

# **NULIDADES E CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DAS AUTORIDADES DO ANTITRUSTE\***

José Elaeres Marques Teixeira

---

## RESUMO

Trata dos atos decisórios e instrutórios das autoridades do antitruste, os quais têm natureza administrativa, e entende que eventuais vícios formais e excessos detectados em atos dessas autoridades podem proporcionar a sua anulação pelo Judiciário.

Ressalta que a Lei n. 8.884/94 contém os chamados "conceitos jurídicos indeterminados", submetendo-se as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que os aplica, à revisão judicial. O fato de se tratar de decisões técnicas não quer dizer que, por meio delas, possam ser adotadas quaisquer soluções, mas apenas a solução ótima para o caso.

Lembra que o controle judicial das decisões do CADE deve ser adequado, no sentido de serem consideradas as peculiaridades do direito concorrencial, bem como os seus reflexos no mercado.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito Econômico; nulidade; antitruste – legislação; ato – decisório, instrutório; controle judicial; CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica; Lei n. 8.884/94.

---

\* Conferência proferida no "Seminário Internacional sobre Direito da Concorrência", realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nos dias 13, 14 e 15 de abril de 2005, no auditório do Conselho da Justiça Federal, em Brasília-DF.

## 1 ESPÉCIES DE ATOS DAS AUTORIDADES DO ANTITRUSTE

Uma leitura atenta da Lei n. 8.884/94 revela que das autoridades do antitruste, no exercício de sua competência legal, emana uma série de atos, ora com objetivo preventivo, ora com objetivo repressivo às infrações contra a ordem econômica.

A principal característica comum aos atos preventivos e repressivos é que são atos com **conteúdo decisório**, no sentido de que decidem o mérito de determinada matéria; portanto, com repercussão direta na vida das empresas por eles atingidas. Na maioria das vezes, tais atos têm reflexos no próprio mercado consumidor de produtos e serviços, ainda que indiretamente.

Identifica-se na Lei n. 8.884/94 uma outra espécie de atos, que podem ser classificados como **atos instrutórios**, todos eles antecessores dos **atos decisórios**. Os **atos instrutórios** têm precipuamente a finalidade de municiar o órgão julgador de elementos para a formação da sua convicção, que, via de regra, é o CADE.

## 2 ATIVIDADE INSTRUTÓRIA

Pela sistemática da legislação antitruste, a atividade instrutória compete à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), dela participando a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), esta última por meio de análises econômicas nos processos em que se apura infração à ordem econômica e parecer econômico nos atos de concentração.

## 3 PODER DECISÓRIO

O poder de decisão no SBDC está concentrado no CADE. O sistema foi idealizado para que o poder de polícia e o poder instrutório pertencessem à SDE e à SEAE (mais àquela do que a esta), culminando os casos a ele sujeitos em um julgamento pelo CADE. Cabe ressaltar que isso não significa dizer que não se identifique na Lei Antitruste vários atos praticados pelas autoridades incumbidas da instrução, de conteúdo nitidamente decisório.

## 4 NATUREZA JURÍDICA DOS ATOS DAS AUTORIDADES DO ANTITRUSTE

Todas as manifestações provenientes dos órgãos do SBDC decorrem do exercício de uma competência administrativa. Isso porque esses órgãos integram a estrutura administrativa do Estado: SDE e SEAE, fazendo parte da Administração Direta; CADE, como autarquia, pertencente à Administração Indireta<sup>1</sup>. Daí que todos os atos praticados pelas autoridades que compõem esses órgãos têm **natureza administrativa**. Não importa se o ato praticado se volta à instrução de processo ou tenha conteúdo eminentemente decisório. Seja ato instrutório, ou decisório, a natureza será sempre administrativa. Os efeitos produzidos é que diferem uns dos outros.

Neste ponto, ressalta-se haver certa discussão doutrinária quanto a serem atos discricionários ou atos vinculados. A maioria dos autores inclina-se para a idéia de que são atos vinculados. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, por exemplo, referindo-se a julgamentos de atos de concentração, afirma que as decisões do CADE, nesses casos, são atos vinculados, ou seja, o juiz pode apreciar o seu mérito, e não apenas *questões formais de competência e moralidade. Cabe-lhe, assim, examinar a solidez dos critérios técnicos embaixadores da decisão*<sup>2</sup>.

## 5 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DAS AUTORIDADES DO ANTITRUSTE

Esclarecida a natureza dos atos das autoridades do SBDC, é bom registrar que o sistema é dotado de uma gama de poderes pouco comum no âmbito da Administração Pública. Esses poderes são necessários à garantia da eficácia do sistema, destinado a proporcionar o maior equilíbrio possível de forças no mercado.

O exercício desses poderes deve se dar com observância dos princípios que regem a atividade administrativa. Portanto, os eventuais vícios na condução de processos ou os excessos detectados em decisões oriundas dos órgãos de defesa da concorrência podem proporcionar pedido de sua anulação ou modificação pelo Poder Judiciário.

Assim, por exemplo, em se tratando de processo destinado a apurar infração à ordem econômica, conforme está no art. 32 da Lei n. 8.884/94, na sua instauração, devem ser

especificados os  **fatos**  objeto da investigação pela SDE. Isso significa dizer que, se, por hipótese, tais  **fatos**  não estiverem devidamente apontados, pode ocorrer uma nulidade que contaminará todos os demais atos do processo.

Aqui um parêntesis: no disciplinamento do processo por infração à ordem econômica, vemos claramente que o legislador se inspirou no Direito Processual Penal. As fases do processo administrativo do antitruste coincidem com as fases do processo penal comum.

Ainda no caso de processo de conduta, é possível observar que a Lei Antitruste estabelece que, logo após a sua instauração, o representado deve ter a oportunidade de, em quinze dias, apresentar uma espécie de defesa prévia, e, concluída a instrução, oferecer alegações finais, em cinco dias. Eventual descuido quanto à garantia de o representado se manifestar em um desses momentos do processo poderá também ensejar alegação de nulidade de todos os atos subsequentes.

Em se tratando de ato de concentração, a Lei n. 8.884/94 assevera que a SEAE deve emitir parecer técnico contendo a análise econômica da operação. Pelos termos do art. 54, § 6º, esse é um  **parecer obrigatório** , o que significa que, sem ele, o CADE não pode apreciar a operação. Assim caso o CADE, ao conhecer de uma fusão de empresas sem o parecer da SEAE, rejeite o ato, todo o processo poderá ser passível de anulação judicial, a requerimento dos interessados, a partir do momento em que esse pronunciamento deveria ter sido produzido.

A propósito, vale lembrar aqui a lição de José dos Santos Carvalho Filho, que, sobre os  **pareceres obrigatórios** , afirma: *São atos de opinião exigidos como preliminar da prática de outro ato, nos termos do respectivo preceito normativo. Neste caso, a solicitação do parecer é atividade vinculada do administrador e a ausência do ato opinativo compromete o próprio ato decisório. Se inobservada a obrigação, considerar-se-á que o ato decisório tem vício de legalidade quanto à forma, eis que faltante solenidade essencial a sua validade*<sup>3</sup>.

Tanto na apuração de infração à ordem econômica quanto na apreciação de ato de concentração, a SDE e o CADE proferem várias decisões que a Lei Antitruste, expressamente, determina que devem estar devida-

mente fundamentadas. Alguns exemplos: a decisão da SDE que instaura o processo administrativo de investigação requer **despacho fundamentado** (art. 14, VI, e art. 32); a inspeção em estabelecimento de empresa investigada só pode ser realizada após **decisão fundamentada** da SDE (art. 35, § 2º); a decisão da SDE, no processo administrativo de investigação que conclui pela infração à ordem econômica, reclama **relatório circunstanciado** (art. 39), uma espécie de **pronúncia** do Secretário da SDE, por meio da qual remete o processo para julgamento pelo CADE; os julgamentos do CADE nos processos infracionais devem se dar por meio de **decisão fundamentada** (art. 46).

Acaso pronunciamentos como esses não estejam acompanhados da necessária fundamentação, sem sombra de dúvidas, sujeitam-se à anulação judicial. Vale lembrar que a insuficiência ou o defeito na fundamentação equivale à sua ausência.

A razão de todos os atos e decisões do SBDC estarem sujeitos à sindicabilidade do Poder Judiciário decorre naturalmente do sistema de jurisdição única, por nós adotado, segundo o qual não só os particulares devem obediência às sentenças proferidas por juízes e tribunais comuns, mas também a Administração Pública. Esse sistema está consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Portanto, embora o art. 3º da Lei n. 8.884/94 se refira ao CADE como **órgão julgante**, isso não significa que apenas os atos e decisões dos demais órgãos do SBDC possam ser contrastados judicialmente. Pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial, e dada a sua natureza administrativa, como já visto, também os atos e decisões do CADE podem ser anulados por meio de decisão judicial.

#### 6 NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE PARECER DA PROCURADORIA DO CADE

A Lei Antitruste estabelece que, junto ao CADE, deve funcionar uma Procuradoria, com a atribuição, entre outras, de **emitir parecer** nos processos sujeitos ao seu julgamento (art. 10, V).

Uma vez que essa Lei é categórica em fixar a necessidade de parecer jurídico nos processos da competência do CADE, constitui nulidade insanável eventual julgamento

A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados tem sido pouco explorada no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Quando se trata de sindicabilidade judicial dos atos dos demais Poderes, temos por hábito recorrer ou à doutrina das questões políticas, nos casos em que os atos emanam dos órgãos políticos do Estado, ou à clássica distinção entre atos discricionários/atos vinculados, se oriundos dos órgãos da Administração Pública.

pelo seu Plenário de processo administrativo infracional, ou de ato de concentração, sem o pronunciamento da Procuradoria daquela autarquia.

Aplica-se aqui o anteriormente afirmado a respeito do parecer técnico que a SEAE deve emitir nos atos de concentração. A exemplo da manifestação daquela Secretaria, o parecer da Procuradoria constitui requisito de validade formal de todos os processos decididos no âmbito do CADE. Trata-se de **parecer obrigatório**, não podendo o colegiado dele prescindir. Portanto, o próprio ato decisório fica comprometido, sendo passível de anulação judicial, se o pronunciamento da Procuradoria não vier a ser colhido pelo Conselheiro Relator.

#### 7 NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE VISTA AO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

A Lei n. 8.884/94 contém um único dispositivo a respeito da atuação do representante do Ministério Público Federal nos processos de defesa da concorrência. Trata-se do art. 12, segundo o qual o Procurador-Geral da República, depois de ouvido o Conselho Superior, deverá designar membro da instituição para, nessa qualidade, officiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE.

Essa economia normativa no disciplinamento pela Lei Antitruste da atuação do Ministério Público Federal no SBDC, entretanto, não deve causar nenhuma perplexidade. Isso porque a presença do Ministério Público nesses processos decorre muito mais das funções que lhe foram conferidas pela Constituição e explicitadas na legislação infraconstitucional, que trata da sua organização e funcionamento, do que propriamente do referido art. 12 da Lei n. 8.884/94. A propósito, lembro aqui o art. 5º, II, c, da Lei Complementar n. 75/93, que estabelece ser função institucional do MPU zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos à atividade econômica. Há também o art. 6º, § 2º, que diz que *a lei assegurará a participação do Ministério Público da União nos órgãos estatais constituídos para defesa de direitos e interesses relacionados com as funções da Instituição*.

Por outro lado, é de se acrescentar que o processo administrativo concorrencial tutela direitos difusos, os quais têm como titular, conforme o próprio texto legal, a **coletividade** (art. 1º, parágrafo único). Nesse sentido, é a lição de Nelson Nery Júnior: *A defesa da concorrência e dos princípios da ordem constitucional econômica (CF 170) caracteriza-se como direito material difuso, protegido judicialmente por intermédio da ação civil pública (art. 1º, inc. V, da Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/85). É do interesse de todos a higidez do mecanismo concorrencial no mercado brasileiro. Não há, portanto, direito subjetivo à concorrência leal: esse direito, sendo difuso, pertence a pessoas indeterminadas e indetermináveis, classificando-se como metaindividual e indivisível (art. 81, parágrafo único, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/90)*<sup>4</sup>.

Portanto, justifica-se plenamente a presença do Ministério Público Federal no SBDC. Seu papel ali é o de zelar pelo respeito aos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 8.884/94, os quais têm como titular, a própria **coletividade**.

Dentro desse panorama, cabe a seguinte questão: Quais as consequências jurídicas da não-intimação do MPF para officiar em processo julgado pelo CADE? A minha resposta é: A decisão do CADE está sujeita à anulação judicial, por inobservância de formalidade essencial à sua validade.

Reforça essa afirmação o art. 83 da Lei n. 8.884/94, segundo o

qual, subsidiariamente a ela aplicam-se o CPC, a LACP (Lei n. 7.347/85) e o CDC (Lei n. 8.078/90).

A LACP estabelece que, se o Ministério Público não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei (art. 5º, § 1º). Já o CDC contém dispositivo fixando que o Ministério Público atuará sempre como fiscal da lei, quando as ações em defesa de consumidores forem ajuizadas por outros legitimados. E note-se que a Lei Antitruste estabelece que as decisões do CADE, nos atos de concentração que impliquem dominação de mercado relevante, devem levar em conta, entre outros fatores, os benefícios aos consumidores (art. 54, § 1º, II). Estabelece também que, na aplicação das penas, deve-se atentar para o grau de lesão ou perigo de lesão aos consumidores. Isso demonstra que a Lei tutela tanto a livre concorrência como o direito dos consumidores.

Por fim, no CPC, colhe-se que compete ao Ministério Público intervir nas causas em que há interesse público (esse é o caso, sem dúvida nenhuma, dos processos sujeitos ao CADE), devendo ser promovida a sua intimação toda vez que a lei considera obrigatória a sua intervenção, *sob pena de nulidade do processo* (art. 81, III, e art. 84).

Por essas razões, deixar o Conselho Relator de colher a manifestação do Ministério Público Federal, em processo a ser julgado pelo CADE, constitui inobservância de formalidade essencial, que implica a sua nulidade.

Convém deixar registrado que, a rigor, não são todos os processos levados a julgamento pelo CADE que necessitam da intervenção do Ministério Público Federal. A experiência dos órgãos do SBDC demonstra que, em operações como, por exemplo, compra de franquias, reestruturações societárias dentro de um mesmo grupo econômico e atos de concentração que geram controle de baixa parcela de mercado, entre outras, não se identifica prejuízo à concorrência, ainda que potencial. Assim, a SEAE e SDE baixaram a Portaria Conjunta n. 1, de 2003, estabelecendo um **procedimento sumário** para a análise dessas operações. Por sua vez, o CADE, desde 1997, tem a Resolução n. 8, pela qual adotou o que chama de "relatório simplificado" na apreciação de operações como as que referi.

Portanto, nesses processos simplificados não se justifica a inter-

venção do Ministério Público Federal, já que não há interesse coletivo em causa, não há potencialidade de prejuízo à concorrência e muito menos aos consumidores. O interesse é eminentemente empresarial e o direito limitado às partes, que cumprem mera formalidade legal, para concretizar um negócio ou uma alteração societária.

Dado não haver razão para o Ministério Público Federal oficial nesses processos, não se pode afirmar que se sujeitam à anulação, por falta de sua intimação.

Dentro dessa linha de idéias, recentemente, manifestei ao CADE o entendimento de que não havia necessidade de vista ao Ministério Público Federal nos processos em que se tem adotado o procedimento sumário para a sua análise.

## 8 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Um ponto sensível, em se tratando de controle judicial das decisões do CADE, é o da aplicação dos chamados "conceitos jurídicos indeterminados".

A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados tem sido pouco explorada no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Quando se trata de sindicabilidade judicial dos atos dos demais Poderes, temos por hábito recorrer ou à doutrina das questões políticas, nos casos em que os atos emanam dos órgãos políticos do Estado, ou à clássica distinção entre atos discricionários/atos vinculados, se oriundos dos órgãos da Administração Pública.

Um exemplo presente do recurso à doutrina das questões políticas, em se tratando de atos dos órgãos políticos, está na apreciação dos pressupostos das medidas provisórias. Apesar de respeitáveis autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello e Clèmerson Merlin Clève, apregoarem que os pressupostos de urgência e relevância constituem conceitos jurídicos indeterminados, o STF tem optado pela doutrina das questões políticas. Com isso, o controle judicial dos pressupostos para a edição de medidas provisórias não tem sido exercido. Afirma-se que essa é uma questão política, afeta à discricionariedade do Presidente da República.

Só recentemente tem-se verificado alguma referência à doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, em decisões do STF, na análise de pedido de declaração de inconstitu-

cionalidade de medida provisória, por ausência de relevância e urgência na sua edição<sup>5</sup>.

Diversamente do conceito de discricionariedade, em que há mais de uma solução justa possível, em se tratando de conceitos jurídicos indeterminados, só é possível de se pensar numa única solução justa. Afirma a doutrina que *a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo*<sup>6</sup>.

Diante dos conceitos jurídicos indeterminados, o agente público não tem liberdade de escolha; deve sempre adotar a única solução apregoada pelo dispositivo normativo, sob pena de seu ato ser desfeito, por ilegalidade. Se, por um lado, esses conceitos são indeterminados na sua formulação, por outro, são considerados determináveis na sua aplicação.

Voltemos à Lei n. 8.884/94, que se vale desses conceitos em várias passagens. Por exemplo: o art. 20 afirma que constituem infração à ordem econômica atos que causem *prejuízo à liberdade de concorrência*, ou o *exercício abusivo de posição dominante*. E o art. 50, que trata dos atos de concentração, contém as seguintes expressões fluídas, vagas, imprecisas: "de qualquer forma prejudicar a livre concorrência", "resultar na dominação de mercados relevantes", "motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum".

Todos esses são conceitos cujo conteúdo precisa ser preenchido caso a caso. Diante de uma situação concreta será possível aferir, por exemplo, se houve abuso de posição dominante, se o ato prejudica a livre concorrência ou resulta em dominação de mercado relevante etc.

A doutrina do Direito da Concorrência considera que, uma vez que não há aqui margem para discricionariedade, as decisões do CADE resultantes na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados podem ser revistas pelo Judiciário. E quando remanescer alguma dúvida em precisar o conceito no caso concreto, deve-se, então, recorrer ao princípio da razoabilidade.

## 9 DECISÕES TÉCNICAS

Ainda sobre as decisões do CADE, tem-se afirmado que estas são extremamente técnicas, exigindo dos seus conselheiros conhecimentos especializados. Entretanto, o fato de se tratar de decisões técnicas não significa que, nos casos sujeitos a seu

juízo, possam ser adotadas quaisquer soluções, mas apenas aquela denominada pela doutrina “solução ótima”. Isso significa dizer que essas decisões estão amplamente sujeitas à sindicabilidade judicial. Somente os chamados “indiferentes jurídicos” escapam ao controle dos juízes.

A doutrina tem dito que, no exercício desse controle, é imprescindível o juiz sempre se fundamentar em **laudos periciais**. E aqui surge um problema: o da falta de estrutura adequada do Judiciário para emitir **laudos periciais** com análises econômicas aprofundadas, capazes de contrariar os estudos produzidos pelos próprios órgãos do SBDC.

## 10 CONCLUSÃO

Consigno que a mesma doutrina que apregoa a plena sindicabilidade judicial das decisões do CADE lembra e adverte que estamos hoje vivenciando um momento de consolidação da proteção da livre-concorrência, possível graças à *atuação firme e séria dos entes responsáveis pela defesa da concorrência no Brasil, especialmente a atuação do CADE*<sup>7</sup>. Portanto, é preciso haver certa cautela, da parte do Judiciário, ao exercer o controle das decisões dos órgãos do SBDC. Esse controle precisa ser adequado, no sentido de que o juiz deve estar sempre atento às peculiaridades do Direito Concorrencial, considerando as implicações econômicas das decisões que proferir, bem como os seus reflexos no mercado<sup>9</sup>.

## REFERÊNCIAS

- 1 Na expressão de Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas, *a SDE e a SEAE são órgãos de Governo, pertencente à Administração Direta; o CADE é órgão de Estado, incrustado na Administração Pública Indireta* (OLIVEIRA, Gesner; RODAS João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 324).
- 2 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, v. 4, n. 6, p. 89.
- 3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*. Comentários à Lei 9.784 de 29/1/1999. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 202-203.
- 4 JÚNIOR, Nelson Nery. In: *Parecer sobre Embargos de Declaração no Processo Administrativo CADE n. 08012.001697/2002-89*. p. 5.
- 5 É o que se verifica, por exemplo, no julgamento da ADI n. 2.213-MC/DF, Relator Ministro CELSO DE MELLO, julgada em 4

de abril de 2002, quando então se afirmou que os pressupostos de urgência e relevância são *conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos*.

- 6 ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. de Arnaldo Setti. Colaboração: Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: RT, 1990. p. 393.
- 7 OLIVEIRA, Armanda Flávia. *Direito da Concorrência e o Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 113.
- 8 Idem, p. 114.

## ABSTRACT

The author deals with the ruling and proceeding acts of the antitrust authorities, which have administrative nature. He understands that casual formal faults and excesses noticed in the acts of these authorities may provide their annulment by the Judiciary Power.

He points out that Law n. 8,884/94 contains the so-called “indeterminate juridical concepts”, submitting to judicial review the verdict of the Administrative Council of Economic Defense – CADE, in charge of applying them. The fact that such rulings are technical does not mean that they should allow the adoption of just any solutions, except the one best suitable for the case.

Eventually, he reminds that the judicial control of the Administrative Council of Economic Defense-CADE rulings must be suitable, considering the peculiarities of the competitive law, as well as their reflections on the market.

KEYWORDS – Economic Law; nullity; antitrust – legislation; act – ruling, proceeding; judicial control; CADE -Administrative Council of Economic Defense; Law n. 8,884/94.

**José Elaeres Marques Teixeira** é Procurador Regional da República no Ministério Público Federal, em Brasília-DF, e representante do Ministério Público Federal perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.