

Opinião: Controle judicial das decisões do Cade: o RE nº 1.083.955

Muito repercutiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.083.955, pela 1ª Turma do STF, em 28/5/2019, sob a relatoria do ministro Luiz Fux [\[1\]](#). Naquele processo, buscava-se a anulação da decisão administrativa proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) no PA 08000.024581/94-77, julgado em 3/3/2004, que condenou empresa a multa no valor equivalente a 5% de sua receita bruta no ano anterior à instauração do processo administrativo, inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor e publicação de anúncio em jornal com o extrato da decisão punitiva, em razão da prática de limitar a concorrência impedindo a entrada de novo competidor no Distrito Federal.



Muitos interpretaram o acórdão como uma vedação absoluta

para a revisão do mérito das decisões do Cade. Nesse espaço, todavia, nos propomos a uma leitura mais atenta do caso concreto e da decisão do Supremo.

Inicialmente, o relator do processo, ministro Luiz Fux, negou provimento ao recurso em decisão monocrática, sob o fundamento de que o tribunal de origem julgou o caso à luz de seu conjunto fático-probatório, entendendo pela regularidade do processo administrativo, e que não cabe ao STF reexaminar fatos e provas (Súmula 279 [\[2\]](#)).

Contra essa decisão, foi interposto agravo interno, levado a julgamento perante a 1ª Turma. O colegiado — ministra Rosa Weber e ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes, ausente o ministro Luís Roberto Barroso —, acompanhando o relator, negou provimento ao agravo, mantendo o entendimento jurisprudencial de que o controle judicial do ato administrativo é possível e deve se limitar aos requisitos do ato, mediante a análise da legalidade e abusividade.

Feita essa contextualização, podemos destacar que: 1) o STF não analisou o mérito do recurso extraordinário, ante o óbice da Súmula 279; 2) o STF não alterou sua jurisprudência sobre a matéria; e 3) o caso foi julgado *inter partes*, sem repercussão geral e, portanto, sem efeito vinculante.

Certo é que o acórdão da 1ª Turma expressou que o Judiciário pode examinar a legalidade ou abusividade dos atos administrativos, bem como exercer controle sobre os requisitos do ato administrativo, como competência, finalidade, forma, objeto e motivação. Isso se observa em diversas passagens do acórdão, a exemplo das seguintes:

"Deveras, o acórdão recorrido jamais afirmou a impossibilidade, sob qualquer aspecto, da revisão judicial das decisões do Cade, inclusive se abusivas ou ilegais. Pelo contrário, o decisum vergastado assentou, de forma expressa, que cabe ao Poder Judiciário realizar o controle de legalidade do ato, sendo defesa, apenas, a incursão sobre o mérito administrativo.

Na trilha da orientação desta Suprema Corte, o controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos".

Por outro lado, chamou-nos a atenção o fato de o acórdão da 1ª Turma consignar que deve haver, pelo Poder Judiciário, *"deferência"* ao mérito das decisões proferidas pelo Cade, em razão da *"expertise técnica"* e da *"capacidade institucional em questões de regulação econômica"* da autarquia.

Quanto a essa passagem do acórdão, parece-nos haver uma inconsistência conceitual na temática do Direito Concorrencial e do papel do Cade, pois aproxima o conselho das agências reguladoras, indevidamente, chegando a uma conclusão pautada em premissa incorreta.

Ademais, o acórdão não discorre sobre o que é *"mérito do ato administrativo"* e o quanto isso se diferencia da *"análise jurídica do ato administrativo"*. Cabe registrar, também, que, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, não se pode impedir que eventuais condenações impostas pelo Cade sejam levadas ao Judiciário.

Por fim, registramos também que essa fundamentação não é a *ratio decidendi* da decisão — esta, repita-se, é a impossibilidade de o STF reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos —, mas o *obiter dictum*, e, embora possa servir como efeito persuasivo para os julgadores, ainda há espaço para o questionamento das decisões do Cade perante o Poder Judiciário, que possivelmente continuará analisando tais decisões caso a caso.

[1] "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". (RE 1083955 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 06-06-2019 PUBLIC 07-06-2019).

[\[2\]](#) Súmula 279: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".

Date Created

13/07/2021