete, contudo, à questão adjacente relacionada aos limites do controle, que será aprofundada na próxima seção.

Mesmo para os que defendem a clássica dicotomia estanque entre atos vinculados e discricionários, estes últimos não poderiam estar insensíveis à atuação jurisdicional, considerando, ainda, o princípio da legalidade estampado no art. 37, *caput*, da CRFB/88.

Isso porque, dentre os elementos do ato administrativo, competência, finalidade, forma, motivo e objeto, os três primeiros se submetem à legalidade estrita, ou seja, seriam sempre vinculados (CARVALHO FILHO, 2020, 123).

Apenas motivo e o objeto estariam submetidos à conveniência e oportunidade da Administração, a compor o mérito administrativo, que seria intransponível pelo Judiciário, à luz da separação de poderes (SEABRA FAGUNDES, *passim*).

Ainda assim, alguns aspectos relacionados ao mérito poderiam ser revistos judicialmente, tal como se observa da aplicação da teoria do desvio de finalidade e da teoria dos motivos determinantes (DI PIETRO, 2017, p. 261), cujos fundamentos remontam para o art. 2º, da Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular).

Sob o viés do neoconstitucionalismo, que reconheceu a normatividade dos princípios explícitos e implícitos na Constituição, a legalidade em sentido estrito deixou de ser o único

parâmetro para verificação da validade da atuação administrativa e abriu espaço para a chamada juridicidade (OLIVEIRA, 2018, p. 312).

Nos dizeres de Carvalho (2009, p. 596):

Atualmente, entende-se a legalidade como princípio que vincula a Administração ao Direito, no qual se inserem os princípios constitucionais explícitos (moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, isonomia) e implícitos (razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé objetiva, supremacia do interesse público), as normas constitucionais e legais vigentes, bem como a imprescindibilidade de atendimento às necessidades sociais em questão

A visão mais moderna, vai um pouco mais além, ao mitigar a mencionada dicotomia e defender a existência de graus de vinculação à juridicidade, de modo que, em uma escala decrescente, os comportamentos públicos estariam vinculados por regras, conceitos jurídicos indeterminados e princípios - esses últimos seriam denominados impropriamente de atos discricionários (BINENBOJM, 2009, p. 229-232).

Sob este enfoque, como mencionado anteriormente, a discricionariedade pode ser vista como técnica de integração, enquanto o mérito seria o seu resultado, que apenas se revela lícito se observada a juridicidade, a resguardar a sindicabilidade da margem de escolha conferidas para a Administração, no âmbito de interpretação da norma (MOREIRA NETO, 2009, p. 231)

Até mesmo aqueles que não comungam deste entendimento reconhecem a importância do delineamento dos conceitos jurídicos indeterminados para fins de controle judicial, em decorrência da constatação de que certas expressões comportam incertezas linguísticas e admitem mais de uma interpretação (MELLO, 2010, p. 23 e ss), tal como ocorre em inúmeras passagens da Lei nº 12.529/2011.

É bastante comum no direito administrativo sancionador a utilização de tais conceitos abertos, a caracterizar o que os Tribunais Superiores têm genericamente designado de margem de discricionariedade para tal atuação repressiva, ainda que exista questionamento sobre o uso de tal expressão.

É importante pontuar que a atividade sancionatória da Administração apresenta diferentes faces, seja pela distinção decorrente da existência de vínculo especial antecedente – legal ou negocial –, relacionado à diferença entre função de polícia e função disciplinar (OLIVEIRA, 2018, p. 271), seja com relação aos efeitos almejados pela penalidade.

Como visto anteriormente, no âmbito da defesa da concorrência a sanção se apresenta como um instrumento de regulação, cujo fundamento e objetivos parecem distintos dos almejados, por exemplo, em um processo administrativo disciplinar, certo que o

ordenamento pátrio, apesar dos avanços, ainda padece de uma melhor sistematização da matéria.

Em um ou outro caso, os Tribunais Superiores consolidaram a orientação acerca da viabilidade de controle judicial das decisões sancionatórias, passíveis de análise de legalidade/juridicidade, ainda que se possa questionar a viabilidade de invasão do mérito administrativo.

Diante de tais bases, passa-se ao enfrentamento dos acórdãos recortados para os fins almejados, que, em consonância com os parâmetros delimitados na introdução serão agrupados nos seguintes temas: a) devido processo legal; b) cláusulas de exclusividade (unimilitância); c) tabela de honorários; d) cartel de combustíveis.

3.3.2 Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal constitui garantia fundamental elencada no art.5º, LIV, da CRFB/88, cuja observância em âmbito administrativo é tema caro para nossas Cortes Superiores, que costumam garantir tanto a sua dimensão formal – das garantias processuais (DIDIER, p. 278), quanto a material ou substancial - de decisão substancialmente devida (*Ibidem*).

O E. STF tem albergado a orientação de que o devido processo legal em sentido material pode ser considerado substrato para os princípios ou postulados da razoabilidade e proporcionalidade, o que confere envergadura ainda maior com relação ao seu papel no âmbito do controle de juridicidade.

Neste sentido, em sede de controle abstrato, o Pretório Excelso já asseverou que:

[...] basta, para considerar relevante a fundamentação jurídica do pedido, a alegação de ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal em sentido material (art. 5º, LIV, da Constituição) por violação da razoabilidade e da proporcionalidade em que se traduz esse princípio constitucional (ADI 1922, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Moreira Alves; Dje 24/11/2000; *on-line*)

Em que pese a importância da compreensão da dimensão material do devido processo legal e apesar de tangenciado em um ou outro julgado, tal argumento não tem sido determinante nos acórdãos acerca do controle posterior às decisões sancionatórias do CADE.

De outro lado, pontos relevantes acerca da dimensão formal merecem ser enfrentados com mais profundidade, na medida em que a sua observância condiciona a validade dos pronunciamentos da autoridade antitruste.

Os procedimentos para apuração de infrações à ordem econômica estão previstos no art. 48, da Lei 12.529/2011, a saber: (I) preparatório de inquérito administrativo; (II) inquérito administrativo (que tramitam perante a SG); (III) processo administrativo (junto ao TADE), certo que as regras aplicáveis a tais procedimentos constam especialmente dos arts. 66 a 84 do mencionado Diploma Legal, a caracterizar o devido processo administrativo.

Quanto à impugnação de aspectos específicos dos mencionados procedimentos, muitas vezes, a apreciação do mérito recursal esbarra na ausência de repercussão geral ou em súmulas obstativas de recursos perante Tribunais Superiores, sob o fundamento não constituírem instâncias destinadas ao reexame de fatos e provas dos autos, tal como se observa do AI 682486 (STF, 2008, *on-line*) ou do ARE 1264627 AgR/DF (STF, 2020, *on-line*).

A despeito disso, no âmbito do C. STJ é possível colacionar o AREsp 1327367/DF, (2020, *on-line*) que manteve julgado do Tribunal de origem de anular decisão sancionatória do CADE que aplicou multa, em razão da verificação de cartel no mercado de gases industriais, fundada em prova considerada ilícita por decisão transitada em julgado na esfera criminal, diante da “inexistência de provas autônomas na esfera administrativa a sustentar a condenação”.

As orientações acerca do devido processo legal em sentido formal apresentam-se, assim, como relevante instrumento para a revisão judicial das decisões sancionatórias do CADE, revelando-se aspecto determinante para o controle juridicidade, sem risco de invasão do mérito administrativo.

3.3.3 Cláusula de Exclusividade (Unimilitância)

A questão relacionada à chamada Unimilitância constitui um exemplo paradigmático para as finalidades ora propostas.

Pesquisa mais aprofundada perante o C. STJ sobre o tema, apontou a existência de quinze acórdãos deste Tribunal Superior em processos distintos, acerca da mesma questão de fundo.

Tais demandas envolviam a validade de cláusula de exclusividade de prestação de serviços médicos de cooperados, notadamente da Unimed, que para o CADE caracterizou conduta anticompetitiva, na forma do art. 20, III e IV e 21 IV, V, XXIII, da Lei nº 8.884/94,

então vigente, conforme se depreende, por exemplo, dos processos administrativos nº 08000.020239/94-25; 0800.020239/94-26; 0812.007632/97-28.

Diante da representatividade nacional das muitas cooperativas que se utilizavam de tal cláusula, foram ajuizadas inúmeras ações em diferentes Tribunais, sob distintos aspectos, inclusive, como ações *stand alone*, certo que algumas delas, foram alçadas ao C. STJ.

No âmbito desta Corte Superior ocorreram decisões conflitantes, notadamente entre as Turmas de Direito Público e de Direito Privado, o que ensejou o julgamento do mérito recursal no ERESP191080/SP (STJ, 2010, *on-line*), julgado pela Corte Especial, de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, para fins de uniformização da jurisprudência.

Os Embargos de Divergência foram interpostos pelos particulares que ajuizaram a demanda e pela Agência Nacional de Saúde, na mencionada ação *stand alone* que buscava o reconhecimento da nulidade da cláusula em questão entre cooperativa e cooperados e contou com o CADE, como assistente simples, decorrendo do conflito de orientação entre o RESP de mesmo número, julgado pela Quarta Turma (STJ, 2008, *on-line*) e o RESP 768118/SC (STJ, 2008, *on-line*).

No acórdão da Quarta Turma foi reconhecida a validade da cláusula, mediante aplicação de perspectiva legalista da cláusula de exclusividade e do cooperativismo previsto na Lei nº 5.764/71, adotando, assim, orientação contrária ao CADE, consoante se depreende do seguinte trecho da respectiva ementa.

[...]

5. Conforme orientação pacificada nesta Casa, o cooperado que adere a uma cooperativa médica, submete-se ao seu estatuto, podendo atuar livremente no atendimento de pacientes que o procurem, mas vedada a vinculação a outra congênere, ressalvado o meu ponto de vista pessoal. (RESP 191080, Quarta Turma, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão; Dje 01/12/2008, *on-line*)

Por outro lado, o acórdão da Primeira Turma, de relatoria do Ministro Luiz Fux, conferiu orientação em sentido semelhante ao decidido pelo CADE, embasada em princípios para a solução da demanda, nos seguintes termos:

4. Deveras, a Constituição Federal, de índole pós-positivista, tem como fundamentos a livre concorrência, a defesa do consumidor, a busca pelo pleno emprego (art. 170, IV, V e VIII da CF), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem assim, a dignidade da pessoa humana, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, incisos III e IV), com vistas na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I) e com *ratio essendi* dos direitos dos trabalhadores a liberdade de associação (art. 8º, da CF). Regras maiores que prevalecem a interdição à exclusividade.

5. Destarte, o direito pleiteado pela recorrente compromete, por via oblíqua, os

direitos à saúde (CF. art. 196), na medida em que a exclusividade cerceia o acesso àqueles médicos profissionais vinculados à cooperativa.

Outros acórdãos foram proferidos em um e outro sentido pelo C. STJ, consoante se observa, inclusive, do voto da Ministra Nancy Andrighi, que, julgado pela Terceira Turma, fez referência a argumentos semelhantes aos adotados pelas Turmas de Direito Público.

A discordância foi dirimida pelo aludido ERESP, que, sem aprofundar em questões concorrenciais, entendeu em sentido similar ao adotado pelo CADE, consoante se depreende da respectiva ementa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. COOPERATIVA MÉDICA. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. INVALIDADE.

1. É inválida a cláusula inserta em estatuto de cooperativa de trabalho médico que impõe exclusividade aos médicos cooperados (interpretação sistemática do artigo 29, parágrafo 4º, da Lei nº 5.764/71).
2. Embargos de divergência acolhidos.

Cumpra mencionar as conclusões de Almeida acerca do tema, 2012, p. 105:

Assim, partindo de interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tangenciam o tema da unimilitância, a Corte Especial do STJ pacificou o entendimento no sentido de invalidade da cláusula de exclusividade, com uma interpretação mais abrangente do que a da ANS e do próprio CADE. Portanto, corroborou a existência de infração à ordem econômica detectada na esfera administrativa do CADE, afastando a insegurança que havia no entendimento da legalidade/ilegalidade da cláusula que exige a exclusividade dos médicos cooperados, que, em termos pragmáticos, se reflete na inserção ou não da cláusula nos referidos contratos.

A pesquisa junto ao E. STF demonstrou que a questão foi levada ao Pretório Excelso, mesmo antes do julgamento da divergência, mas o mérito da demanda não foi apreciado em decorrência de questões processuais, conforme se verifica do AgRg no RE 777.940 (2014, *on-line*).

Tal situação revela a importância da uniformização da interpretação acerca das condutas anticompetitivas, galgada após longo percurso judicial, após o que passaram a ser formalizados instrumentos consensuais pelo CADE, com vistas a cessação de tal prática, bem como acordos nas demandas que ainda se revelavam pendentes, o que tem se apresentado, inclusive, como meio buscado por muitos agentes econômicos para evitar os custos inerentes às longas batalhas judiciais.

3.3.3 Tabela de Honorários Médicos.

A utilização da tabela de honorários médicos da Associação Médica Brasileira - AMB, ou determinações equivalentes, com valores obrigatórios para a retribuição de serviços, constitui prática que foi reiteradamente condenada pelo CADE, em razão do entendimento da autarquia no sentido de que caracteriza conduta uniforme ou concertada entre concorrentes, tal como se observa, dentre outros, do processo administrativo nº 08000.015515/1997-02.

O mencionado estudo empírico acerca da revisão judicial das decisões do CADE, envolvendo os Tribunais de origem (ALMEIDA, 2012, *passim*) apontou que diversas ações foram ajuizadas perante o TRF da 1ª Região, questionando tal orientação adotada pela entidade autárquica e concluiu pela existência de uma jurisprudência consolidada contrária ao entendimento da entidade administrativa.

No aludido estudo, observou-se que a *ratio decidendi* da Corte de piso foi no sentido de reconhecer a legalidade em abstrato da tabela de honorários médicos e da ausência de configuração em concreto, de indícios de cartel entre as prestadoras analisadas, apontando que:

Para justificar a legalidade, em abstrato, da tabela da AMB há argumentos recorrentes nas decisões, a saber: é o próprio Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, por meio da Resolução nº 089/89, que exige a utilização da tabela; a tabela AMB reforça a competitividade do setor (argumento 2); ela tem a finalidade de resguardar a dignidade profissional (argumento 3); os valores cobrados são legítimos, pois são livremente pactuados entre as partes (médicos, hospitais e laboratórios, de um lado, e planos de saúde de outro) (argumento 4); é semelhante a outras tabelas de valor mínimo, como a de honorários advocatícios (argumento 5); tem função protetiva em relação ao sistema de saúde (argumento 6) (ALMEIDA, 2012, p. 97)

Considerando que o estudo foi realizado em 2012, observou-se que à época, não era possível “traçar um perfil da orientação do STJ a respeito da matéria”, mas concluiu-se que o TRF da 1ª Região não se furtava “a contrariar as provas colhidas no âmbito do SBDC, prolatando acórdãos que não dialogam com a decisão do CADE a ser reformada” (*Idem*, p.99).

Posteriormente, foram proferidas decisões pelos Tribunais Superiores, ainda que decorrentes de ações que impugnavam as multas aplicadas pela vedação da utilização dos valores da tabela da AMB por parte do CADE, certo que a entidade autárquica não obteve êxito em nenhuma delas.

Cita-se, como exemplo no C. STJ, o AgRg no RESP 663179/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão (STJ, 2005, *on-line*) e do RESP 1130998, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon (STJ, 2010, *on-line*) e no âmbito do E. STF, o RE 630.256 (STF, 2015,

on-line), que tem a mesma demanda originária do último dos mencionados julgados, cuja ementa está abaixo transcrita:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Tabela da Associação Médica Brasileira. Valores mínimos a serem pagos aos prestadores de serviço. Princípios da valorização do trabalho, da livre iniciativa e da livre concorrência. Circunstâncias fáticas que nortearam o acórdão recorrido. Cartel. Não ocorrência. Inexistência de padronização de preços. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Corte de origem concluiu, em razão das circunstâncias fáticas dos autos, que os valores constantes da tabela fornecida pela Associação Médica Brasileira (AMB), utilizados pelo agravado, visavam, tão somente, impedir a desvalorização do trabalho dos profissionais envolvidos na prestação de serviços médicos e laboratoriais e que apenas retratavam quantias mínimas a serem repassadas a tais profissionais, não havendo, portanto, a padronização dos preços que caracterizaria o cartel. 2. A ponderação de interesses, in casu, não prescinde do reexame dos fatos e das provas dos autos, o qual é inadmissível em recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. Agravo regimental não provido. (STF, RE 630.256, 2015, *on-line*)

É possível concluir, portanto, que a decisão sancionatória do CADE, no sentido de que a tabela de honorários médicos constitui conduta anticoncorrencial foi revista pelo Judiciário, sob o fundamento principal de que seu escopo é impedir a desvalorização do trabalho dos profissionais envolvidos na prestação dos respectivos serviços e apontar valores mínimos a serem cobrados, inexistindo, segundo a orientação jurisdicional, padronização de preços a ensejar a formação de cartel.

3.3.4 Cartel dos Combustíveis

O combate a formação de cartéis é prioridade das políticas de defesa da concorrência adotadas no Brasil desde o início dos anos 2000 e ensejou a aplicação de uma série de sanções por parte do CADE ao longo dos anos.

O questionamento judicial de penalidades por tal prática, associada a criação de barreiras para a entrada no mercado, impostas no processo administrativo nº 0800.024581/94-77, levou a relevantes pronunciamentos por parte das Cortes Superiores no âmbito do designado cartel de combustíveis.

No histórico da demanda, o Juízo de primeiro grau anulou as sanções aplicadas pelo CADE, por entender que não houve prática de cartel, mas a sentença foi reformada por acórdão do TRF da 1ª Região e, posteriormente, mantida pelo C. STJ, no AgRg no RESP 1436903/DF (2016, *on-line*) e pelo E. STF no RE 1083955 AgR/DF, sob o fundamento central de impossibilidade de revisão de aspecto fáticos e técnicos do mérito administrativo das decisões regulatórias.

Cumpra mencionar trecho importante do entendimento do C. STJ:

[...]

6. Em face da constitucionalização do direito administrativo e da evolução do estado de direito, tem-se entendido que o Poder Judiciário pode se imiscuir na análise do mérito do ato administrativo, desde que seja analisado sob o seu aspecto jurídico, e para que sejam observados, além da legalidade em sentido amplo do ato, também os princípios e mandamentos constitucionais.

7. No caso sub judice, constata-se claramente que o magistrado adentrou o mérito do ato administrativo produzido pelo CADE, sem nenhuma justificação de infringência aos ditames da lei ou às normas constitucionais. A fundamentação produzida na sentença para anular a decisão administrativa foi de que a mera pressão e o lobby exercido perante as autoridades públicas não configuram infração à ordem econômica.

8. Depreende-se que a análise perpetrada pelo juiz sobre o mérito do ato administrativo não foi jurídica, mas, pelo contrário, casuística, uma verdadeira aventura jurídica, pois não compreendeu os relevantes fatos e provas produzidos pelo CADE, onde ficou evidenciada a formação de Cartel entre as empresas e o cometimento de infração à ordem econômica.

9. Ao contrário do disposto na sentença, o maior prejudicado com a formação do Cartel e o alijamento da livre concorrência no mercado de consumo é o consumidor. Este fica impedido de procurar o melhor preço, tendo que se sujeitar ao valor imposto por aqueles que dominam o mercado de combustíveis no Distrito Federal.

A opção por mencionar o cartel de combustíveis no âmbito das possibilidades de controle está na afirmação do julgado acima transcrito, ao asseverar peremptoriamente, ainda que em outros termos, a viabilidade do controle de juridicidade dos atos administrativos, ainda que sem adentrar o mérito administrativo.

Contudo, o aprofundamento das questões relativas aos limites, notadamente enfrentadas na decisão do E. STF, que faz expressa referência aos argumentos das capacidades institucionais e efeitos sistêmicos que eventual invasão ao mérito das decisões regulatórias poderia causar serão analisadas na seção a seguir.

4 CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES SANCIONATÓRIAS DO CADE: LIMITES

A análise dos dados abarcados pelo recorte da presente pesquisa, para além das possibilidades enfrentadas no âmbito do controle judicial das decisões sancionatórias do CADE, revelam o reconhecimento de limites para a atuação jurisdicional, que ora passam a ser analisados.

4.1 Acesso à justiça, impossibilidade de os Tribunais Superiores reexaminarem fatos e provas e abertura para atuação disruptiva do Judiciário

A garantia do acesso à justiça não transforma os Tribunais Superiores em terceira ou quarta instância recursal, na medida em que se destinam à pacificação da interpretação constitucional e das leis federais.

A principal via de acesso às Cortes Supremas, no âmbito do controle difuso, é por meio dos designados recursos extraordinários ou excepcionais ou de superposição (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 305).

O mencionado gênero abarca o recurso extraordinário (espécie) para o E.STF e o recurso especial para o C. STJ, os quais cingem-se a analisar questões de direito, enquanto meios de impugnação que não são voltados para resolver um caso concreto, mas destinados a promover segurança jurisdicional na aplicação das normas jurídicas.

Tanto assim que, de há muito, resta consolidada a orientação no sentido de que tais meios de impugnação não se dedicam ao reexame de fatos e provas, consoante se depreende da Súmula nº 279 do STF: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (STF, 1963, *on-line*); e da Súmula nº 7 do C. STJ: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (STJ, 1990, *on-line*).

Por mais que tal orientação não impeça a verificação da licitude da prova produzida nas instâncias de piso, corolário do devido processo legal, e que seja possível vislumbrar distinção entre reexame e reavaliação da prova, as mencionadas súmulas são reiteradamente invocadas para restringir a cognição do mérito recursal dos recursos excepcionais, se apresentando como verdadeiro limite à atuação dos Tribunais Superiores.

Isso torna os Tribunais de origem soberanos na instrução do processo e no exame do acervo angariado no curso da demanda, levando à consolidação de situações que parecem discrepantes, de modo a conferir abertura para uma atuação disruptiva do Judiciário.

Como visto na seara das possibilidades, quando o controle ocorre posteriormente às decisões sancionatórias do CADE, a referência às mencionadas súmulas costuma ser realizada para ratificar as orientações do ente regulatório, tal como se observa dos casos de unimilitância e do cartel de combustíveis.

Contudo, o precedente relativo à tabela de honorários médicos demonstra a utilização do argumento em questão para cancelar a invasão do mérito administrativo pelas Cortes de origem, a evidenciar a viabilidade de rompimento da almejada segurança jurisdicional, diante da incerteza acerca da sindicabilidade da orientação adotada pela entidade regulatória, o que pode ser custoso para o ordenamento como um todo.

Não se pretende negar o acesso à justiça ou afirmar que todas as decisões sancionatórias do CADE sempre serão válidas e impassíveis de revisão judicial, sob pena de violar a Constituição, mas é necessário estabelecer parâmetros mais concretos para tal análise, que não esbarrem na simples invocação da impossibilidade de reexaminar provas, com vistas a evitar a disrupção.

4.2. O argumento das capacidades institucionais

O argumento das capacidades institucionais tem sido comumente citado pelos Tribunais Superiores, enquanto inclinação para a adoção de uma postura mais autocontida, ou deferente, como se verá a seguir, do judiciário no controle sobre decisões administrativas, notadamente as regulatórias.

Segundo Arguelhes e Leal (2011, p. 6):

A expressão “capacidades institucionais” tem sido cada vez mais usada como recurso argumentativo no debate constitucional brasileiro para orientar e criticar escolhas do Poder Judiciário entre diferentes cursos de decisão, bem como entre teorias sobre interpretação jurídica e de posturas alternativas diante das outras instituições políticas.

Tal arguição tem se mostrado corriqueira no âmbito do direito administrativo sancionador, notadamente com relação às penalidades disciplinares aplicadas por órgãos de controle, como o CNJ e o CNMP, consoante se depreende do MS 36993-AgR (STF, 2020, *on-line*) e do MS 37178 (STF, 2020, *on-line*), ou ainda no que concerne à atuação do Tribunal de Contas, a exemplo do MS 30892 (STF, 2020, *on-line*).

Ainda que se sustente que a natureza das punições do CADE não pode ser confundida com a atuação disciplinar ou voltada para a verificação da conduta da própria Administração, diante do fundamento e escopo distintos em razão da prática regulatória

subjacente, fato é que as decisões do respectivo órgão de cúpula – o TADE - utilizam-se da sanção como instrumento de regulação, não se furtando, assim, ao respectivo enquadramento.

No âmbito do direito norte-americano, que tem influenciado as transformações do direito público brasileiro, bastante difundida a tese institucionalista de Sunstein e Vermeule (2002, *passim*) que se dedicam a estruturar os elementos organizacionais para a interpretação e aplicação das normas administrativas, sobretudo no âmbito do Estado Regulador.

O argumento “prescreve a incorporação de considerações sobre os recursos e limitações de que uma dada instituição dispõe para resolver os problemas que lhe são submetidos” (ARGUELHES e LEAL, 2011, p.8).

Parte-se da compreensão de que as análises institucionais comparativas destinam-se a alocar o poder de decisão para a organização que tenha melhores condições de exercê-la (JORDÃO, 2016, p. 276), considerando o arranjo em que operam, às finalidades para as quais a instituição fora concebida e às capacidades cognitivas de seus principais atores (ARGUELHES e LEAL, 2011, p.43)

Consoante síntese realizada por Binenbojm (2008, p. 228-229, *apud* SUNSTEIN e VERMEULE, 2002, *passim*), dentre as questões relevantes para a abordagem em comento, devem ser consideradas: a forma de atuação; a composição funcional; a capacidade de aferição dos efeitos sistêmicos das decisões; e a habilitação, em termos políticos, para a realização de determinadas escolhas e estabelecimento de prioridades, à luz do devido processo legal.

Tal alegação passa, assim, pela constatação de que os Tribunais não foram criados e delineados para estabelecer políticas públicas, em especial as regulatórias, que exigem grande conhecimento técnico e dinamismo.

Em análise correlata, Jordão (2016, p. 140) destaca que: “A inadaptabilidade institucional dos tribunais reside particularmente na ausência de *expertise* institucional e na natureza formal de suas decisões”.

Inequivocamente, a forma que se operacionaliza o ingresso na magistratura e a composição funcional do judiciário, ensejam questionamentos acerca de sua legitimidade democrática para interferir em políticas públicas.

Demais disso, os mencionados fatores apontam para a carência de especialização e pessoal necessário para o tratamento de questões complexas e que exigem entendimento metajurídico.

Soma-se a isso, a forma como se desenvolve a atividade jurisdicional, que merece enfrentamento mais pormenorizado, até mesmo em razão das peculiaridades suscitadas pela perspectiva consequencialista.

4.2.1. Consequencialismo e dificuldades inerentes à atividade jurisdicional

A estruturação e o desenvolvimento da atividade jurisdicional envolvem, em regra, uma lógica cartesiana, no sentido de analisar se a decisão administrativa é válida ou inválida, tradicionalmente, mediante um olhar retrospectivo, ou seja, sobre fatos que já ocorreram, diferentemente da análise multipolar e prospectiva da regulação (JORDÃO, 2016, p. 131-136).

Além disso, a jurisdição possui características que marcam a sua atuação em concreto, destacando-se aquelas relacionadas ao princípio da inércia, na medida em que o Judiciário só pode se manifestar quando provocado.

Consequentemente, a judicialização de questões regulatórias opera-se de forma fragmentada, sem considerar o respectivo contexto global, de acordo com o interesse das partes que assumem os respectivos custos do processo, que, por via transversa, podem ser encarados, por alguns, como benefícios.

As partes no processo serão as responsáveis pela produção de provas, em um ambiente em que o Magistrado fica subordinado à verdade nele formalmente estampada, a partir do famoso brocado segundo o qual “o que não está nos autos não está no mundo” (OLIVEIRA, 2018, p. 39).

O desenrolar de tais fatores costuma perdurar por muitos anos, com possibilidade de reforma dos julgamentos, por meio de recursos, que chegam até os Tribunais Superiores, que podem cancelar ou invalidar a orientação regulatória.

A demora e incertezas da prestação jurisdicional são, em geral, complicadas e dispendiosas para as partes, mas podem apresentar-se como artifícios muitas vezes utilizados para evitar ou postergar, ao máximo, o cumprimento de determinações administrativas, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de *sham litigation*, verdadeiro abuso do direito de ação.

Assim, os fatos submetidos ao crivo jurisdicional são, em geral, pretéritos e, muitas vezes, descontextualizados, certo que sua análise restringe-se às provas produzidas naquele processo, por iniciativa das partes envolvidas, sob viés formalista, condizente com uma “perspectiva dedutivista da aplicação das normas jurídicas”, que funda suas decisões no sistema normativo preexistente (ARGUELHES e LEAL, 2009, p. 203-205).

Tais dificuldades inerentes à atividade jurisdicional constituem a principal objeção para que uma postura pragmática, de característica consequencialista, seja adotada como regra geral para a teoria normativa da decisão judicial, na forma que parece ser a determinada pela Lei nº 13.655/2018, considerando ainda os direitos e garantias fundamentais, que estão na base do Estado Democrático de Direito.

Ao comentar os dispositivos inseridos pelo novel diploma, notadamente os arts. 20 e 21 da LINDB, que trazem tal perspectiva para o controle, Oliveira (2018, p. 50) destaca que essas normas “exigem o mais absoluto exercício de futurologia por parte do julgador, que passa a ter um ônus que não é dele, mas do administrador”.

Tal pensamento corrobora com outros problemas identificados pelo mencionado jurista (*Idem*, p. 39), sobretudo, no sentido de que o julgador precisa apontar a escolha de uma opção “inclusive em face das possíveis alternativas”, que importariam na: “exigência de o julgador considerar em sua decisão elementos que não constam dos autos do processo”.

Fica o questionamento acerca da possibilidade de o Magistrado ser, ao mesmo tempo, formalista e pragmático, considerando, inclusive, os limites da racionalidade humana, que não se mostra infensa às influências sociais e culturais do indivíduo e, por vezes, pode causar efeito reverso do almejado, por abrir caminho para outros e novos equívocos na apreciação da lide.

Se de um lado, o argumento das capacidades institucionais aponta para as dificuldades de aplicação da perspectiva consequencialista pelo judiciário, de outro, já se mostra como limite reconhecido, em especial pelo E. STF para a adoção de uma postura mais autocontida frente às atividades regulatórias, em busca de conciliar os aludidos pontos de tensionamento.

4.3. A questão da deferência

A expressão deferência vem sendo utilizada pelas Cortes Brasileiras para apontar uma postura de respeito às decisões administrativas, de forma imbricada com o argumento anteriormente analisado.

Nos dizeres de Aragão (2012, p. 621): “quanto mais esses fatores (índices de capacidade institucional) estiverem presentes, maior deferência deve o Judiciário dar às decisões já tomadas pela Administração”.

Para os fins que ora se propõe, cumpre mencionar trecho relevante do seguinte julgado do Pretório Excelso, ao reconhecer a constitucionalidade, em sede de controle

abstrato, de resolução da ANVISA, que proibia a importação e comercialização de produtos fumígenos derivados do tabaco contendo aditivos:

[...]Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (*Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*)” (STF, ADI 4874, 2019, *on-line*).

Em estudo abordando a experiência estrangeira no controle judicial, diante das complexidades da Administração contemporânea, Jordão (2016, *passim*) analisou as jurisdições da França, Itália, Estados Unidos e Canadá, com vistas a perquirir a intensidade de questões afetas à deferência na intensidade do controle exercido pelos diferentes modelos jurisdicionais.

Considerando, em linhas gerais, a prática formalista do sistema romano-germânico presente nos dois primeiros modelos, bem como a existência de Cortes especializadas de competência administrativa, diante do sistema da dualidade de jurisdição, nestes foi observada uma postura menos deferente, com relação às decisões técnicas dotadas de complexidade no âmbito regulatório.

Já os modelos norte-americanos, submetidos ao monopólio de jurisdição, de matriz no *common law*, são mais voltados para o realismo jurídico e culminam por adotar uma postura mais deferente no controle das decisões administrativas, considerando as peculiaridades dos desenhos institucionais envolvidos.

Em que pese o direito brasileiro ter suas raízes formalistas, inerentes ao *civil law*, na tradição do direito administrativo, adota-se a unidade de jurisdição, certo que o fortalecimento da jurisdição constitucional vem inclinando para um modelo que, sem desgarrar da vasta tecitura normativa, do direito posto, passou a sofrer a influência determinante da jurisprudência, em especial, dos precedentes das Cortes Superiores.

Diante desse quadro, impõem-se a compreensão da doutrina Chevron, baseada em orientação da Suprema Corte dos Estados Unidos, que vem sendo citada nas decisões do C. STF, como visto, dentre outros, no julgado supra destacado (STF, ADI 4874, 2019, *on-line*),

bem como no do cartel dos combustíveis (STF, RE 1083955-AgR/DF, 2018, *on-line*), que será retomado mais adiante.

4.3.1. A doutrina Chevron

A questão levada a Suprema Corte dos Estados Unidos refere-se ao caso envolvendo *Chevron U.S.A. Inc. versus Natural Resources Defense Council Inc.*, julgado em 1984, que, mesmo sem ter tal pretensão, tornou-se um dos precedentes mais citados pelas Cortes dos Estados Unidos (JORDÃO, 2016, p. 200 *apud* ESKRIDGE JR. e BAER, 2008, p.96), que enfrentou a interpretação conferida pela agência ambiental americana acerca das designadas “fontes fixas” (*stationary source*).

A grande importância da orientação adotada decorre dos parâmetros estabelecidos para verificação da deferência que deve ser guardada pelos Tribunais com relação às decisões administrativas, sobretudo, as regulatórias, consubstanciado em um sistema composto de duas etapas, que segundo Jordão (2016, p. 202 e 203) pode ser estruturado nos seguintes termos:

[...] De acordo com este teste, os tribunais deveriam, num primeiro passo, identificar se a legislação oferecia uma resposta clara à questão específica trazida a juízo e objeto da interpretação legislativa. Se o legislador tivesse produzido esta resposta clara, então, o caso estaria resolvido: bastaria aos tribunais aplicar essa solução, porque ela seria a única solução cabível no caso concreto. Se a decisão administrativa sob controle houvesse adotado esta solução, ela seria correta e deveria ser mantida; caso contrário a decisão deveria ser anulada. O segundo passo do teste Chevron tem lugar precisamente nos casos em que o legislador não resolveu claramente a específica questão trazida a juízo. Dito de outro modo: deve o juiz do caso concreto passar ao segundo passo do teste Chevron na hipótese em que a legislação for ambígua sobre determinada questão. Nestas hipóteses, não cabe aos tribunais interpretar diretamente a ambiguidade legislativa, adotando a solução que lhes parecer mais adequada. Ao invés disto, devem apenas julgar se a solução adotada pela autoridade administrativa é permissível (razoável). (JORDÃO, 2016, p. 202-203)

Cabe, portanto, ao Tribunal averiguar, inicialmente, se existe norma que confira margem para a atuação administrativa por meio dos órgãos especializados, inclusive, por meio de termos vagos previstos na lei, ou seja, a verificação de uma norma de baixa densidade normativa (ARAGÃO, 2012, 616).

Em caso positivo, chega-se ao segundo momento, de verificação acerca da coerência da decisão administrativa com o dispositivo legal interpretado, sob o crivo da razoabilidade, de modo que:

O dever de deferência, pois, limita a atuação do julgador, nos casos em que este é provocado a alterar os juízos de ponderação (técnicos, econômicos, sociais e

jurídicos) realizados pela autoridade administrativa que detém competência para tanto. Nessas hipóteses, a sindicabilidade do ato envolve o exame limitado dos aspectos de legalidade – em especial, o atendimento dos elementos do ato administrativo, mediante a aferição da regularidade do procedimento pelo qual foi cunhado (MARQUES NETO e FREITAS, 2020, p. 36).

Tais balizas tem influenciado muito os Tribunais Superiores brasileiros, que têm se utilizado do raciocínio preconizado pela doutrina Chevron, com um dos principais limites ao controle judicial das decisões regulatórias.

4.3.2 Celeumas acerca do dever de deferência

O aludido dever de deferência está sujeito a questionamentos, que partem da violação ao princípio da separação de poderes, em decorrência do esvaziamento da atividade jurisdicional e do fortalecimento do Poder Executivo, que tem atuação determinante na composição das entidades regulatórias e que, muitas vezes, culmina em indicações impregnadas de interferências políticas para a ocupação de posições de cúpula.

Mas, uma das principais refutações é a chamada captura regulatória, que pode ser compreendida como a manipulação dos processos de decisão pelos entes especializados para atender a determinados grupos de interesses, em detrimento de toda a sociedade (BÓ, 2006, *passim*), que já se apresentava na formulação do COASE (1960, *passim*).

Com efeito, a captura das entidades regulatórias contamina a sua atuação e a afasta da finalidade para a qual fora criada, a ensejar vício conhecido no âmbito do direito administrativo como desvio de poder.

Outro fator importante, remonta a origem da estrutura jurídica brasileira, calcada no *civil law* e na vasta produção normativa que permeia o ordenamento pátrio, a partir da própria extensão da Constituição de 1988, diferentemente da tradição dos Estados Unidos, muito mais enxuta, diante das bases no *common law*, como visto anteriormente.

Em que pese a força da jurisdição constitucional e a importância que vem sendo conferida pelo próprio ordenamento jurídico aos precedentes judiciais, tal peculiaridade pátria torna mais intrincada a questão da deferência e se apresenta como aspecto relevante no âmbito das transformações do direito administrativo, retratada nas normas inseridas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018.

Como toda modificação em curso, é possível observar uma resistência, notadamente pelos Juízos de primeiro grau e Tribunais de origem, que, muitas vezes, tendem a ter uma

postura menos deferente, até mesmo diante da instrução probatória que lhes compete, a importar em uma maior incursão judicial no mérito de questões complexas, em especial, com relação às ações *stand alone* envolvendo matéria concorrencial.

No tocante a tais ações autônomas foi também mencionada a existência de uma maior oscilação, notadamente no âmbito do C. STJ, no que se refere a adoção de uma postura deferencial, em comparação com as demandas relacionadas ao controle exercido posteriormente ao pronunciamento do CADE.

Cumpra mencionar a observação de Maranhão (2016, p. 29), em decorrência do mencionado estudo encomendado pelo CNJ sobre o controle judicial das agências reguladoras, nos seguintes termos:

Vale notar que o índice de incerteza é maior, no Brasil, porque as varas de primeira instância são menos deferentes às agências regulatórias do que as instâncias superiores. A consequência é deletéria para a aplicação adequada da norma, já que sinais conflitantes são transmitidos às partes durante o curso da ação judicial.

Desse modo, ainda que tenha galgado espaço de destaque nas Cortes Superiores Brasileiras, notadamente em posicionamentos com forte matiz pragmático, a questão da deferência não é irrefutável.

4.3 A vedação de controle com base em valores jurídicos abstratos: contenção à teoria dos princípios?

Para além dos limites acima tratados, já reconhecidos, ainda que de forma pontual, pela jurisprudência, em especial do Pretório Excelso, é importante tecer algumas considerações acerca do art. 20, da LINDB, introduzido pela Lei nº 13.655/2018, sobretudo, no que concerne a vedação de decisões “com base em valores jurídicos abstratos”.

O aludido dispositivo não só impõe a consideração da perspectiva pragmático-consequencialista para a tomada de decisões no âmbito administrativo e jurisdicional, como também acena para a cautela que deve ser adotada na utilização dos princípios na resolução de casos concretos.

O direito no Estado pós-moderno é marcado pelas diretrizes do neoconstitucionalismo, que tem como importante marco filosófico o pensamento pós-positivista, no âmbito da chamada virada kantiana, importando no reconhecimento da eficácia das normas constitucionais e da reaproximação com os valores subjacentes ao

ordenamento jurídico (BARROSO, 2002, *passim*), a cancelar a difundida teoria dos princípios (DWORKIN, 1978, *passim*).

Tal pensamento constitui pilar galgado no âmbito do chamado giro democrático constitucional do direito administrativo, passo essencial para trilhar a implementação do giro pragmático (BINENBOJM, 2017, p.33), delineado na Lei nº 13.655/2018.

Contudo, a teoria dos princípios abriu espaço para “oportunistas decisórios” (JUSTEN FILHO, 2018, P. 22), dentro do que Sundfeld (2012, p. 214) diagnostica como “arma para espertos e preguiçosos”, apresentando-se, muitas vezes, como panaceia para inclinações pessoais dos operadores do direito, que parece ser o alvo do dispositivo em comento.

Da novel determinação normativa é possível extrair o espírito de enquadrar gestores e controladores no que Moreira Neto (2009, p. 90) designa de princípio da realidade, por meio do qual o direito público “não se pode perder em formulações quiméricas e pretensões impossíveis, porque ademais estaria fugindo a sua finalidade”, bem como a necessidade de aprimoramento da motivação, inclusive, das decisões judiciais.

A primazia da realidade é ratificada, ainda, pelo disposto no art. 22, da Lei nº 13655/2018, que dispõe que: “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

Segundo Sundfeld e Giacomuzzi (2018, p. 40):

A Lei nº 13.655/2018, busca justamente trazer quem “decide” para o mundo real. Não é uma lei contra os princípios. Mas é uma lei para evitar que a validade de atos e a regularidade comportamentos sejam decididas a partir de idealizações e de argumentos retóricos legitimados com a simples invocação dos princípios.

Busca-se, portanto, evitar que valores sejam manipulados de modo a resultar em escolhas impregnadas de personalismos, exigindo, assim, inclusive do magistrado, uma postura embasada e justificada no exercício do controle, notadamente quando há a invocação de princípios.

Em paradigmático estudo anterior, após sustentar que princípio não poderia significar preguiça, Sundfeld (2012, p. 83) já destacava que “ao julgarem com base em princípios, os juízes exercem função regulatória – e não podem fazê-lo superficialmente”, de modo que caberia aos magistrados cumprir “os mesmos ônus que tem os reguladores”.

O mencionado autor explica que é importante para os magistrados:

Elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem deve ser utilizada em juízo para resolver os casos concretos, do mesmo modo que o regulador faz regulamentos, com suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever possíveis custos e os impactos positivos e negativos, em todos os seus aspectos da nova regulação judicial que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente da cogitada. Tudo isso tem que aparecer na motivação da decisão judicial (SUNDFELD, 2012, pgs. 83-84)

Desse modo, é possível vislumbrar no mencionado dispositivo o intento de conter o uso genérico e, por vezes, equivocado da teoria dos princípios, que pode ser considerado como um recado para o judiciário, notadamente no que concerne à revisão judicial das decisões regulatórias.

Mas aqui, mais uma vez, a orientação não é indene de críticas, diante da possibilidade de colocar em xeque a teoria dos princípios, substituindo-a por um viés que pode ser impregnado de utilitarismo.

4.4 A presença do consequencialismo na jurisprudência dos Tribunais Superiores

Não são poucos os esforços para distinguir utilitarismo, pragmatismo, consequencialismo, notadamente no âmbito filosófico, como se verifica de Arguelhes e Leal (2009, *passim*), dentre outros. Mas, é comum na doutrina e na jurisprudência que o consequencialismo seja considerado uma das características do pragmatismo jurídico

Muitas vezes, estas últimas expressões são utilizadas de forma agregada ou intercambiável, apresentando-se, inclusive, como instrumental a referências relacionadas à análise econômica do direito, sendo que a aproximação com o utilitarismo é uma de suas principais objeções, como se verá a seguir.

Em estudo recentemente noticiado, de base quantitativa e qualitativa, destinado a verificar a presença da Análise Econômica do Direito na jurisprudência do Pretório Excelso, Caon (2020, *on-line*) examinou as decisões do E. STF no período entre 1994 e 2019, e verificou a existência de trinta e nove julgados em que a Corte Suprema fez uso do pensamento consequencialista como instrumental de tal perspectiva.

Observou-se que, apesar de existirem julgados mais antigos que se utilizavam de raciocínios econômicos, a partir de 2015 houve um melhor embasamento metodológico para tal aplicação, com o aprimoramento técnico na fundamentação dos acórdãos sob os influxos da Análise Econômica do Direito, notadamente a partir da ADI 5062 (STF, 2016, *on-line*), de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Tal precedente analisou a constitucionalidade da Lei nº 12.853/2013, que modificou a Lei nº 9610/98, considerado novo marco regulatório na gestão coletiva de direitos autorais, na qual o relator, em seu voto, faz expressa referência à existência de comissões parlamentares de inquérito, bem como à decisão do CADE no processo administrativo nº 08012.00374512010-83, que reconheceu a prática de cartel no respectivo setor, que confluíram para a validação da alteração legislativa mencionada.

Importante destacar trecho do mencionado voto, vencedor por maioria, especificamente, no ponto em que, ao analisar o papel do Poder Judiciário na revisão de marcos regulatórios, busca estruturar parâmetros que buscam conciliar os riscos do ativismo excessivo com as deficiências da deferência exagerada, a saber:

- 1) Quando as escolhas regulatórias (legislativa e administrativa) forem transparentes, no sentido de clara e minimamente justificadas, com a explicitação dos objetivos perseguidos e a identificação dos motivos determinantes, o exame judicial deve ser deferente, limitando-se a invalidar atos estatais nas hipóteses de erro manifesto, como a contrariedade frontal a regra constitucional ou a falta evidente de pertinência
- 2) Quando as escolhas regulatórias (legislativa ou administrativa) forem opacas, no sentido de omitirem os seus motivos determinantes ou de não identificarem os objetivos perseguidos, recai sobre a medida estatal caráter suspeito, o que justifica um exame judicial mais rigoroso (escrutínio estrito).

Tal orientação coaduna com o aludido exame realizado no segundo momento do procedimento bifásico propugnado pela doutrina Chevron, aprofundando as balizas para a análise de razoabilidade a que ele se propõe.

Já no âmbito do direito concorrencial, é paradigmática a aplicação de tal pensamento no julgado do E. STF no caso do cartel de combustíveis, que, pela importância, exige a integral transcrição da respectiva ementa:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. PRÁTICA LESIVA TENDENTE A ELIMINAR POTENCIALIDADE CONCORRENCIAL DE NOVO VAREJISTA. ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCURSIONAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos. 2. O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa. 3. A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial. 4.

A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248–251).

5. A intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos.

6. A expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia. O controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte. Precedentes: ARE 779.212-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 21/8/2014; RE 636.686-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 16/8/2013; RMS 27.934 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 3/8/2015; ARE 968.607 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 15/9/2016; RMS 24.256, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 18/10/2002; RMS 33.911, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 20/6/2016.

7. Os controles regulatórios, à luz do consequencialismo, são comumente dinâmicos e imprevisíveis. Consoante ressaltado por Cass Sustein, “as normas regulatórias podem interagir de maneira surpreendente com o mercado, com outras normas e com outros problemas. Consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a regulação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos (...). As agências reguladoras estão muito melhor situadas do que os tribunais para entender e combater esses efeitos” (SUSTEIN, Cass R., “Law and Administration after Chevron”. *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090).

8. A atividade regulatória difere substancialmente da prática jurisdicional, porquanto: “a regulação tende a usar meios de controle ex ante (preventivos), enquanto processos judiciais realizam o controle ex post (dissuasivos); (...) a regulação tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas” (POSNER, Richard A. “Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework”. In: KESSLER, Daniel P. (Org.), *Regulation versus litigation: perspectives from economics and law*, Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 13).

9. In casu, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, após ampla análise do conjunto fático e probatório dos autos do processo administrativo, examinou circunstâncias fáticas e econômicas complexas, incluindo a materialidade das condutas, a definição do mercado relevante e o exame das consequências das condutas das agravantes no mercado analisado. No processo, a Autarquia concluiu que a conduta perpetrada pelas agravantes se enquadrava nas infrações à ordem econômica previstas nos artigos 20, I, II e IV, e 21, II, IV, V e X, da Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste).

10. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE detém competência legalmente outorgada para verificar se a conduta de agentes econômicos gera efetivo prejuízo à livre concorrência, em materialização das infrações previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste).

11. As sanções antitruste, aplicadas pelo CADE por força de ilicitude da conduta empresarial, dependem das consequências ou repercussões negativas no mercado analisado, sendo certo que a identificação de tais efeitos anticompetitivos reclama expertise, o que, na doutrina, significa que “é possível que o controle da “correção” de uma avaliação antitruste ignore estas decisões preliminares da autoridade administrativa, gerando uma incoerência regulatória. Sob o pretexto de “aplicação da legislação”, os tribunais podem simplesmente desconsiderar estas complexidades que lhes são subjacentes e impor suas próprias opções” (JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros – SBDP, 2016, p. 152-155).

12. O Tribunal a quo reconheceu a regularidade do procedimento administrativo que impusera às recorrentes condenação por práticas previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste), razão pela qual divergir do entendimento firmado no acórdão recorrido demandaria o reexame

dos fatos e provas, o que não se revela cognoscível em sede de recurso extraordinário, face ao óbice erigido pela Súmula 279 do STF. 13. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO.

A orientação adotada parte, portanto, do viés pragmático, subjacente ao consequencialismo, que ora é exigido pela Lei nº 13.655/2018, constituindo relevante precedente para o reconhecimento do argumento das capacidades institucionais e para a questão da deferência, enquanto limites já reconhecidos em decisões do E. STF para revisão judicial, sobretudo na esfera regulatória, especificamente relacionada à política antitruste.

4.5. Objeções relevantes à intronização da perspectiva consequencialista pela Lei nº 13.655/2018

Até então, procurou-se explicitar o sentido que a novel determinação normativa pretende ao apontar para o olhar pragmático-consequencialista, no âmbito do controle das políticas regulatórias, à luz da jurisprudência já existente dos Tribunais Superiores, sobretudo, acerca da revisão das decisões sancionatórias do CADE, que se apresenta intimamente relacionado ao argumento das capacidades institucionais.

Mas, já se advertiu e pontuou está sujeita a críticas, de modo que se faz necessário, enfim, condensar as principais objeções ao panorama proposto, com vistas a incrementar o debate, sem a pretensão de alcançar conclusões peremptórias.

Ao comentar o projeto de lei que deu ensejo à Lei nº 13.655/2018, Leal (2016, *on-line*) destaca, em especial, a existência de dois tipos de incerteza com relação à imposição da análise das consequências práticas em processos de tomada de decisão judicial.

A primeira relacionada à dimensão positiva ou descritiva, no sentido de controle das prognoses que deverão ser realizadas pelo julgador, a fim de se perquirir como é possível “torná-las confiáveis, e não produtos de especulações intuitivas sobre o futuro?” (*Ibidem*).

A segunda, diz respeito ao aspecto normativo do raciocínio, que, ao não explicitar critérios de valoração, deixa o julgador livre para ranquear as consequências a sua maneira.

Ainda que alguns parâmetros estejam estipulados, tais como os relacionados ao postulado da proporcionalidade, ou ainda eficiência e segurança jurídica, tais expressões são vagas e podem reabrir os problemas que a norma visa a evitar (*Ibidem*).

Já Souza Neto (2006, p. 11-12) assinala a existência de três críticas principais, das quais padece o consequencialismo, no sentido de que tal perspectiva pode: enfraquecer a autonomia do direito em face da política e a função contra majoritária própria do Poder

Judiciário; facilitar a politização da justiça, pelo uso abusivo de argumentos de ordem prática; patrocinar decisões de caráter utilitarista.

Talvez o maior receio, para além do sentido reverso do almejado pelo preâmbulo da norma (de promover maior eficiência e segurança jurídica), está na última das mencionadas críticas, na medida em que a maximização do bem-estar apregoada pelo utilitarismo pode culminar na flexibilização e consequente violação de direitos fundamentais, sob o pálio da melhor ou maior utilidade no caso concreto.

Há de se ter cuidado, portanto, com a aplicação da racionalidade econômica ao direito, pois, se de um lado, ela pode auxiliar, e muito, no aprimoramento do controle judicial sobre as decisões administrativas, como pontualmente se verifica em casos difíceis enfrentados pelas Cortes Superiores, de outro, ela pode abrir uma caixa de Pandora de consequências indesejáveis.

5 CONCLUSÃO

Diante da verificação do desenho institucional da atividade regulatória do CADE e da orientação das Cortes Superiores acerca dos limites e possibilidades do controle judicial de suas decisões sancionatórias, a conclusão volta-se para as perspectivas, à luz do viés pragmático-consequencialista.

Tal horizonte parece um pouco mais claro no âmbito do controle exercido posteriormente pelo Judiciário, que já possui parâmetros mais bem delimitados, concernentes à sedimentação do argumento das capacidades institucionais e do dever de deferência, cujo amadurecimento tem se intensificado na jurisprudência das Cortes Superiores nos últimos anos e comungam da racionalidade econômica exigida pela lei.

Impende pontuar que nestas ações o CADE necessariamente é parte, o que conduz ao julgamento das lides pelas Turmas de Direito Público, no âmbito do C. STJ, que após alguma oscilação, tendem a caminhar em sentido semelhante a orientação que vem galgando cada vez mais força no E. STF.

Neste espectro, resta evidenciada a viabilidade do controle para manter a higidez do ordenamento jurídico, o qual, não obstante, deve respeitar as orientações técnicas adotadas pela instituição que, em tese, possui melhor aparato para desenvolver a política de defesa da concorrência, nos termos da moldura normativa, à luz dos direitos e garantias fundamentais.

Havendo violação de tais balizas, que constituem o devido processo legal em sentido formal e substancial, tais decisões sancionatórias deverão ser judicialmente revistas, à luz dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade, que também tem amparo na Lei nº 13.655/2018.

Corroborar-se com a conclusão alcançada em estudos empíricos prévios, que apontam para índice superior a oitenta por cento de confirmação das sanções aplicadas pelo CADE, enquanto ferramenta de regulação, que, ousa-se dizer, inclina-se para ser ainda maior diante do amadurecimento da atuação administrativa.

Explica-se, ao longo dos anos, o controle a *posteriori* intensificou os diálogos institucionais entre o CADE e o Judiciário, a auxiliar no aprimoramento dos procedimentos para o exercício da prática regulatória, estreitando cada vez mais o espaço para a revisão das respectivas decisões sancionatórias.

Além disso, o direito administrativo moderno fomenta a utilização de instrumentos consensuais, com vistas a obter solução mais célere e efetiva para questões administrativas,

ora cancelados pelo art. 28, da LINDB e que tem previsão específica na Lei nº 12.529/2011, o que culmina por afunilar a judicialização de demandas que podem ser evitadas.

Assim, as partes que tendem a arcar com os custos e morosidade do processo judicial são aquelas que têm a intenção de adiar o cumprimento das decisões administrativas, mesmo sabendo que tem grande possibilidade de perder a causa após um longo processo judicial, o que também contribui para o aumento do grau de deferência da jurisprudência para com o exercício do direito administrativo sancionador.

Outro, no entanto, é o panorama vislumbrado no controle prévio ou concomitante, por meio das chamadas ações *stand alone* ou autônomas, que se mostra muito mais intrincado por diversos aspectos.

O primeiro ponto que merece destaque condiz com a necessidade de participação do CADE na demanda, seja na qualidade de assistente simples ou de *amicus curiae*, que, apesar de não ser imposta pela lei, seria salutar para as lides que versam sobre condutas anticoncorrenciais, reconhecendo-se os limites operacionais do próprio ente.

A obrigatoriedade da intervenção teria, ainda, como desdobramento a concentração da competência para julgamento na Justiça Federal, que poderia se dedicar à especialização de Varas para o tratamento de tal matéria, diante da complexidade, multipolaridade e interdisciplinaridade que lhe são inerentes, a fim de galgar uma melhor capacitação, além de, eventualmente, levar as questões correlatas para as Turmas de Direito Público, na repartição de competência interna dos Tribunais.

Com relação à análise das infrações antitruste em concreto, no bojo das ações autônomas, observa-se que das cinco situações selecionadas, três ensejam, no mínimo, estranheza, senão perplexidade, a comprometer a segurança jurídica no tratamento do tema, certo que duas delas foram submetidas às Turmas de Direito Privado do C. STJ.

Este ponto necessita de um maior aprofundamento, o direito antitruste, pela sua própria estruturação, apresenta-se como matéria de direito público que recai sobre a atividade empresarial, tipicamente de direito privado, o que leva a existência de um limite tênue entre as matérias, sobretudo quando o litígio envolve especificamente a conduta entre particulares.

Ocorre que a existência de um “direito concorrencial privado”, tal como preconizado no julgamento acerca da recusa de contratação e discriminação de preços no setor de gás liquefeito, enseja outros questionamentos.

O principal deles é sobre a aplicação da Lei 13.655/2018, considerando que o próprio preâmbulo estabelece que são normas voltadas para a interpretação e aplicação do direito público.

Estariam eventuais lides privadas que versam sobre condutas antitruste infensas à aplicação da perspectiva pragmático-consequencialista? A resposta parece ser que não, notadamente nas situações que caracterizam os chamados casos difíceis, em que não há imediata subsunção do fato à regra.

As situações retratadas no mencionado litígio, assim como no do cartel dos “cegonheiros” e no da cláusula de raio, constituem uma amostra da insegurança jurídica que ainda paira na judicialização de questões concorrenciais de forma prévia ou concomitante à atuação do CADE.

O caso mais paradigmático para fins conclusivos, diz respeito ao cartel dos “cegonheiros”, até mesmo pela confluência entre o controle prévio, concomitante e o posterior em situação que ainda estava pendente de julgamento no início de 2021.

A respectiva ação *stand alone* foi, inicialmente, alçada ao STJ em 2004, para fins de suspender liminar proferida pelo Juízo de primeiro grau que adentrou mérito antitruste, ao determinar medidas específicas para os particulares e deu ensejo a dois julgamentos da Corte Superior.

A respectiva sentença foi objeto de apelação, na qual há acórdão do TRF da 4ª Região, que fora suspenso pelo C. STJ em conflito de competência, diante da evidente possibilidade de conflito com decisão resultante de controle posterior, por outro legitimado, que questionou orientação adotada pelo CADE sobre fatos similares, da lavra do TRF da 1ª Região, o qual decidiu em sentido diametralmente oposto ao anterior, ao guardar deferência para com a atuação da autarquia.

Os reflexos de tais entendimentos contraditórios ensejam perplexidade e apontam para a necessidade de serem estabelecidos parâmetros consistentes para o julgamento das ações autônomas, sobretudo, diante das relevantes consequências jurídicas e administrativas que dela podem resultar, à luz dos artigos 20 e 21 da LINDB.

Ao longo do estudo, procurou-se apontar o que se espera da nova perspectiva imposta pela lei, à luz das transformações em curso do direito público e da jurisprudência dos Tribunais Superiores, passível de objeções, sobretudo, pela abertura para celeumas que até então não foram aprofundadas no ordenamento pátrio.

Consideradas estas circunstâncias, a verificação da efetividade e dos contornos que, na prática, serão conferidos ao consequencialismo, por critério de verificabilidade ou falseabilidade, depende, ainda, da postura empírica que será adotada pelo Judiciário frente aos novos desafios determinados pela lei.

Referências Bibliográficas

ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Interpretação Consequencialista e Análise Econômica Do Direito Público à Luz dos Princípios Constitucionais da Eficiência e da Economicidade*. Interesse Público, v. 11, n. 57, set./out. 2009. Disponível em: <<http://dspace.xmlui/bitstream/item/3864/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em 15/12/2019.

_____. *Considerações iniciais sobre a Lei Geral das Agências Reguladoras*. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, ano 18, n. 71, p. 9-24, jul./ set. 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/140/41969/92226>. Acesso em: 10/12/2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Forum, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O Argumento das “Capacidades Institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. Revista Direito Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, nº 38, p. 6-50, jan-jul 2011. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf>. Acesso em 01/10/2019.

_____. *Dois problemas de operacionalização do argumento de “Capacidades Institucionais”*. Revista de Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 192-213, jul. 2016. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40/49>>. Acesso em 01/10/2019.

AZEVEDO, Paulo Furquim. *Revisão Judicial de Decisões Antitruste: Incentivos para Acordos?*. Em PRADO, Mariana Mota (Org.). *O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 81-102. Disponível em <<http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/o-judiciario-e-o-estado-regulador.pdf>>. Acesso em 01/12/2020.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública*. São Paulo: USP, 2011. Relatório da pesquisa. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 05/12/2020.

_____. (coord.). *Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário*. São Paulo: Singular, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-312, jul. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445>>. Acesso em: 10/09/2019.

_____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 10/09/2019.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BATISTA, Paulo Nogueira. *O consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos*. São Paulo. 1994. Disponível em: <http://www.fau.usp.br/cursos/graduacao/arq_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf>. Acesso em 10/07/2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constituição*. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2017.

BIRKLAND, Thomas A. *An Introduction to the Police Process*. New York: Routledge, 2011.

BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília. 1995;

_____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *A Reforma do Aparelho do Estado e as Mudanças Constitucionais: síntese e respostas a dúvidas mais comuns*. Brasília: MARE, 1997.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Cartilha do CADE*. 2015. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em 15/06/2019;.

_____. Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE. *Aplicação do Direito da Concorrência em Licitações Públicas: Cartéis*. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/2-seae_aplicacao_direito_concorrenca_licitacoes_publicas_carteis.pdf>. Acesso 06/06/2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 8791/RS. Agravantes: Associação Nacional de Empresas Transportadoras de Veículos – ANTV; General Motors do Brasil e Outro; e Ministério Público Federal. Agravados: Os Mesmos. Relator: Luiz Fux. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 13/12/2004, p. 214. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 01/12/2020.

_____. Recurso Especial nº 677.585/RS. Recorrente: Associação Nacional de Empresas Transportadoras de Veículos - ANTV. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Luiz Fux. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 13/02/2006, p. 679. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 01/12/2020.

_____. Recurso Especial nº 650892/PR Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: União; Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; Shell Brasil Ltda. e Outros; Sindicato do Comércio de Combustíveis e Outros; e Petrobras Distribuidora S/A. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 13/11/2009. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 01/12/2020.

_____. Recurso Especial nº 1172603/SP. Recorrente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Recorrido: UNIMED Santa Catarina Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. Relator: Ministro Humberto Martins. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 12/03/2010. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 01/12/2020.

_____. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 191080/SP. Embargantes: Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; Argemiro Dolce e Outros. Embargado: Unimed Rio Claro Cooperativa de Trabalho. Assistente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Relator: Hamilton Carvalhido. Órgão Julgador: Corte Especial. Publicação: DJe 08/04/2010. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 01/12/2020.

_____. Recurso Especial nº 118643/RS. Recorrente: Tecon Rio Grande S/A. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 20/05/2011. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 01/12/2020.

_____. Recurso Especial nº 1207855-/SE. Recorrente: Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Sergipe. Recorrido: Empreendimentos Pague Menos S/A. Relator: Ministra Mauro Campbell Marques. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 06/09/2011. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 01/12/2020.

_____. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1068888/SP. Agravante: Unimed Bauru Cooperativa de Trabalho Médico. Agravado: Ministério Público Federal. Assistente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe 04/05/2012. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 01/12/2020.

_____. Recurso Especial nº 1390875/RS. Recorrentes: Liquigás Distribuidora S/A; Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda; Supergasbras Energia Ltda; Companhia Ultragaz S/A. Recorridos: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; Ministério Público Federal; Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul; Agência Nacional de Petróleo Gás Natural e Biocombustíveis. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: Dje 19/06/2015. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 01/12/2020.

_____. Recurso Especial nº 1317536/MA. Recorrente: Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda. Recorrido: J S Pinheiro Neto. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 03/02/2016. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 01/12/2020.

_____. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1436903/DF. Agravante: Comal Combustíveis para Veículos Ltda; Cascol Combustíveis para Veículos Ltda e outros. Recorrido: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Relator: Ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: Dje 04/02/2016. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 01/12/2020.

_____. Recurso Especial nº 1535727 -Rio Grande do Sul. Recorrentes: Maiojama Participações Ltda; Ancar IC S/A; LRR Participações S/A. Recorrido: Sindicato dos Lojistas do Comércio de Porto Alegre Sindilojas. Relator: Ministro Marco Buzzi. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: Dje 20/06/2016. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 01/12/2020.

_____. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentençaº 2079/DF. Agravantes: White Martins Gases Industriais S/A. Agravados: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; Ministério Público Federal; Estado de São Paulo. Relator: Ministro Francisco Falcão. Órgão Julgador: Corte Especial. Publicação: Dje 09/02/2017. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 01/12/2020.

_____. Conflito de Competência nº 168092. Suscitante: Associação Nacional de Empresas Transportadoras de Veículos - ANTV. Suscitados: Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Publicação: DJ 16/11/2020. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 01/12/2020.

_____. Agravo em Recurso Especial nº 1327367/DF. Agravante: Ministério Público Federal e CADE. Agravado: LGL. Relator: Benedito Gonçalves. Publicação: DJ 01/12/2020. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 05/12/2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 777.940/DF. Agravante: Unimed Rioclaro – Cooperativa de Trabalho Médico. Agravados: Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Relatora: Ministra Rosa Weber. Órgão

Julgador: Primeira Turma. Publicação: 02/09/2014. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 05/07/2020.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 630.256/DF. Agravante: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Agravado: Laboratório Sabin de Análises Clínicas. Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: 19/06/2015. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 05/07/2020.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5062/DF. Requerente: ABRAMUS – Associação Brasileira de Música e Artes e Outros. Interessados: Presidência da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe 21/06/2017. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 01/12/2020.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874/DF. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Interessados: Presidência da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Rosa Weber. Publicação: DJe 01/02/2019. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 01/12/2020.

_____. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.083.955 /DF. Recorrente: Cascol Combustíveis para Veículos Ltda e outro. Agravado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: 07/06/2019. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 05/07/2020.

_____. Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência no Agravo Regimental Recurso Extraordinário com Agravo nº 1083955/DF. Embargante: Cascol Combustíveis para Veículos Ltda e outro. Embargado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe 17/08/2020. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/12/2020.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1264627 - Distrito Federal. Agravante: Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A – USIMINAS. Agravado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe 15/09/2020. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 02/01/2021.

_____. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1264627 /DF. Embargante: Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A – USIMINAS. Embargado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Relator: Ministro Luiz Fux (Presidente). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 30/11/2020. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 02/01/2021.

_____. Ação Direta de Constitucionalidade nº 57/DF. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Interessados: Presidência da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe 05/12/2019. Pesquisa de

Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 01/12/2020.

BRASIL. Tribunal Federal Regional da 4ª Região. Apelação Cível no processo nº 508116-37.2016.4.04.7100. Apelantes: Associação Nacional de Empresas Transportadoras de Veículos – ANTV; Ministério Público Federal. Apelados: Os Mesmos. Relatora: Desembargadora Federal: Vivian Josete Pantaleão Caminha. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: Processo suspenso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://www2.trf4.jus.br>>. Acesso em: 20/01/2021.

BRASIL. Tribunal Federal Regional da 1ª Região. Apelação Cível no processo nº 0033603-06.2008.4.01.3400. Apelantes: Ministério Público Federal. Apelados: SINDICATO NACIONAL DOS TRANSPORTADORES RODOVIARIOS AUTONOMOS DE VEICULOS E PEQUENAS E MICROS EMPR DE TRANSP ROD DE VEIC – SINDICAN; Associação Nacional de Empresas Transportadoras de Veículos – ANTV; União; Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Relator: Desembargador Federal: Daniel Paes Ribeiro. Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação: Processo suspenso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://www2.trf1.jus.br>>. Acesso em: 20/01/2021.

BRESSER-PEREIRA. *Os Primeiros Passos da Reforma de 1995*. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público nº 16, 2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=329>. Acesso em 04/12/2019

_____. PACHECO, Regina Silva. *A Reforma do Estado Brasileiro e o Desenvolvimento*. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público n 3, 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=48>. Acesso em 20/12/2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Notas para uma Metodologia Jurídica de Análise de Políticas Públicas*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público, FA, Belo Horizonte, ano 9, no.104, out 2009.

_____. *O Conceito de Política Pública em Direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BURG, Amanda Karolini; GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. *A revisão judicial das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, ano 15, n. 278.1, p. 218-243, jan./ abr. 2019. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/41781/89788>>. Acesso em: 26/01/2021.

CAON, Guilherme Maines; TIMM, Luciano Benetti. *Análise Econômica do Direito e o Supremo Tribunal Federal*. Jota Info/Colunas, Brasília, 25/09/2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/analise-economica-do-direito-e-o-supremo-tribunal-federal-25092020>>. Acesso em 20/01/2021.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

COUTINHO, Diogo. R. *O Direito nas Políticas Públicas*. Em MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *A Política Pública como Campo Multidisciplinar*. Rio de Janeiro, Fiocruz, 2013, p. 181-198.

DIDIER JUNIOR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil 1 - Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil 3 – Meios de Impugnação Judicial e Processos no Tribunal*. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Limites ao Controle Externo da Administração Pública: Ainda é Possível Falar em Discricionariedade Administrativa?* Em *Mutações de Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. PEIXINHO, Manuel Messias; PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres; MOURA, Emerson Affonso da Costa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 231-245.

DUNN, William N. *Public Policy Analysis – An Integrated Approach*. New York: Routledge, 2018.

DYE, Thomas R. *Understanding Public Policy*. Boston: Pearson, 2017.

FERRAZ, André Santos. *As abordagens teóricas sobre atos de concentração das escolas de Harvard e de Chicago*. In *Revista de defesa da concorrência*, vol. 2, nr. 2, novembro de 2014, p.180-206. Disponível em <http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/download/124/77+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 25 de março de 2019.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Sanções por Infração à Ordem Econômica na Lei Concorrencial*, em COELHO, Fabio Ulhoa (Org.). *Tratado de Direito Comercial - Vol. VI*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 405 a 428.

FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FREITAS, Juarez. *As Políticas Públicas e o Direito Fundamental à Boa Administração*. Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. vol. 35, n. 1, 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079>. Acesso em 30/01/2020.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HOWLETT, M., RAMESH, M., PERL, A. *Políticas Públicas – Seus Ciclos e Subsistemas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

JORDÃO, Eduardo. Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: a Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. Art. 22 da LINDB - *Acabou o Romance: Reforço do Pragmatismo no Direito Público Brasileiro*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>>. Acesso em 23/02/2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Art. 20 da LINDB - *Dever de Transparência, concretude e Proporcionalidade nas Decisões Públicas*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em 23/02/2020.

LEAL, Fernando. *Considerar as Consequências da Decisão Resolve? Uma análise crítica do PL 349/2015*. *Direito do Estado: Colunas*. Ano 2016, num. 2018. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-leal/considerar-as-consequencias-das-decisoes-resolve-uma-analise-critica-do-pl-34915>>. Acesso em 17/08/2020.

LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. *O Processo Administrativo no CADE e os Problemas da Regulação Concorrencial Brasileira*. Dissertação (Mestrado de Direito do Estado da Universidade de São Paulo), 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br>>. Acesso em 14/06/2019.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *A Revisão Judicial de Decisões das Agências Regulatórias: Jurisdição Exclusiva?* Em PRADO, Mariana Mota (Org.). *O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. xxxxx. Disponível em <<http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/o-judiciario-e-o-estado-regulador.pdf>>. Acesso em 01/12/2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, n.4, p.1-21, nov/dez 2005, jan de 2006. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 20/07/2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, VERAS, Rafael. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 – Lei da Segurança para a Inovação Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

- MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – Organização, Processos e Acordos Administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Defesa da Concorrência x Regulação Setorial: O Que Mudou com a Lei de 2011?* Revista de Direito Público da Economia - RDPE, ano 13, n. 50, Belo Horizonte: Fórum, p. 245-261, abril/jun 2015.

_____. *Infração Contra a Ordem Econômica: Parâmetros para Superação da Insegurança Jurídica no Direito Administrativo da Concorrência.* Revista de Direito Público da Economia - RDPE, , ano 15, n. 59, Belo Horizonte: Fórum p. 219-237, jul./set. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Art. 21 da LINDB - Indicando Consequências e Regularizando Atos e Negócios.* **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>>. Acesso em 23/02/2020.

_____. *A Verdadeira Mudança de Paradigmas do Direito Administrativo Brasileiro: do Estilo Tradicional ao Novo Estilo.* Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, 2014, nº 265.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório: A Alternativa Participativa e Flexível para a Administração Pública de Relações Setoriais Complexas no Estado Democrático.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Mutações de Direito Administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *O Direito Administrativo no Século XXI*. Belo Horizonte: Forum, 2018.

PINTO, Élida Graziane, et al. *Política Pública e Controle. Um Diálogo Interdisciplinar em Face da Lei nº 13.655/2018, que Alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.* Belo Horizonte: Fórum, 2018.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Ninth Edition. Aspen Casebook. Wolters Kluwer, 1986.

_____. *Law, pragmatism & Democracy*. Harvard University Press, 2003.

_____. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE.* 2012. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito), 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br>>. Acesso em 14/06/2019.

SADY, André. *Elementos e Características Essenciais da Concepção de Regulação Estatal.* Em *Mutações de Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo*

Moreira Neto. PEIXINHO, Manuel Messias; PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres; MOURA, Emerson Affonso da Costa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 1-41.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Verticalização, Cláusula de Barreira e Pluralismo Político: Uma Crítica Consequencialista à Decisão do STF na Adin 3685*. Revista do Interesse Público. Belo Horizonte, ano 8, nº 37, maio/jun 2016. Disponível em: <<http://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/21264/46191?searchpage=1&keywords=null>>. Acesso em 10/12/2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Serviços Públicos e Regulação Estatal*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros/SBDP, 2000.

SUNSTEIN, Cass. *Law and Administration After Chevron*. 90 Colum. L. Rev. 2071, 1990. Disponível em: <http://www.chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12341&context=journal_articles>. Acesso em: 10/02/2020.

_____. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Nova York: Oxford University Press, 2018.

SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard H. *Nudge- O Empurrão para a Escolha Certa: Aprimore suas Decisões sobre Saúde, Riqueza e Felicidade*. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation & Institutions*. University of Chicago Law & Economics, Olin Working Papers, nº156, 2002. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>>. Acesso em 10/02/2020.

_____. *The Morality of Administrative Law*. Harvard Law Review, v. 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Volume I*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VORONOFF, Alice Bernardo. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.