

**RODRIGO CAMPANA TRISTÃO**

**O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E A  
RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE  
DEFESA ECONÔMICA**

Dissertação submetida à Universidade Federal de  
Santa Catarina para a obtenção do grau de Mestre  
em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Welber  
Oliveira Barral.

Vila Velha (ES)

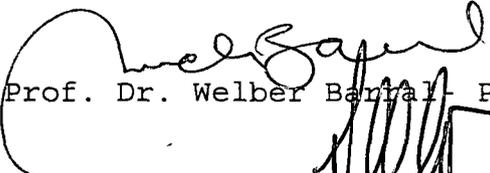
Junho de 2001

A dissertação: O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE E A  
RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE  
DEFESA ECONÔMICA

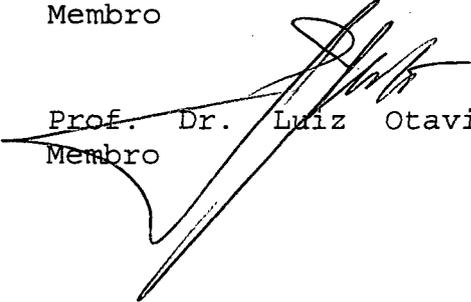
Elaborada por RODRIGO CAMPANA TRISTÃO

ESTA DISSERTAÇÃO FOI JULGADA E APROVADA EM SUA FORMA FINAL  
POR TODOS OS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA, PARA OBTENÇÃO DO  
TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO.

BANCA EXAMINADORA:

  
Prof. Dr. Welber Barral - Presidente

  
Prof. Dr. Sérgio Cademartori -  
Membro

  
Prof. Dr. Luiz Otavio Pimentel -  
Membro

Professor Orientador:

Prof. Dr. Welber Barral

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Sérgio Cademartori

  
Prof. Dr. Christian Guy Caubet  
Coordenador CPGD/CCJ/UFSC

**AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Doutor Welber Oliveira Barral, exemplo de competência, dedicação e seriedade, que, como orientador, apoiou decisiva e incisivamente a realização deste trabalho, através de ensinamentos, sugestões e observações sempre pertinentes e esclarecedoras.

aos meus pais Adalto e Rosalina e aos meus irmãos, família querida e amada.

aos Professores Doutores da turma especial, pelos preciosos ensinamentos.

a amiga Denise pela paciência e auxílio na revisão do texto.

à adorável Priscila, pela imensurável compreensão.

aos diletos amigos de curso.

ao sempre amigo e companheiro Eliazer Costa Vieira, pelo auxílio e orientação que desde os tempos da graduação foram decisivos na escolha do caminho a ser perfilhado.

Enfim, a todas as pessoas que contribuíram para a realização deste trabalho, e principalmente a Deus, que nos momentos mais difíceis sempre esteve comigo.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF - Constituição Federal

CP - Código Penal

CPC - Código de Processo Civil

DI - Direito Internacional

DIP - Direito Internacional Público

DIPR - Direito Internacional Privado

EUA - Estados Unidos da América

LICC - Lei de Introdução ao Código Civil

STF - Supremo Tribunal Federal

art. - Artigo

arts. - Artigos

ed. - Edição

*ibidem* - no mesmo lugar

*idem* - o mesmo

*in* - em

n.º - número

*op. cit.* - obra citada

org. - organizador

p. - página

pp. - páginas

t. - tomo

trad. - tradução

v. - volume

vol. - volume

Tendo o Criador imposto severos limites à inteligência dos homens, é profundamente injusto que não lhes tenha, igualmente, limitado a estupidez.

Adenauer

## SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

INTRODUÇÃO .....1

CAPÍTULO I - PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO PODER  
JUDICIÁRIO .....4

1.1 Princípios Constitucionais - Breve Abordagem...4

1.2. Espectro Constitucional.....14

1.2.1. Princípio da Segurança Jurídica .....15

1.2.2. Princípio da Certeza do Direito.....16

1.2.3. Princípio da Legalidade .....18

1.2.4. Princípio da Ampla Defesa e do Devido  
Processo Legal .....19

1.2.5. Princípio da Inafastabilidade do Poder  
Judiciário .....23

2. O Poder Judiciário como Instância de Recurso....26

CAPÍTULO II - INFRAÇÕES PREVISTAS NA LEI 8.884/94.....37

2.1. Escorço Histórico .....37

2.1.1. Conceito de Concorrência .....40

2.1.2. Objetivos das Leis de Defesa da  
Concorrência .....42

2.2. A Regulamentação Antitruste Brasileira .....51

2.2.1. Dispositivos Constitucionais .....58

2.2.2. A Lei n.º 8.884/94 .....63

**CAPÍTULO III - JURISDIÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**

3.1. Jurisdição: Conceito e Objetivos .....	76
3.1.1 Conceito .....	76
3.1.2. Classificação da Jurisdição .....	83
a) Jurisdição Contenciosa e Voluntária .....	83
b) Jurisdição Civil e Penal .....	84
c) Jurisdição Comum e Especial .....	85
3.1.3. Objetivos .....	86
3.2. Competência Administrativa e Atividade Vinculada.....	93
3.2.1. Competência - Aspectos Gerais .....	93
3.2.1. Competência Jurisdicional .....	94
3.2.2. Competência Legislativa .....	96
3.2.3. Competência Administrativa .....	98
3.3. Atividade Vinculada do CADE .....	103
3.4. O Poder Judiciário e a Recorribilidade das Decisões do CADE .....	108
3.4.1. O Poder Judiciário e o Estado de Direito Social .....	109
3.4.2. A Recorribilidade das Decisões do CADE.....	117
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>125</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>129</b>

## RESUMO

O propósito do presente estudo se insere na controvérsia existente entre o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário e a "jurisdição" do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Para tanto, o trabalho propõe uma incursão sobre os princípios constitucionais gerais, desembocando, especificamente, no princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988. Em seguida, faz-se uma análise das infrações contra a ordem econômica, usando como paradigma o direito antitruste norte-americano, analisando, ainda, a regulamentação constitucional da matéria, procurando bosquejar o quadro das leis antitruste brasileiras. Por fim, são tratadas as características principais da Jurisdição, visto que o CADE é considerado órgão julgante; a competência do CADE; a questão do Poder Judiciário e adentrando-se no ponto central da dissertação, conclui-se que as decisões do CADE só podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário, quanto ao aspecto formal.

**ABSTRACT**

The purpose of thy study is to demonstrate the controversy existent between the principle of "Inafastabilidade do Poder Judiciário" and the "jurisdiction of the CADE" (Administrative Counsel of Economic Defense). For that, the study makes a incursion about the Generals Principles of the Constitution, specifically, the principle of "inafastabilidade do Poder Judiciário", foreseen in the 1998 Brazilian Constitution in the article 5<sup>th</sup>, XXXV. After that, an analysis is made of the infractions in the economic order, using as a paradigm the American antitrust law, analyzing, just as well, the constitution adjustment of the subject, looking for, with this, demonstrate the board of the antitrust laws in Brazil. The last part is dedicated to show the majors characteristics of the jurisdiction, which the "CADE" is consider a organ that can exercise the jurisdiction; the competence of the CADE; the question of Judiciary System and going to the main point of the dissertation, we can conclude that the decisions that are made in the CADE can be appreciate for the Judiciary System, in the formal aspect of the decision.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca traçar os contornos e aguçar a discussão sobre a controvérsia existente entre o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário e a "jurisdição" do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Para alcançar esse objetivo, num primeiro enfoque, são feitas digressões a respeito dos princípios constitucionais, para tornar possível compreender a importância dos mesmos e seu enquadramento, dentro do contexto do sistema normativo criador do CADE, que lhe confere o *status* de órgão judicante, com jurisdição em todo o território nacional.

São lançadas as linhas gerais dos principais princípios constitucionais gerais reguladores do Estado de Direito, desembocando, especificamente, no Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, estatuído no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Após, num segundo momento, é analisada a evolução histórica da legislação antitruste brasileira, dado que o alvorecer e desenvolvimento desse sistema decorreram de idéias e experiências estrangeiras, sendo aprimorados principalmente com a experiência norte-americana, através das decisões daqueles tribunais.

Ainda neste tópico, é realizada uma incursão sobre o espectro constitucional da ordem econômica nas Constituições Brasileiras, analisando-se os princípios que permeiam referida ordem, sem ser olvidado, também, o papel da legislação brasileira reguladora das infrações da ordem econômica.

Somente depois desses enfoques é que se entra no ponto principal da dissertação - a recorribilidade das decisões do CADE e o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Para tanto, são tratadas as características principais da Jurisdição, a competência do CADE, a questão da crise do Poder Judiciário, para, finalmente, desaguar no ponto controverso da dissertação, destacando o relevo do tema e aguçando a discussão sobre o mesmo.

Pontuar necessário, refere-se a delimitação do tema que se limita em analisar especificamente a atuação do CADE, não estendendo-se a análise aos

demais órgãos administrativos e somente aos limites estabelecidos no ordenamento regulador daquele órgão.

Neste mister, é importante observar que o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário é analisado no âmbito limitado da Atividade Econômica e não de todos os ramos da atuação do Estado.

# 1. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

## 1.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - BREVE ABORDAGEM

Etimologicamente, a palavra princípio deriva do latim *principium* (origem, começo), que, em sentido vulgar, quer exprimir começo da vida ou o primeiro instante em que pessoas ou coisas começam a existir.<sup>1</sup>

Nos sistemas normativos, identificam-se dois tipos de normas: umas são simples regras jurídicas, e se limitam a regulamentar a hipótese para a qual foram elaboradas; outras funcionam como princípios, suplantando as demais normas.

---

<sup>1</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 639.

Na visão de Karl Larenz, Princípios Jurídicos são "pautas directivas de normação jurídica que, em virtude de sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas"<sup>2</sup>.

Mendonça, contribui ao acrescentar que:

"Enquanto idéias 'jurídicas materiais' são manifestações especiais da idéia de Direito, tal como esta se apresenta no seu grau de evolução histórica, alguns deles estão expressamente declarados na Constituição ou noutras leis; outros podem ser deduzidos da regulação legal, da sua cadeia de sentido, por via de uma 'analogia geral' ou do retorno à *ratio legis*; alguns foram 'descobertos' e declarados pela primeira vez pela doutrina e pela jurisprudência, as mais das vezes atendendo a casos determinados, não solucionáveis de outro modo, e que logo se impuseram na 'consciência jurídica geral', graças à força de convicção a eles inerente. Decisiva permanece a sua referência de sentido à idéia de Direito."<sup>3</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema de normas composto por vários subsistemas relacionados entre si das mais variadas formas e que convergem para a Constituição Federal.

Paulo de Barros Carvalho, comentando sobre a natureza dos princípios, encontra quatro acepções semânticas do termo:

- a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo;
- b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos;

---

<sup>2</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 579-580.

<sup>3</sup> MENDONÇA, Maria Luiza Viana Pessoa de. Direito constitucional. *Revista da Escola da Magistratura*. Escola Paulista de Magistratura. n.º 2. 1997. p. 89.

- c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas;
- d) como limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma.”<sup>4</sup>

Segundo tal descrição, foram observadas outras acepções, além de “normas”, a respeito dos princípios constitucionais gerais, uma vez que este termo é utilizado também para identificar valores e limites objetivos, independentemente da estrutura normativa.

Entretanto, tais observações se aplicam no trato dos princípios gerais, de forma que algumas adaptações devem ser elaboradas quando o enfoque se dirige aos princípios que tratam de determinado subsistema, como por exemplo o administrativo.

No dizer de Roque Antônio Carrazza,

“Ao contrário do que pode parecer ao primeiro súbito de vista, as normas constitucionais não possuem todas a mesma relevância, já que algumas veiculam simples regras, ao passo que outras, verdadeiros *princípios*. Os princípios são as *diretrizes*, isto é, os *nortes* do ordenamento jurídico. Não é sem razão que Prosper Weil afirma que ‘algumas normas constitucionais são mais diretrizes; outras, menos’. A Constituição é, pois, um conjunto de normas e princípios jurídicos, atuais e vinculantes.”<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 105.

<sup>5</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 29.

Avançando, Roque Antônio Carrazza faz uma explanação sobre princípio jurídico, e ensina:

“Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isto mesmo, vincula de modo inexorável, o entendimento e a explicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.<sup>6</sup>

Desta forma, não há importância quanto ao princípio ser implícito ou explícito. Deve, sim, o operador do direito, analisando toda a arquitetura da estrutura jurídica, e a forma como está inserido determinado princípio, identificá-lo e lançar mão dele no momento certo, inclusive, como pressuposto de validade de determinadas normas.

Os princípios jurídicos em sua exteriorização se subdividem em *Princípios Abertos* e *Princípios com forma de proposição jurídica*<sup>7</sup>. Apesar desta divisão doutrinária e, até certo ponto, aparentemente, facilmente identificável, não é fácil visualizar a fronteira entre os primeiros e os segundos.

---

<sup>6</sup> Idem, p. 31.

<sup>7</sup> Exemplos de *princípio, com forma de proposição jurídica* são aqueles que, embora não estejam explicitados na lei, estão contidos nela quando a mesma lei lhes estabelece exceções; assim, se na lei não tiver sido feita qualquer exceção e não for o caso de uma lacuna legal, o princípio é de aplicação imediata; é o caso, por exemplo, do princípio da liberdade contratual e da liberdade de forma que vigem no campo do direito das obrigações, ao lado do qual se situa o *princípio aberto* da autonomia da vontade no campo do direito privado; e também do princípio *nulla poena sine lege e non bis in idem*. MENDONÇA. op. cit., P. 90.

Portanto, é importante esclarecer que existem princípios que se colocam em um patamar mais elevado que outros, tais como: o Princípio da Democracia, o Princípio do Estado Social e o Princípio do Estado de Direito, os quais contêm uma idéia jurídica geral.

Em um degrau abaixo, vêm os princípios (na realidade subprincípios), que contêm alguma espécie de previsão e consequência jurídica, tais como: o princípio da legalidade da lei, o da inafastabilidade do poder judiciário, o da tripartição dos poderes, o da certeza do direito e o da ampla defesa e do devido processo legal.

Os princípios são encontrados em todo o sistema jurídico, tanto em termos constitucionais, como nas leis infraconstitucionais.

Sobre a definição de princípios, é oportuna a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, definição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747-748

Paulo de Barros Carvalho contribui, ao afirmar que

“são linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença.”<sup>9</sup>

Os princípios, como as demais normas jurídicas, estão em constante relação. Violar um princípio significa romper a consistência do ordenamento, sendo muito mais grave a violação do princípio do que a transgressão de uma norma.

Nota-se, assim, a relevância dos princípios e a importância de observá-los. A este respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello é incisivo:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade e inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.”<sup>10</sup>

Segundo o Constitucionalista J. J. Gomes Canotilho,

“os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de <tudo

---

<sup>9</sup> CARVALHO, op. cit., p.106.

<sup>10</sup> MELLO, op. cit., p. 748.

ou nada>; impõem otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a <reserva do possível>, fática ou jurídica”.<sup>11</sup>

A Constituição deve ser entendida como uma ordem axiológica de princípios jurídicos, exercendo uma função ordenadora, haja vista que salvaguardam valores fundamentais dos seres humanos. Paulo Bonavides tece o seguinte comentário sobre a importância dos princípios:

“A Constituição é basicamente unidade, unidade que repousa sobre princípios: os princípios constitucionais. Esses não só exprimem determinados valores essenciais – valores políticos ou ideológicos – senão que informam e perpassam toda a ordem constitucional, imprimindo, assim, ao sistema, uma feição particular, identificável, inconfundível, sem a qual a Constituição seria um corpo sem vida, de reconhecimento duvidoso, se não impossível.”<sup>12</sup>

Sem adentrar na complexidade que caracteriza os critérios distintivos dos princípios e das regras, reporta-se mais uma vez ao pensamento de Canotilho.

Este considera regra e princípio como duas espécies de normas, e afirma serem os princípios verdadeiras normas, distintas em qualidade das outras categorias de normas, as regras jurídicas.

Veja-se, segundo os ensinamentos de Canotilho, onde se insere a distinção:

---

<sup>11</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 534.

<sup>12</sup> *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 110.

“Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida... a convivência dos princípios é conflitual; a convivência de regras é antinômica. Os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se; 2. Consequentemente os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade), deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições, nem mais nem menos; 3. Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em “primeira linha” (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias; 4. Os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas).”<sup>13</sup>

Para Robert Alexy, os princípios podem ser classificados,

“...como espécies do gênero norma jurídica junto com a outra espécie normativa, qual seja, a das regras. Estas se diferenciam dos princípios, na sua aplicabilidade, da seguinte forma: enquanto regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não, ou seja, se uma regra é válida deve-se cumprir exatamente o que ela exige, sem mais nem menos, os princípios determinam que alguma coisa seja realizada na maior medida do possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes.”<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> CANOTILHO. *op. cit.*, p. 167-168.

<sup>14</sup> *Apud* CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariiedade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 97/98.

Eros Roberto Grau aborda a questão das distinções que apartam os princípios das regras, afirmando, aprioristicamente, existir uma distinção lógica. Usando como paradigma a posição de Dworkin, demonstra que:

“...as regras jurídicas, não comportando exceções, são aplicáveis de modo completo ou não o são, de modo absoluto, não se passando o mesmo com os princípios; os princípios jurídicos possuem uma dimensão – a dimensão do peso ou importância – que não comparece nas regras jurídicas”.<sup>15</sup>

Para Dworkin, as normas comuns ou regras valem ou não valem, são antinômicas, numa perspectiva do tudo ou nada, já no caso dos princípios o que importa é o peso ou os valores materiais daquilo que eles postulam, ocorrendo uma colisão entre eles, prevalecendo o de maior peso no caso concreto, não deixando o outro de ser utilizado em outra circunstância.<sup>16</sup>

Assim, os princípios de uma ciência são os alicerces, os fundamentos, os regramentos básicos que a estruturam. São normas genéricas, com intenso conteúdo axiológico, que, por serem entes informativos, evidenciam como as normas devem ser interpretadas.

Sobre os princípios gerais, Norberto Bobbio esclarece que

---

<sup>15</sup> *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 99.

<sup>16</sup> *Apud* CADEMARTORI, Luiz Henrique. *op. cit.* p. 101/102.

“Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não deva ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?”<sup>17</sup>

Segue-se aqui a análise de Dworkin sobre as características das regras e dos princípios, devendo o julgador alicerçar-se naquelas normas para solucionar os litígios.

Após esta breve incursão conceitual, analisar-se-á o espectro constitucional. Para tanto, imperioso citar os princípios constitucionais gerais, para depois adentrar-se no Princípio da Inafastabilidade de apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário, pilar deste estudo.

---

<sup>17</sup> *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 158-159.

## 1.2. ESPECTRO CONSTITUCIONAL

O que caracteriza os Princípios Constitucionais Gerais é a sua função.

Conforme Jorge Miranda, a "ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema."<sup>18</sup>

Assim, os Princípios Constitucionais Gerais, têm como principal função atuar como critério de interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico positivo nacional.

Funcionando os princípios como normas-matriz seus efeitos são, essencialmente, promover a integração da normas de que são base; em outra situação, funcionando como princípios fundamentais do Estado, indicam os fins a que este se propõe realizar; e por último, definindo o comportamento do Brasil como pessoa jurídica de direito internacional, visa estabelecer as bases de como ele relacionar-se-á com os demais países e demais organismos internacionais.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> *Manual de direito constitucional*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p.199.

<sup>19</sup> Cf. Silva, *op. cit.*, p. 110.

Após este breve intróito, adentra-se, especificamente em alguns princípios que interessam ao tema em discussão.

#### 1.2.1. Princípio da Segurança Jurídica

Este princípio se utiliza do preceito jurídico de modo racional e objetivo, mas dirigido à ampliação de um valor específico, qual seja, o de coordenar o fluxo das interações internas humanas, no sentido de propagar na comunidade o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta.

Tal princípio, busca, assim, tranquilizar os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza.

Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada lhes dá a garantia do passado. Essa bidirecionalidade *passado/futuro* é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas.

Desnecessário esclarecer que a segurança das relações jurídicas é indissociável do valor *justiça*, posto que, caso este valor seja abandonado não haverá como se concretizar a segurança jurídica, em razão de segurança estar sempre ligada a uma condição psicológica, pois não representa estado, e sim sensação<sup>20</sup>.

#### 1.2.2. Princípio da Certeza Do Direito

É um sobreprincípio que está acima de outros primados e que rege toda e qualquer porção de ordem jurídica.

Assim, como valor imprescindível do ordenamento, não havendo ordem jurídica nos vários subsistemas, nas diversas instituições e no âmago de cada unidade normativa, por mais insignificante que seja, haverá ruptura da estrutura jurídica do Estado, vez que está intimamente ligada à segurança jurídica.

A certeza do direito, embora estando na esfera da deontologia, quase escapando à realidade da vida, posto que está num elevado nível filosófico, é algo que se situa na própria raiz do dever-ser, sendo incompatível imaginá-la sem determinação específica.

---

<sup>20</sup> Art. 5º - inc. XXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a

No dizer de Paulo de Barros Carvalho, verifica-se que

“Na sentença de um magistrado, que põe fim a uma controvérsia, seria absurdo figurarmos um juízo de probabilidade, em que o ato jurisdicional declarasse, como exemplifica Lourival Vilanova, que *A possivelmente deve reparar o dano causado por ato ilícito seu*. Não é sentenciar, diz o mestre, ou estatuir, com pretensão de validade, o *certum* no conflito de condutas. E ainda que consideremos as obrigações alternativas, em que o devedor pode optar pela prestação A, B ou C, sobre uma delas há de recair, enfaticamente, sua escolha, como imperativo inexorável da certeza jurídica. Substanciando a necessidade premente da segurança do indivíduo, o sistema empírico do direito elege a certeza como postulado indispensável para a convivência social organizada”.<sup>21</sup>

Este princípio é implícito, não sendo encontrado de forma declarada em nenhum texto constitucional, mas sempre se busca realizá-lo.

A palavra “certeza” não tem um significado apenas sintático, mas deve ser entendida como o sentido de “previsibilidade”, de tal modo que os destinatários dos comandos jurídicos hão de poder organizar suas condutas na conformidade dos teores normativos existentes.

---

coisa julgada.

<sup>21</sup> CARVALHO, op. cit., p. 107.

### 1.2.3. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é nota essencial ao Estado de Direito. É a base do Estado Democrático de Direito, constituindo-se em segurança jurídica e social.

Para que seja considerado Estado Democrático de Direito é necessário subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca em igualização das condições dos socialmente desiguais.

Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição.

É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores, não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.

Este princípio está consagrado no art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

#### 1.2.4. Direito da Ampla Defesa e do Devido Processo Legal

A lei não estabelece um conceito de ampla defesa, nem mesmo lhe dá uma definição em termos de conteúdo mínimo.

Tal Princípio encontra-se estampado na Constituição da República no art. 5º, inciso LV: "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*". Assim, cabe buscar-se então, na doutrina, a extensão dos seus limites.

Na visão de Alberto Xavier, o direito à ampla defesa já está inserido no devido processo legal, cuja finalidade é a busca de um processo justo na forma da lei em que se dá ao particular o direito de conhecer os fatos e preparar a sua defesa, tanto no que tange a ser ouvido como na apresentação de provas em confronto com as acusações que lhe são feitas. Manifesta-se assim o jurista:

“O direito de ampla defesa reveste, hoje, a natureza de um direito de audiência (*audi alteram partem*), nos termos do qual nenhum ato administrativo suscetível de produzir conseqüências desfavoráveis para o administrado poderá ser praticado de modo definitivo sem que a este tenha sido dada a oportunidade de apresentar as razões (fatos e provas) que achar convenientes à defesa dos seus interesses.

[...]

O direito de defesa ou direito de audiência é um direito de participação procedimental, que pressupõe a atribuição ao particular do estatuto jurídico de “parte” no procedimento administrativo, com vista à defesa de interesses próprios.”<sup>22</sup>

De Plácido e Silva assim conceitua defesa:

“Derivado do latim *defensa*, é aplicado em sentido amplo, para indicar todos os meios que assistem a cada pessoa para contrapor-se aos ataques dirigidos à sua pessoa ou a seus bens, em virtude dos quais opõe justa repulsa às ofensas físicas ou jurídicas, pelos mesmos intentados.

[...]

Na técnica processual, por defesa entende-se toda produção de fatos ou dedução de argumentos apresentada por uma pessoa em oposição ao pedido ou alegado por outrem, numa causa ou acusação. Compõe-se, assim, de alegações que procuram destruir as pretensões de outrem, ou anular as acusações, quando são imputadas a alguém.”<sup>23</sup>

Observa-se que, nessa conceituação, ainda não está inserida a expressão “ampla”, e, mesmo assim, por si só, a defesa já é de forma plena. Quando o preceito foi

---

<sup>22</sup> XAVIER, Alberto. *Do lançamento – teoria geral do ato do procedimento e do processo tributário*. Rio de Janeiro, 1997, p. 161-162.

<sup>23</sup> SILVA, op. cit., p. 245.

instituído na Constituição Federal como "ampla", ficou claro que o Constituinte queria que se desse a todo demandado, qualquer que fosse a esfera, a maior forma e oportunidade de defesa que se possa conceder a uma pessoa sob acusação.

Pontes de Miranda, comentando a respeito do tema preleciona:

"...trata-se de direito subjetivo (constitucional) de defesa. Dela nasce direito constitucional a defender-se ou a ter tido defesa; em consequência disso, é nulo o processo em que não se assegura ao réu a defesa, ainda que tenha o juiz aplicado alguma lei."<sup>24</sup>

Ressalta Nelson Nery Costa que o direito de plena defesa não se mostra pelo que ocorre durante o processo ou no processo, mas de um rito previamente estabelecido no qual as sanções legais e as condições para que a defesa seja ampla e justa estejam também antecipadamente definidas.<sup>25</sup>

Não se concebe que se possa fazer a ampla defesa sem a existência do contraditório, posto que ambos estão intimamente vinculados. A esse respeito se manifesta Odete Medauar, afirmando que não pode haver limitações à produção de defesa tendente à contradição das questões levantadas pela acusação, tanto é que o

---

<sup>24</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, Tomo V, p. 233.

<sup>25</sup> *Processo administrativo e suas espécies*. ed. Forense. Rio de Janeiro, 1997, p. 15-17.

texto constitucional traz a expressão "com os meios e recursos a ela inerentes".<sup>26</sup>

Ainda com respeito ao Princípio da Ampla Defesa, de forma incisiva destaca a mesma jurista algumas de suas características fundamentais:

- a) caráter prévio da defesa ou sua anterioridade em relação ao ato decisório;
- b) desnecessidade de previsão do direito de defesa em lei ou demais normas;
- c) possibilidade de opção pela autodefesa ou pela defesa técnica;
- d) obrigatoriedade da formação geral;
- e) possibilidade da produção de provas.<sup>27</sup>

Na visão de Marçal Justen Filho,

"pouca utilidade teria um procedimento em que não fosse prevista a livre manifestação de todos os interessados, com direito a participação ativa e vedação a atuação unilateral de uma das partes. Enfim, o procedimento não consiste na observância formalista de um ritual. Não se compadece com o Estado Democrático a instituição de procedimento com perfil arbitrário ou prepotente".<sup>28</sup>

O autor ainda considera como inerente à ampla defesa:

---

<sup>26</sup> *A processualidade no direito administrativo*. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, p. 115/120

<sup>27</sup> MEDAUAR, Id. *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ampla defesa e conhecimento de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário, n.º 25, 1998.

- a) a transparência da atividade administrativa;
- b) a instauração do contraditório;
- c) a imparcialidade do julgador;
- d) a limitação da defesa;
- e) a motivação completa e minudente da decisão.

Devidamente analisada esta base doutrinária, elenca-se, então, um conjunto de requisitos, que não estando presentes, deixam seriamente comprometida a efetividade do princípio em discussão. Pode-se, então, enumerar:

- a) existência de um rito previsto em lei;
- b) previsão de comunicação dos atos processuais;
- c) instauração do contraditório;
- d) ilimitação na apresentação de provas;
- e) julgamento por julgador imparcial e motivação da decisão;
- f) recorribilidade das decisões.

#### 1.2.5. Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário

O Princípio da Inafastabilidade de apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário, também chamado de princípio da acessibilidade ampla ao Poder Judiciário, está previsto no inc. XXXV, do art. 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação "A lei não

excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Trata-se de comando constitucional de que o Poder Judiciário Brasileiro cuida com grande relevância.

O princípio da acessibilidade ampla ao Poder Judiciário nasceu com a Constituição de 1946, que possuía uma redação quase idêntica à atual: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão individual". Pontes de Miranda, contudo, observa com muito acerto que este princípio já poderia ser tido como presente na Constituição de 1891, porque na verdade estava implícito na sistemática então adotada.<sup>29</sup>

Este princípio significa que nenhum interessado poderá ser excluído de buscar o Poder Judiciário para a resolução de quaisquer controvérsias que surjam da aplicação de qualquer lei.

O Princípio, que constitui uma das garantias constitucionais de maior relevo, é entendido tradicionalmente como que o monopólio da Jurisdição cabe ao Poder Judiciário<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Apud Bastos Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. V. 2, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 170.

<sup>30</sup> Sobre a mutação do conceito de jurisdição nas sociedades complexas, conferir BARRAL, Welber. *A arbitragem e seus mitos (resposta ao juiz Silva Salvador)*. Revista da Escola Paulista da Magistratura, p. 149.

Com esse princípio, a Constituição ampliou o direito de acesso ao Poder Judiciário antes mesmo da lesão ser concretizada, possibilitando a provocação da atividade jurisdicional quando presente a simples ameaça de direitos, vale dizer, individuais ou coletivos.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude da defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo.<sup>31</sup>

Uma manifestação sobre a temática em apreço encontra-se em Liebman, quando prescreve que

“O Poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física ou jurídica, italianos (brasileiros) e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados direitos cívicos.”<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Art. 5º, inc. LV – aos litigante, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

<sup>32</sup> *Apud*: SILVA, op. cit.,432.

É importante frisar que, de acordo com a garantia constitucional, assegura-se a plenitude da defesa, com a adequada e efetiva prestação jurisdicional, assegurada através da manifestação do Poder Judiciário.

### 1.3 - O PODER JUDICIÁRIO COMO INSTÂNCIA DE RECURSO

A teoria da Separação dos Poderes surgiu com a formulação feita por Montesquieu quando escreveu que:

“Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Como o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.”<sup>33</sup>

Então já se falava na necessidade de se dividir e distinguir as funções do Estado, em executiva, legislativa e judiciária.

Nos dias atuais, em pleno funcionamento dos ditos Estados Modernos, além da divisão dos Poderes do Estado para evitar arbítrio de determinados governantes,

---

<sup>33</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 2. ed., Trad. Cristina Muracho, São Paulo; Martins Fontes, 2000, p. 364-365.

surgem ainda outros organismos. Feu Rosa comenta a teoria da separação<sup>34</sup> e a respeito ensina:

“Verifica-se que ao lado ou acima dos três Poderes funciona ativamente no Estado moderno, e especialmente nos regimes democráticos, a *opinião pública*. O clamor público obriga o Executivo a agir, o Legislativo a fazer leis e o Judiciário a absolver ou condenar. O que dá maior ou menor relevância a um fato – e até mesmo a um crime – é o clamor público.

A nova Constituição nesse particular é muito clara e nítida. Não aceitou conceito tradicional de Estado dividido em ‘três Poderes’. Abriu o leque. Aumentou a participação da opinião pública nos três Poderes, fortaleceu o Tribunal de Contas, o Ministério Público, os sindicatos, os veículos de comunicação, os partidos políticos e as associações representativas da sociedade, criou, enfim, mecanismos de pressão e de controle fora daqueles que outrora cabiam exclusivamente aos ‘três Poderes’”.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Na concepção teórica clássica, a separação dos Poderes tem as seguintes características fundamentais: 1) o presidente da República e os ministros (Executivo) não podem ser chamados perante o Congresso (Legislativo) para prestar contas de suas decisões administrativas, ou seja, dos atos políticos do governo; 2) o Executivo não tem iniciativa de leis. Esta compete exclusivamente ao Legislativo. O Executivo só tem o direito de veto; 3) o Executivo não pode dissolver o Legislativo; 4) os parlamentares (deputados e senadores) não podem exercer cargos no Executivo nem no Judiciário. Tampouco têm qualquer ingerência na nomeação de membros do Executivo e do Judiciário; 5) o Legislativo não pode aprovar voto de desconfiança do Governo; 6) nem o Executivo nem o Legislativo têm qualquer ingerência nas decisões do Judiciário. O Judiciário goza de toda independência nos seus julgamentos.

[...]

Entre nós essa apregoada separação ficou basicamente assim: 1) os ministros podem ser chamados perante o Legislativo; 2) o presidente da República tem a iniciativa de leis, dividindo-a com o Legislativo; 3) o Executivo não pode dissolver o Parlamento; 4) os parlamentares só podem ser processados pelo Judiciário mediante prévia licença. Mas a negativa de licença suspende a prescrição enquanto durar o mandato; 5) os parlamentares podem exercer cargo no Executivo. Têm a ingerência na nomeação de membros do Executivo e do Judiciário, aprovando ou rejeitando as indicações feitas pelo chefe do Executivo; 6) o Legislativo não pode aprovar votos de desconfiança; 7) o Executivo e o Legislativo não têm ingerência nas decisões do Judiciário. Têm – sim – na escolha de seus membros. FEU ROSA, Antonio José Miguel. *Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 209/210.

<sup>35</sup> FEU ROSA, op. cit. p. 209.

A atual Constituição Federal, em seu art. 2º, afirma: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Esta separação significa mais distinção de funções do que isolamento, pois, na realidade, o Estado é uníssono, ou seja, um ente composto de partes, mas que devidamente interligadas, em busca de um bem comum para a sociedade, num exercício sinérgico de suas atividades, apresentam um resultado melhor.

Em determinados momentos, um poder pode realizar atividades que são consideradas como sendo de outro. O que importa é que o exercício precípua, por excelência, é atinente a cada um dentro de sua área de atuação. Assim, Cabe ao Executivo, administrar de forma executiva; ao Legislativo, legislar e fiscalizar os atos do Executivo e, ao Judiciário, aplicar a lei, decidindo demandas judiciais de lides.

Mas, como já dito, não é raro e revela-se até mesmo necessário que os poderes Legislativo e Judiciário pratiquem atos administrativos, tanto na gestão de seus funcionários, quanto na de seus patrimônios. Pode, por outro lado, o Legislativo

exercer atividade judicante, como é o caso do julgamento do Presidente da República<sup>36</sup>. Também o Executivo, ao proferir decretos, leis delegadas e outros instrumentos normativos, legisla em áreas e assuntos específicos. Mas tudo isto deve ocorrer de forma legal e numa sinergia para que o todo seja harmônico e haja bem estar e paz social.

O Judiciário é o terceiro Poder do Estado Federal Brasileiro, previsto pela Constituição nos arts. 92 a 126, sendo o responsável pelo monopólio jurisdicional, funcionando como instância de recurso.

Faz-se necessário pontuar, sobre o significado do termo instância. Em sentido literal, instância quer dizer solicitar insistentemente alguma coisa, pedir repetidamente. Na linguagem jurídica, encontram-se duas acepções para a palavra. Em sentido geral, significa a curso do processo, o caminhar da marcha processual, desde o início da demanda até sua conclusão através do julgamento final. Em sentido restrito, significa o grau de hierarquia judiciária, o grau de jurisdição ou competência.

O Poder Judiciário encontra-se, conforme a demanda, inserido na primeira ou na segunda

---

<sup>36</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade.

instância, cumprindo o seu dever de administrador da justiça através da solução das controvérsias.

Então, cabe ao Judiciário, tendo em vista o previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, apreciar as decisões da Administração e dos tribunais administrativos.

Michel Temer admite o controle jurisdicional das decisões de entes administrativos, tecendo os seguintes comentários:

“A definitividade é traço marcante da jurisdição. Deriva do preceito insculpido no art. 5º, XXXV, da CF. Por força dele é que a solução de litígios, pela Administração, por mais capazes que sejam os seus tribunais, não são definitivas. Qualquer do povo, qualquer órgão público, qualquer tribunal administrativo poderá “dizer o direito” que deve ser aplicado à dirimência de uma controvérsia.

Não estará, contudo, exercendo a jurisdição no sentido rigorosamente científico que lhe empresta a Constituição, ao atribuí-la ao Poder Judiciário. É que tais decisões poderão ser levadas, sempre, ao Judiciário, para que ali, escoados os recursos, se opere a definitividade da decisão.

De outro lado, ainda que a parte litigante no Executivo ou Legislativo veja a inexistência de direito que alicerce sua pretensão, ainda que se utilize de todos os recursos administrativos buscando amparo para suas razões, nem assim podem tais órgãos do Poder, utilizando-se da força, compelir o particular a fazer, a não fazer, a pagar, entregar ou a não entregar. Só ao Judiciário se confere tal competência.”<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> *Elementos de direito constitucional*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 168-169.

Acrescenta-se, ainda, que não se confunde mérito administrativo com mérito da decisão. No mérito administrativo é analisada a oportunidade, conveniência e a eficiência do ato da Administração, ficando fora do controle judiciário.

Quanto à oportunidade a Administração verifica se é o momento de intervir quando da ocorrência do fato. Quanto a conveniência a Administração verifica se está de acordo ou é necessário a intervenção.

No que concerne a Eficiência, é que a Administração têm que trabalhar em prol dos administrados, visando a propor uma convivência harmoniosa e pacífica dentro dos ditames do ordenamento jurídico, como por exemplo a Lei antitruste brasileira, que atribui ao CADE, a competência de analisar as infrações à ordem econômica.

Segundo Mello, o princípio da eficiência é algo desejável, sendo juridicamente de difícil controle e intimamente ligado ao princípio da legalidade, tratando-se de uma faceta do princípio da "boa administração", advindo do Direito Italiano.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> MELLO, op. cit. p. 92.

Na análise da decisão são analisados os seus motivos determinantes e os seus fundamentos, ficando, a mesma, passível de revisão judicial.

Especificamente, sobre a distinção em apreço, é oportuna a manifestação de Hely Lopes Meirelles:

“O mérito administrativo do ato, infenso a revisão judicial, com o exame de seus motivos determinantes, sempre passíveis de verificação em juízo. Exemplificando: o Judiciário não poderá dizer da conveniência, oportunidade e justiça da aplicação de uma penalidade administrativa, mas poderá e deverá sempre examinar seu cabimento e a regularidade formal de sua imposição.”<sup>39</sup>

A competência do Poder Judiciário limita-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato. A legalidade significa a consonância do ato com a lei que rege, e a legitimidade significa que o ato deve ser praticado de acordo com a moral administrativa e com os direitos coletivos.

Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos da legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício da encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência,

---

<sup>39</sup> *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 578.

oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do Governo ou com elementos técnicos, refoge ao âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direito.<sup>40</sup>

Di Pietro assevera que, além de examinar os atos de qualquer natureza da Administração Pública sob o aspecto da legalidade, o Poder Judiciário pode examiná-los também sob o enfoque da moralidade (arts. 5, inciso LXXIII, e 37 da CF/88).<sup>41</sup>

Ainda quanto ao controle jurisdicional dos motivos, da finalidade e da causa dos atos praticados pela Administração, Caio Tácito escreveu que

“Se inexistir o motivo, ou se dele o administrador extraiu conseqüências incompatíveis com o princípio do Direito aplicado, o ato será nulo por violação de legalidade. Não somente o erro de direito como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo. Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco.

As violações mais audaciosas à legalidade, afetando a finalidade da competência do administrador ou alicerçando-se em motivo falso ou idôneo, somente

---

<sup>40</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 578.

<sup>41</sup> *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 493.

podem ser aferidas mediante conhecimento judicial dos trâmites do ato censurado.”<sup>42</sup>

Sobre o controle judicial da discricionariedade administrativa, Bandeira de Mello, faz uma análise dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade<sup>43</sup>, afirmando que:

“Fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (art. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados). Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o “mérito” do ato administrativo, isto é o campo de “liberdade” conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita “liberdade” é liberdade *dentro da lei*, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.”

...atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado. Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostra-se sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> *Apud* MELLO, op. cit., p. 766.

<sup>43</sup> Sobre o conceituado dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade conferir: CADEMARTORI, Luiz Henrique U. op. cit. p. 113-121, MELLO, op. cit. p.79-82.

<sup>44</sup> *Idem* p. 80-81.

Portanto, os princípios da razoabilidade/proporcionalidade podem ser utilizados como parâmetros para aferição do controle da atividade discricionária administrativa.

Luiz Henrique Cademartori, após ampla análise dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, afirma que a jurisprudência brasileira tem reiteradamente, os aceitado como critérios para julgamento dos atos discricionários, concluindo que:

“Em primeiro lugar, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, embora não expressos de forma literal na Constituição, configuram-se dentro do ordenamento jurídico, como parâmetros necessários e permanentes de ponderação racional a orientar toda e qualquer atividade estatal, seja ela legislativa, administrativo ou judicial. Em segundo lugar e como decorrência da primeira conclusão, entende-se que estes princípios constitucionais implícitos podem incidir, de forma imediata, em casos concretos, sendo que aqui, a sua operatividade não depende de outras normas, posto que incidem de forma decisiva e autônoma na solução de conflitos levados à via judicial ou administrativa.”<sup>45</sup>

Dentro deste contexto, retorna-se mais uma vez as digressões feitas por Bandeira de Mello:

“Finalmente, este proceder do Judiciário não elimina a discricionariedade e nem pode fazê-lo, pena de agravo à própria lei. Deveras: à perquirição judicial nunca assistirá ir além dos limites de significação objetivamente desentranháveis da norma legal, conquanto valendo-se desassombadamente das vias mencionadas.

O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente

---

<sup>45</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique U. op. cit. p. 130.

possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência e oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior.”<sup>46</sup>

Portanto, o campo de atuação do Judiciário cinge-se ao controle da legalidade do ato praticado pela Administração. Assim, em sentido amplo, compete ao Poder Judiciário analisar todas as decisões, administrativas e econômicas quando houver lesão ou ameaça a direito, atuando na resolução dos conflitos, quando provocado.

---

<sup>46</sup> MELLO, op. cit. p. 774.

## 2. INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

### 2.1. ESCORÇO HISTÓRICO

A ordem econômica brasileira é norteada pelo princípio da livre iniciativa, pilar constitucional que dita os fins que referida ordem persegue.

Segundo Modesto Carvalhosa, os limites impostos ao princípio da livre iniciativa, quer de ordem positiva, quando o Estado condiciona a atividade às vetorializações propostas nos planos econômicos globais, setoriais ou regionais, visando ao desenvolvimento nacional e à justiça social<sup>47</sup>, quer

---

<sup>47</sup> Nas palavras de Eros Roberto Grau, "*justiça social*, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o

negativa, quando o Estado exerce as funções de controle, colocando limites à livre iniciativa, a fim de que não se desenvolva contrariamente aos interesses sociais também erigidos em princípios de ordem econômica (harmonia e solidariedade entre as categorias ecossociais de produção e a abstenção de abuso de poder econômico), devem ser entendidos restritivamente.<sup>48</sup>

A Constituição Federal em seu artigo 173, § 4º, estabelece que: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros."

O Poder Econômico é aquele que uma pessoa jurídica tem através de seus representantes ou daqueles que a conduzem, em razão de sua expressividade econômica ou técnica, possam interferir no mercado em que atua.

Já o abuso do poder econômico, verifica-se na medida em que, através daquele atuar, a Empresa, interferindo no mercado, domina-o, elimine a concorrência ou aumenta, arbitrariamente, o lucro.

---

passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista." *A ordem econômica na constituição de 1988*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 249.

<sup>48</sup> *A ordem econômica na constituição de 1969*. São Paulo: RT, 1972, p. 140.

A repressão ao abuso do poder econômico busca a preservação do princípio da livre iniciativa, objetivando a realização do desenvolvimento do país e da justiça social.

Agamemnon Magalhães, mentor da Lei Antitruste Brasileira, salienta que o Poder Econômico deriva da posse dos meios de produção. Quando há concentração desses meios de produção nas mãos de uma empresa ou de um grupo de empresas, impossibilitando que outros possam também deles dispor, ocorre o abuso de poder econômico.<sup>49</sup>

Conforme João Bosco Leopoldino da Fonseca, a ordem econômica pode ser definida como "aquele conjunto de princípios estabelecidos pela Constituição e que tem por objetivo fixar os parâmetros da atividade econômica, coordenando a atuação dos diversos sujeitos que põem em prática aquela mesma atividade."<sup>50</sup>

Conforme Daniele Anonni:

"poder-se-ia definir ordem econômica como aquele conjunto de princípios estabelecidos pela Constituição em seu título VII (artigos 170 a 192), e que tem por objetivos fixar os parâmetros da atividade econômica, coordenando a atuação dos diversos sujeitos que põe em prática aquela mesma atividade."<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Apud SHIEBER, Benjamin M. *Abuso do poder econômico*. São Paulo: RT, 1966, p. 3.

<sup>50</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção a concorrência: comentários a lei antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 86.

<sup>51</sup> *A jurisdição do CADE. Revista de Direito Econômico Internacional*, n. 04, 1997. p. 3. Disponível na Internet. [www.ccj.ufsc.br/~iri](http://www.ccj.ufsc.br/~iri).

Com efeito, a gênese de uma Lei antitruste<sup>52</sup> é exatamente para suprimir as falhas existentes no mercado, ampliando a concorrência e proporcionando o direito de todos concorrerem.

A lei de proteção à concorrência tem como finalidade a prevenção e a repressão das infrações contra a ordem econômica, acompanhando os ditames constitucionais de liberdade de iniciativa (art. 170, caput), soberania nacional (art. 170, inc. I), livre concorrência (art. 170, inc. IV), função social da propriedade (art. 170, inc. III), defesa dos consumidores (art. 170, inc. V) e repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º).

#### 2.1.1. Conceito de Concorrência

Etimologicamente, concorrência deriva do latim "concorrentia", de "concurrere" (disputar, pretender, combater, contribuir)<sup>53</sup>, significando, porém, uma disputa em condições isonômicas, democráticas.

Shieber resumiu o conceito de concorrência no campo econômico, asseverando que esta é caracterizada

---

<sup>52</sup> A denominação legislação antitruste ou lei de proteção à concorrência designa o emaranhado de regras destinadas a apurar as diferentes modalidades de abuso do poder econômico, protegendo o funcionamento do mercado.

<sup>53</sup> SILVA, op. cit., p. 193.

pela luta entre diversas empresas para conseguir maior infiltração no mercado, em se tratando de vendedores, ou uma maior e melhor oferta, no caso dos compradores. É exatamente esta luta que a lei antitruste procura proteger e amparar.<sup>54</sup>

Outrossim, faz-se necessário estabelecer a diferença entre concorrência desleal e práticas anticoncorrenciais. Barral enfatiza que a distinção implica duas áreas de estudos: o Direito das Patentes e o Direito da Concorrência. Desta forma, por concorrência desleal deve-se compreender ações atentatórias a privilégios legais de um produtor. Abrange, assim, o uso do nome e da marca, a publicidade ilícita e a cópia de patentes. Já as práticas anticoncorrenciais são aquelas atentatórias ao funcionamento do mercado. O que se protege aqui é o livre acesso dos concorrentes ao mercado, um interesse de caráter público, que se contrapõe ao sentido privatista preceptível na repressão à concorrência desleal.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> SHIEBER, op. cit., p. 61.

<sup>55</sup> BARRAL, Welber. *A concorrência e a ordem jurídica comunitária*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis, 1993, p. 61-62.

Daí porque a Constituição atual contempla o princípio da Livre Concorrência como um dos norteadores da ordem econômica. Tercio Sampaio Ferraz Júnior, em expressa referência ao princípio em exame, admoesta que:

"A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental - a competitividade - que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação com base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mis baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada."<sup>56</sup>

#### 2.1.2. Objetivo das Leis de Defesa da Concorrência<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> *Apud*: GRAU, *op. cit.*, p. 236.

<sup>57</sup> Nesse sentido, conferir ampla e exaustiva análise feita por FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1988. p. 149-170.

O objetivo principal buscado pelas leis de defesa da concorrência é o livre acesso dos concorrentes no mercado. Sobre este objetivo, oportuna a posição de Luís Cabral de Moncada:

"O objetivo das leis de defesa da concorrência é o de assegurar uma estrutura e comportamento concorrenciais dos vários mercados no pressuposto de que é o mercado livre que, selecionando os mais capazes, logra orientar a produção para os setores susceptíveis de garantir uma melhor satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, a mais eficiente afetação dos recursos econômicos disponíveis, que é como quem diz, os mais baixos custos e preços. A concorrência é assim encarada como o melhor processo de fazer circular e orientar livremente a mais completa informação econômica, quer ao nível do consumidor, quer ao nível de produtores, assim esclarecendo as respectivas preferências. É por isso que a sua defesa é um objectivo de política econômica."<sup>58</sup>

Por isso, objetivando repudiar as práticas anticoncorrenciais, emergem as leis de defesa da concorrência.

O Professor espanhol Jaime Villegas Cayon elenca quatro objetivos fundamentais perseguidos pela legislação de defesa da concorrência:

"O primeiro é a proteção das liberdades políticas e individuais em permitir a qualquer cidadão escolher dentre vários empresários competidores para seu negócio

---

<sup>58</sup> *Direito Econômico*, 2.ed., Coimbra ed., 1986, p. 313.

ou profissão, evitando que grande parte da população dependa para seu trabalho da tolerância de um meso Estado quando assume o papel de único empresário numa economia do tipo comunista.

O segundo é proteger todos consumidores para que os produtos sejam de boa qualidade e tenham preços razoáveis.

O terceiro é contribuir com a máxima eficiência econômica mediante decisões tomadas livremente pelos empresários, num ambiente regido pela competência, ao invés de decisões impostas por monopolistas privados e por funcionários do Estado.

O quarto é utilizar melhor a investida e iniciativa individuais, oferecendo maiores oportunidades de participar na atividade econômica, o talento e as energias do conjunto da população."<sup>59</sup>

Conforme se denota, o primeiro objetivo citado pelo professor é a proteção das liberdades políticas e individuais a partir do momento em que se permite a qualquer cidadão escolher entre vários fornecedores que competem no mercado aquele que melhor se adequa ao seu negócio ou profissão.

---

<sup>59</sup> "a) a proteção das liberdades políticas e individuais, na medida em que permitem ao consumidor optar entre concorrentes, evitando, assim, a dependência à mera tolerância de um grupo monopolista; b) a proteção do consumidor quanto à boa qualidade dos produtos e aos preços razoáveis; c) contribuir para a máxima eficiência econômica, mediante decisões livremente tomadas pelos empresários, sob a égide da concorrência, e não sob imposições de monopólios; d) a melhor utilização da investida e da iniciativa individuais, oferecendo maiores oportunidades de participação na atividade econômica". *Apud*: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 16.

Evita-se, assim, que grande parte da população esteja presa a um único grupo detentor do monopólio, situação semelhante ao de um estado comunista.

O segundo diz respeito à proteção dos consumidores, garantindo boa qualidade e preços razoáveis dos produtos.

O terceiro objetivo seria o da contribuição, no sentido em que empresários mais competentes conseguem um melhor estabelecimento no mercado, de forma mais convincente do que se fosse pela decisões impostas por monopolistas privados ou por funcionários de governo.

Por último, Jaime Villegas assevera que a legislação de defesa da concorrência objetiva também, a melhor utilização da capacidade de invenção e iniciativa individual, proporcionando maiores oportunidades de participação dos talentos e do conhecimento do conjunto da população na atividade econômica.

Franceschini salienta que as leis chamadas "antitruste":

"vinculam-se constitucionalmente ao conhecido trinômio dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros. A finalidade da legislação de defesa da concorrência, portanto, é unívoca, qual seja, a defesa e viabilização do princípio da "livre concorrência" (art. 170, inciso IV), não podendo, portanto, ser utilizada pelo

Estado para alcançar objetivos diversos. Impõe-se, aliás, o entendimento, máxime diante do fato de que a finalidade social de uma lei é fundamental à sua interpretação (art. 5, da Lei de Introdução ao Código Civil).

A legislação antitruste não visa proteger agentes econômicos unitariamente considerados, mas preservar o mercado como instituição de coordenação das decisões econômicas, adequada ao modo de produção capitalista."<sup>60</sup>

Então, o que se procura proteger com a criação de leis antitruste é a liberdade da concorrência e a liberdade de iniciativa, defendendo a ordem econômica dentro da legalidade, e, conseqüentemente, sustentando a concorrência.

Segundo Barral, para concretizar seus objetivos, as legislações antitrustes guiam-se por duas grandes tendências, quais sejam, as legislações restritivas e as proibitivas.<sup>61</sup>

As primeiras caracterizam-se pela restrição das práticas anticoncorrencias, porém as admitem quando pautadas por objetivos sociais ou de extrema relevância econômica. As segundas, ao contrário, não admitem qualquer prática anticoncorrencial, sendo de natureza

---

<sup>60</sup> op. cit., p. 19-24.

<sup>61</sup> *A concorrência e a ordem jurídica comunitária*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis, 1993, p. 65.

penal, bastando que o ato praticado se subsuma ao arquétipo legal para restar configura à infração.

Segundo Franceschini, geralmente divide-se em três grandes escolas a determinação da abrangência das leis concorrenciais, em razão da importância manifestada em sua aplicação.<sup>62</sup>

A primeira escola, de origem alienígena, é a Tradicionalista, também conhecida como estruturalista. Para esta escola, a defesa da concorrência é encarada de forma autopoiética<sup>63</sup>, ou seja, como um fim em si mesma, através de um processo cujo objetivo é reprimir conduta de mercado monopolista, garantindo várias opções de produtos e proporcionando um proteção aos consumidores que estejam acima da competição. O conceito central dessa teoria é o de que o valor primordial a ser protegido seria o da concorrência em si mesma, e não a eficiência.

A segunda Escola, também de origem alienígena, é a chamada escola de Chicago. Esta escola prega que as leis antitruste têm por finalidade um direcionamento para a melhoria da eficiência econômica. Portanto, as

---

<sup>62</sup> FRANCESCHINI, op. cit. p. 16-19.

<sup>63</sup> Sobre as aplicações do termo autopoiése, conferir CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 162-165.

condutas das empresas só seriam contrárias à competição se reduzissem a eficiência, sendo elas as razões determinantes das estruturas das empresas. Para esta escola, a concentração econômica gera o princípio da eficiência, exceto nos casos em que dela resulte redução da produção.

Por sua vez, a terceira teoria aproximando-se mais das posições "administrativistas" e "econômicas" do Direito da Concorrência, e tem como fundamento a integração do regime jurídico da concorrência às medidas políticas econômicas estatais. Esta teoria encontra eco nos governos latino-americanos, principalmente no Brasil e na Argentina.

A Professora Izabel Vaz tece o seguinte comentário sobre a teoria em apreço:

"Importa acentuar a afinidade entre o Direito Econômico e as medidas de política econômica, que àquela disciplina incumbe regulamentar. Esta observação se impõe, porque a concorrência empresarial pressupõe um certo grau de liberdade, que não seria compatível com uma intervenção estatal muito abrangente e muito profunda. A média exata da atuação do Estado no domínio econômico só pode ser adequadamente aferida pela análise das políticas públicas, entre as quais se inclui a "política jurídica da concorrência".<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> *Apud* FRANCESCHINI, op. cit. p. 19.

O marco da repressão do poder econômico que norteou todas as legislações hodiernas foi o *Sherman Act*<sup>65</sup> norte-americano, datado de 1889, que visava, precipuamente, combater *trustes*.

Barral assevera que:

"duas grandes tendências influenciam as atuais legislações antitruste, classificando-as em *proibitivas* e as *restritivas*. Na primeira, de orientação norte-americana, as práticas anticoncorrenciais são *de per se* proibidas, não se admitindo qualquer ação atentatória ao livre jogo de forças no mercado. O segundo tipo de legislação visa restringir as práticas anticoncorrenciais, mas pode admiti-las em prol de outros objetivos mais relevantes. Aceita-se, por exemplo, a colaboração entre empresas que indique em evolução tecnológica. Normalmente, a licitude destas exceções é examinada por um órgão administrativo, que as registra e publiciza".<sup>66</sup>

A legislação brasileira sofreu grande influência da norte-americana, sendo aplicada ao direito antitruste brasileiro a "Regra da Razão", desenvolvida

---

<sup>65</sup> Shieber salienta que o Direito Antitruste Norte-Americano tem um duplo valor para o Brasil. O primeiro é de caráter geral, proveniente do fato de que a legislação federal norte-americana, proibindo restrições da concorrência e monopólios, data de 2 de julho de 1890, quando foi promulgado o *Sherman Act*, e que desde então esta lei foi aperfeiçoada e vigorosamente executada pelo governo do Estados Unidos da América. Nessa lei o que se visava precipuamente, era combater qualquer restrição ao comércio interestadual e, também evitar que se formassem monopólios. O segundo valor seria o nexos mais direto com a legislação brasileira, servindo como fonte para a exegese da primeira legislação antitruste brasileira. op. cit. p. 15-18. Sobre o mesmo assunto, consultem-se: BARRAL, *A concorrência e a ordem jurídica comunitária*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis, 1993, p. 64; MEIRELES, op. cit. p. 525; João Bosco Leopoldino da Fonseca, *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 8.

<sup>66</sup> *A concorrência e a ordem jurídica comunitária*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis, 1993, p. 65.

pelos tribunais daquele país, significando que os atos ou condutas previstos em lei somente serão punidos caso sejam praticados com intenção de dominação do mercado, ou seja, praticados sem ética e desarrazoadamente.

O artigo 1º do *Sherman Act* prescrevia que era ilícito "todo e qualquer contrato, combinação na forma de truste ou qualquer outra forma, ou conspiração em restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com as nações estrangeiras...".

Shieber salienta que a regra da razão originou-se de um debate sobre a interpretação dada à expressão "todo e qualquer contrato", inserida no art. 1º do *Sherman Act*, que, inicialmente, por ser literal, abrangia todos os contratos de restrição ao comércio.

Mais tarde, através do processo *Standad Oil Co of New jersey v. Unidet States*, 221 U.S. 1 (1911), a Suprema Corte Norte-Americana criou a "Regra da Razão", afastando a interpretação literal. Com efeito, foi acrescentada a palavra "desarrazoada" ao art. 1º da Lei Sherman, considerando ilícito "Todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma ou conspiração em (desarrazoada) restrição

do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com as nações estrangeiras."<sup>67</sup>

Por estas razões, os Tribunais Norte-Americanos aplicam a "Regra da Razão" nos contratos desarrazoáveis, analisando, caso a caso, o grau de razoabilidade presente nesses contratos.

Por isso, segundo Farjat, somente ocorre "abuso de poder econômico quando desarrazoados frente ao momento comercial em que são praticados, ou seja, quando exercidos aeticamente, visando a dominação do mercado com intenções monopolísticas."<sup>68</sup>

## 2.2. A REGULAMENTAÇÃO ANTITRUSTE BRASILEIRA

A primeira lei antitruste brasileira foi o Decreto-Lei n°. 869, de 18 de novembro de 1938. De natureza penal, ele foi elaborado por Nelson Hungria e inspirado no Código Penal Argentino, nas propostas da Comissão de Reforma do Direito Penal da Alemanha e na legislação e jurisprudência norte-americanas.<sup>69</sup>

Mencionado autor, ao comentar o aludido decreto,

---

<sup>67</sup> SHIEBER, op. cit., p. 72-75

<sup>68</sup> Apud BARRAL, Welber. *A concorrência e a ordem jurídica comunitária*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis, 1993, p. 67.

<sup>69</sup> Franceschini assevera que este decreto via os delitos econômicos como delitos contra o Estado. op., cit., p. 8.

“considera crime contra a economia popular todo o fato que represente um dano efetivo ou potencial ao patrimônio de um indefinido número de pessoas. As entidades criminais que ele define podem ser assim classificadas: a) monopólio; b) artifícios, fraudes e abusos contra a economia popular; c) usura (pecuniária e real)”.<sup>70</sup>

Este decreto tipificou como crimes contra a economia popular algumas práticas anticoncorrenciais.

Tendo sido editado o Decreto-Lei n. 7.666, de 28 de junho de 1945, de autoria de Agamenon Magalhães enquanto Ministro da Justiça, uma forte tendência protecionista foi implantada, a partir do momento em que se tentou imputar caráter administrativo à repressão econômica. A partir de então, as práticas anticoncorrenciais brasileiras impregnaram uma natureza administrativa.

O Decreto supramencionado fazia distinção entre atos contrários ao interesse nacional e atos nocivos ao interesse público<sup>71</sup>. Os primeiros incluíam os acordos

---

<sup>70</sup> *Dos crimes contra a economia popular*. Rio de Janeiro, 1939, p. 17.

<sup>71</sup> Diogenes Gasparini assevera que: “interesse público é o que se refere a toda a sociedade. É o interesse do todo social, da comunidade considerada por inteiro. Ao contrário do particular, é o que se assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Está, pois, adstrito a todos os fatos e a todas as coisas que se entendam de benefício comum ou para proveito geral, ou que se imponham para uma necessidade coletiva.” *Direito administrativo*. 4. ed., Saraiva: São Paulo, 1995, p. 10.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, “O interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quanto considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.” *op. cit.*, p. 59.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, salienta que este princípio está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação. *Direito administrativo*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 62.

entre empresas com o objetivo de elevar preços, restringir a concorrência ou influenciar a criação de monopólios; atos concentracionistas e retenção de estoques que pudessem resultar em preços elevados, restrição à concorrência ou criação de um monopólio e a paralisação total ou parcial de empresas que pudesse resultar em elevação de preços ou desemprego em massa. (art. 1º)

Tais atos eram considerados nocivos ao interesse público quando envolvessem indústrias bélicas, básicas, empresas editoriais e jornalísticas, de rádio ou teledifusão ou de divulgação de publicidade, ou quando deles participassem empresas estrangeiras ou qualquer empresa vinculada a trustes ou cartéis formados no exterior.

Referido decreto instituiu, ainda, o controle prévio dos atos de concentração econômica empreendidos por estabelecimentos bancários, empresas dos setores de alimentos, seguros e capitalização, de rádio, televisão e editoras, material bélico, mineração, instrumentos de trabalho, concessionárias de serviços públicos, transportes, tecidos e calçados, enfim, todos os setores considerados importantes para a economia nacional. Previu, igualmente, o controle prévio de

todos os acordos restritivos da concorrência. (art. 5º).<sup>72</sup>

Para fiscalizar, investigar e reprimir as práticas proibidas e realizar o controle prévio dos acordos e atos de concentração, foi criado o CADE - Conselho Administrativo de Defesa da Economia, sendo extinto ao final de 1945. Tal Conselho se constituía numa entidade autônoma com personalidade jurídica própria, diretamente subordinado à Presidência da República, e composto pelo Procurador-Geral da República, um Diretor Geral e representantes de alguns ministérios, classes produtoras e distribuidoras, além de um técnico de comprovada idoneidade e competência em matéria econômica. (arts. 19 e 20)<sup>73</sup>

Mais tarde, porém, Agamenon Magalhães interveio de forma decisiva para que fosse inserida no texto da

---

<sup>72</sup> “Art. 5º Os atos referidos no art. 1º serão considerados nocivos ao interesse público quando: a) envolverem indústrias bélicas, indústrias básicas, empresas editoriais, jornalísticas, de rádio e teledifusão ou de divulgação e publicidade; b) deles participarem empresas estrangeiras; c) resultarem da ação de empresas nacionais ou estrangeiras, notoriamente vinculados a coalizões, “trusts” ou cartéis, ajustados no estrangeiro.” *Legislação federal e marginália. LEX, Coletânea de Legislação, Ano IX, 1945, p. 219-225.*

<sup>73</sup> “Art. 19. A fim de dar cumprimento ao disposto neste decreto-lei fica criada a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (C. A. D. E.), órgão autônomo, com personalidade jurídica própria, diretamente subordinado ao Presidente da República. Parágrafo único. A C. A. D. E. terá sede e fôro na Capital da República e será representada, nos atos judiciais ou extrajudiciais, pelo seu Presidente.

Art. 20. A C. A. D. E. será presidida pelo Ministro da Justiça e Negócios e compor-se-á: a) do Procurador Geral da República; b) do Diretor Geral da C. A. D. E.; c) de um representante do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio; d) de um representante do Ministério da Fazenda; e) de um representante das classes produtoras e distribuidoras; f) de um técnico em economia de comprovada idoneidade e competência.”

Constituição de 1946 norma que consagrasse a liberdade do mercado contra o abuso do poder econômico, e, em 1948, apresentou um projeto de lei que não logrou qualquer êxito, terminando arquivado.

Shieber assevera que os traços mais importantes do Projeto 122-1948, encaminhado pelo Deputado Agamenon Magalhães à Câmara Federal em abril do mesmo ano, foram a definição dos abusos do poder econômico, o estabelecimento de um órgão especializado, o CADE, para administrar a lei, e a inclusão da competência do CADE ao poder de legitimar acordos em restrição da concorrência.<sup>74</sup>

Na vigência da Constituição de 1946, foram promulgadas duas leis antitruste. A primeira, datada de dezembro de 1951, foi a Lei n. 1.521, de natureza penal, que não se mostrou muito eficaz no combate à atuação sutil do poder econômico, até mesmo por uma questão cultural, pois o Brasil não tinha qualquer tradição de punir empresários.

A segunda surgiu em 1962, denominada Lei n.º 4.137, depois de uma tramitação de quase seis anos no Congresso Nacional de um antigo projeto de Agamenon Magalhães.

---

<sup>74</sup> SHIEBER, op. cit., p. 9.

Com a Constituição de 1967, através da alteração introduzida pela Emenda n.º 1 de 1969, a repressão ao abuso do poder econômico foi elevada à categoria de princípio da ordem econômica (artigo 160)<sup>75</sup>.

Uma nova formatação foi dada ao abuso do poder econômico pela Constituição de 1988, que programou a sua repressão para a lei (artigo 173, parágrafo 3º), promovendo a livre concorrência à dignidade de princípio da ordem econômica (artigo 170). Essa nova abordagem constitucional deslocou o enfoque até então dado à concorrência do campo da repressão ao estímulo à ação econômica, visando resultados vantajosos para o mercado.

Privilegiou-se, com isso, a liberdade de concorrência, que agora constitui fator determinante da política econômica na condição de princípio ideológico da ordem econômica constitucional.

Esse novo enfoque estava a reclamar modificações no regime da concorrência, sendo necessária, a par da função repressiva, uma atuação preventiva do Estado.

---

<sup>75</sup> Art. 160. A ordem econômica e social têm por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: I – liberdade de iniciativa; II – valorização do trabalho como condição da pessoa humana; III – função social da sociedade; IV – harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; V – repressão ao abuso de poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; VI – expansão das oportunidades de emprego produtivo. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, 9. ed., Brasília, 1984, p. 165.

Por outro lado, a natureza penal que se imprimiu à Lei n. 4.137/62, que em seu art. 8<sup>76</sup>, recriou o CADE, dando-lhe jurisdição sobre todo o território nacional, tornava difícil o enquadramento das variadas condutas adotadas pelos agentes econômicos à medida em que as transações comerciais em que se envolviam ganhavam maior complexidade.

A Lei n.º 8.137/90, seguida pela Lei n.º 8.158/91, ambas promulgadas com base no dispositivo encontrado no art. 173, §, 4º da Constituição Federal de 1988, antecederam a atual Lei n.º 8.884/94. O primeiro arquétipo legal, em pleno vigor, tornou novamente típicas as ações contrárias à ordem econômica, definindo os crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo. No capítulo II, estabelece as condutas que constituem infração contra a ordem econômica (art. 4)<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> “Art. 8º É criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o Território Nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta lei.” Disponível na internet [http://www.mj.gov.br/sde/dpde/leis/lei%204.137\\_62.htm](http://www.mj.gov.br/sde/dpde/leis/lei%204.137_62.htm)

<sup>77</sup> “Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante: a) ajuste ou acordo de empresas; b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos; c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas; d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas; e) cessação parcial ou total das atividades da empresa; f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente. II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle

O segundo, além de instituir normas para a defesa da concorrência, criou a Secretaria de Direito Econômico.<sup>78</sup>

A lei vigente transformou o antigo Conselho numa autarquia ao revogar as leis n.º 4.137/62 e n.º 8.158/91, fixando todas as regras para o procedimento administrativo anticoncorrencial.

Abordar-se-á, agora, os dispositivos constitucionais referentes ao controle da Ordem Econômica, bem como, a inserção destes na referida ordem.

### 2.2.1. Dispositivos Constitucionais

Até a década de 1930, prevalecia o princípio soberano da livre concorrência, devido à raridade de práticas definíveis como anticoncorrenciais.

---

regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. III - discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência; IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência; V - provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento; VI - vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência; VII - elevar, sem justa causa, os preços de bens ou serviços, valendo-se de monopólio natural ou de fato. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa." Disponível na Internet [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br).

<sup>78</sup> Disponível na Internet [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)

Barral orienta que, ao longo dos anos trinta, este princípio passou a ser questionado. Por um lado, pela indústria florescente, vítima contumaz de práticas anticoncorrenciais de setores tradicionais e de competidores estrangeiros. De outro lado, pela intervenção do Estado, que recepcionava concepções da Europa fascista.<sup>79</sup>

A Constituição de 1934 já trazia esta tendência, prevendo no art. 115 *caput* que,

“Art. 115. A ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

Washington Pelusio Albino de Souza salienta que

“Em verdade, este foi um dos períodos mais férteis da legislação econômica. Por meio de decretos-leis suficientemente fundamentados, foram lançadas as bases da passagem do Liberalismo das Cartas anteriores para o Neoliberalismo das posteriores, que, assim, se implantava no país, inicialmente com tendência estatizante e regulamentadora.”<sup>80</sup>

Na história constitucional brasileira, observa-se que ficou a cargo de lei ordinária reprimir toda e qualquer forma de abuso de poder econômico.

---

<sup>79</sup> BARRAL, Welber. *A concorrência e a ordem jurídica comunitária*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis, 1993. p. 80.

<sup>80</sup> *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTR, 1999, p. 233.

A Constituição Federal de 1937 regulava os "crimes contra a economia popular", equiparando-os aos crimes praticados contra o Estado. O art. 141 da referida Constituição estabelecia que,

"Art 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição. "

A Constituição Federal de 1946 já se preocupava com a questão do abuso do poder econômico, estabelecendo que

"Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a natureza, que tenham por fim dominar mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros."

Além de ordenar que a lei reprimisse toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, a Constituição estabelecia que a Ordem Econômica teria como supedâneo para se organizar a observância ao princípio da Justiça Social, além de conciliar a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Seguindo a tradição das anteriores, a Constituição Federal de 1967, com a redação da Emenda Constitucional

de 1969, prevê a finalidade buscada pela Ordem Econômica:

"Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

...

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros."

Pontes de Miranda, comentando o artigo referido, diz que no preceito deve ser considerado qualquer poder econômico, mesmo não se tratando de propriedade<sup>81</sup>. Desta forma, até o simples diretor, ou gerente, ou representante, ou qualquer outro empregado de uma empresa que não possua bens ou ações a ela ligados, mas que possa de alguma forma tomar decisões e atuar na sua vida econômica a ponto de abusar deles com o objetivo de dominar mercados, eliminar concorrência e aumentar, arbitrariamente, os lucros, pratica abuso do poder econômico.

Continuando, Pontes de Miranda, vendo a forma como os legisladores ordinários atacam as múltiplas formas pelas quais a livre concorrência se converte em poder

---

<sup>81</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda n.º 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 48-52.

eliminador da concorrência, afirma que o abuso de poder econômico consiste em:

"a) dominar os mercados nacionais; entenda-se: ficar em situação de poder impor preço de mão de obra, de matéria prima, ou de produto, ou de regular, a seu talante, as ofertas;

b) eliminar a concorrência; leia-se: se bem que a Constituição de 1967 seja, até certo ponto, intervencionista, mantém a convicção de que devem ser livres as ofertas e as procuras; por isso mesmo, toda ação ou série de ações que, em vez de ser para obter, lealmente, os mercados, se sirva da eliminação da concorrência, lhe parece nociva;

c) perceber lucro arbitrário. O lucro arbitrário é punível segundo a Constituição de 1967, ainda quando não caiba na punibilidade da usura ou seja figura especial, para os casos omissos ou menos caracterizados."<sup>82</sup>

A Constituição Federal atual trata, no Título VII, da Ordem Econômica e Financeira, apresentando, no Capítulo I, um rol de princípios que informam nossa ordem econômica, e no artigo 170, IV, estabelece que

"A Ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência.."

Em outra passagem, especificamente no § 4º do art. 173, a Constituição Federal se expressa no seguinte sentido:

---

<sup>82</sup> *Idem* p. 51.

"Art. 173.

§ 4º. a Lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros."

Observa-se que a Constituição atual relevou a ordem econômica, tratando da matéria em título independente, ampliando e valorizando o tratamento dado àquela ordem em relação ao adotado pelas constituições anteriores.

#### 2.2.2. A Lei n.º 8.884/94

Seguindo a determinação constitucional, editou-se a Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, regulamentando o art. 148 da Constituição Federal de 1946. Tal Lei considerava como abuso do poder econômico *"elevar sem justa causa os preços nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção"* (art. 2º, inc. II).

A Lei supradescrita criou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), um órgão fiscalizador e executor, com a tarefa de estabelecer normas de repressão ao abuso do poder econômico.

Com efeito, mencionada Lei foi revogada expressamente pela atual Lei n.º 8.884, de 11 de junho

de 1994, que regulamenta o art. 173, § 4, da Constituição Federal de 1988.

Hodiernamente, a repressão ao Abuso de Poder Econômico é regulada pela Lei n.º 8.884/94, que inseriu várias mudanças na Ordem Econômica. Deve-se chamar a atenção para o fato de que referida lei estabelece uma regulamentação de caráter administrativo, ao contrário de algumas anteriores, que tinham natureza penal.

Com o advento da Lei n.º 8.884, de 14 de junho de 1994, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) foi remodelado, ganhando autonomia e competência, sendo vinculado ao Ministério da Justiça e transformado em autarquia, apresentando como objetivo primordial garantir a liberdade de concorrência.

Especificamente no início do art. 3º, a Lei supracitada estabelece que o CADE é órgão julgante com Jurisdição em todo o Território Nacional. Neste sentido, o CADE busca disciplinar o mercado, não intervindo, mas conduzindo as relações existentes e que venham a existir dentro de certos limites, no intuito de preservar a ordem econômica e evitar os abusos contra a mesma definidos no artigo 20 da Lei 8884/94.

A Lei n.º 8.884/94, que disciplina o controle sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a

ordem econômica, transformou o CADE em autarquia. O novo mecanismo está dividido em nove títulos, dispondo no Título V, sobre as infrações contra a ordem econômica.

A finalidade da Lei n.º 8884/94, segundo o artigo 1º, é reprimir as infrações contra a ordem econômica, e é orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, sendo a coletividade a titular dos bens jurídicos por ela protegidos. Deste modo, é a preservação dos princípios constitucionais norteadores da Ordem Econômica que a lei busca proteger.

Com o advento da Lei 8.884/94, o legislador procurou estabelecer uma maior garantia à liberdade de concorrência, visando estruturar o próprio mercado.

Segundo assevera Fábio Ulhoa Coelho,

"A rigor, a legislação antitruste visa tutelar a própria estruturação do mercado. No sistema capitalista, a liberdade de iniciativa e a de competição se relacionam com aspectos fundamentais da estrutura econômica. O direito, no contexto, deve coibir as infrações contra a ordem econômica com vistas a garantir o funcionamento do livre mercado. Claro que, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, o direito da concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos

empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também sobre os dos consumidores, trabalhadores e, através da geração de riquezas e aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral."<sup>83</sup>

O objeto jurídico é a repressão às infrações econômicas, preocupando-se o legislador em garantir amplamente os preceitos constitucionais, sendo que qualquer atividade econômica deve se assentar nesses preceitos.

O Título V (Das infrações da ordem econômica), está dividido em três capítulos. O primeiro trata das disposições gerais (art. 15-19); o segundo das infrações (art. 20 e 21) e o terceiro versa sobre as penas (art. 23-27).

Nas disposições gerais, encontram-se os sujeitos ativos das ações previstas na Lei que podem sofrer as sanções nela estabelecidas.

O artigo 15 afirma que a Lei é aplicada às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem responsabilidade jurídica,

---

<sup>83</sup> *Direito antitruste brasileiro: comentários à lei n. 8.884/94.* São Paulo: Saraiva, 1995, p. 5.

mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Observa-se que a Lei deve ser aplicada mesmo em se tratando de monopólio legal (art. 15), sendo que caracterizado o abuso de poder econômico por determinada conduta de determinada empresa, como por exemplo elevação arbitrária dos lucros (art. 20, inc. III), esta deve ser punida. Infere-se o alargamento dado pelo legislador, que considera sujeito ativo qualquer pessoa física ou jurídica que exerce atividade econômica de acordo ou contra a Lei.

Outrossim, o art. 2º estabelece o âmbito de aplicação da Lei, prevendo duas hipóteses em que a mesma pode ser aplicada: a primeira, quando a infração é praticada no todo ou em parte no território nacional; a segunda, que a infração produza ou possa produzir efeitos no Brasil, ainda que parcialmente.

Outro ponto importante é aquele pertinente à responsabilidade solidária prevista na Lei, que considera a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente. (art. 16). A Lei em exame consagrou expressamente a responsabilidade objetiva da empresa em sua atuação no mercado, não se

cogitando analisar o elemento subjetivo da conduta do agente econômico, se agiu ou não com culpa.

Neste ponto, ela inova a responsabilidade objetiva à empresa uma revolução, mais acentuada após o reconhecimento pelo Código do Consumidor da responsabilidade objetiva nas relações do consumo através do produto ou do serviço. Assim, a conduta da empresa no mercado se caracteriza pela objetividade, impessoalidade e racionalidade, e não por critérios subjetivos.

Com efeito, a concorrência constitui fator preponderante na atuação do agente econômico, prevalecendo no mercado a racionalidade das decisões econômicas, que são avaliadas de forma implacável pelo embate entre a oferta e procura.

No jogo da concorrência, todos os competidores conhecem perfeitamente as regras e dominam o campo da disputa. A empresa tudo fará, e bem sabe o que faz, para obter lucro máximo; empreenderá ações próprias de competidora para ganhar a preferência do consumidor, vencendo o concorrente.

A empresa não toma decisões conforme critérios éticos, e sim econômicos, racionais; não se deixa governar pela vontade dos acionistas, mas pela ética de

seus dirigentes; não tem intenções, mas um objetivo único, qual seja, a maior diferença possível entre os custos totais e a receita total, o lucro. Suas relações se desenvolvem no mercado da maneira mais impessoal possível; suas ações envolvem risco e sua recompensa será tanto maior quanto mais alto for o risco em que tenha incorrido.

São caracterizados como infração os atos sob qualquer forma manifestado, que tenham por objeto ou possam produzir efeitos anticoncorrenciais.

Esses atos se consubstanciam em condutas horizontais e verticais. As primeiras são praticadas entre concorrentes, como é o caso do cartel, ou contra concorrentes.

As práticas verticais, por seu turno, afetam agentes econômicos que atuam em diferentes estágios da produção. É o caso, por exemplo, de uma prática que envolva um produtor e seu fornecedor.

Exemplificando, imagine num mercado de grandes unidades produtivas, três empresas de pequeno porte se associam para traçar uma estratégia comum de venda de seus produtos, não resultando dessa união uma participação agregada capaz de ameaçar a posição das demais concorrentes. Essa associação não terá um objeto

anticoncorrencial, porque isoladamente não traz qualquer dano potencial ao mercado. Pelo contrário, referida prática é favorável a concorrência, porque as empresas associadas buscam se tornar mais competitivas em um mercado dominado por grandes empresas, no qual dispõem de um pequeno espaço. Dessa união resultará para o mercado uma maior eficácia na atividade concorrencial.

Portanto, caso a conduta se subsuma ao tipo previsto na Lei, esta alargou o meio de a autoridade coibir o abuso ao poder econômico, punindo tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, individual ou conjuntamente.

As infrações contra a ordem econômica estão previstas no art. 20 da Lei n.º 8.884/94, com a seguinte redação:

Art. 20: Constituem infração contra a ordem econômica, independentemente de culpa os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados :

I - limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Da leitura do dispositivo, observa-se que o caput é ampliativo, o que não quer dizer que os tipos são abertos. Observa-se ainda que quatro formas de abuso de poder econômico estão previstas no artigo supracitado.

A primeira seria limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa. Limitar seria impedir que outras empresas tenham acesso a atividade que está sendo produzida. Falsear seria camuflar a prática que restringe a concorrência ou livre iniciativa, com contratos com aparente legalidade. Prejudicar seria incorrer em qualquer prática empresarial atentatória às estruturas do mercado, mesmo que não limitativas e falseadoras dessas estruturas.<sup>84</sup>

A segunda forma de abuso de poder econômico seria dominar mercado relevante de bens ou serviços. Mercado relevante é determinado setor de mercado onde serão analisadas as condutas das empresas na disputa desse mercado.

---

<sup>84</sup> COELHO, op., cit. p. 56.

Apesar do inciso falar em dominação de mercado relevante, somente a dominação abusiva é que será considerada infração, e não a dominação, que, isolada, não pode ser considerada como uma infração contra a ordem econômica. Portanto, somente quando a dominação é alcançada através de condutas abusivas considerar-se-á praticada infração à ordem econômica, cabendo ao CADE analisar qual o mercado relevante conforme cada caso e verificar a ocorrência da abusividade na dominação.

A terceira forma de abuso do poder econômico seria aumentar arbitrariamente os lucros. O que o legislador buscar repreender não é a busca pelo aumento do lucro, e sim o meio utilizado para aferição e percepção deste aumento, que deve ser justificável e condizente com a livre concorrência. Assim, só pode ser considerada tal infração quando verificado que a aferição do lucro foi arbitrária.

A quarta forma de abuso de poder econômico seria exercer de forma abusiva posição dominante. Neste caso, o legislador estabelece o que vem a ser a posição dominante de uma empresa no mercado ao afirmar no § 2º do art. 20 que

Art. 20...

§ 2°. Ocorre posição dominante quando a empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa;

E ainda,

§ 3° A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

Portanto, o que o legislador procura coibir não é a posição dominante isolada, e sim quando esta posição não decorre da eficiência do mercado, desvirtuada, sendo abusivo o exercício de posição dominante quando o agente praticar condutas lesivas ao mercado, na forma do art. 21 ou nas hipóteses previstas no próprio art. 20.

O legislador estabelece a chamada responsabilidade objetiva, independente de culpa, ou seja, basta que a conduta do agente produza os efeitos elencados no artigo mencionada. O que a Lei procura combater é a conduta, ainda que os efeitos não sejam alcançados pelo ato praticado pelo agente, sempre em consonância com o prescrito pelo art. 20, I a IV, da Lei n.º 8.884/94.

A Lei é rigorosa, sendo o ilícito de mera conduta, e praticada uma conduta que vise dominar mercado relevante de bens ou serviços, o ilícito estará configurado, independentemente dos efeitos. Todavia, para constituir infração contra a ordem econômica, as condutas devem estar tipificadas na lei, sendo consideradas aquelas sob qualquer forma manifestadas.

Na apuração das infrações conta a ordem econômica é levado em conta a capacidade das condutas praticadas pelos agentes de gerar uma das conseqüências apontadas pelos quatro incisos do art. 20, não se considerando as condutas em si como no Direito Penal.

Apesar da aparente generalidade prevista no *caput* do artigo 20 da Lei, as condutas só terão relevância se ali subsumidas. Com efeito, o art. 2º estabelece o âmbito de aplicação da Lei, prevendo duas hipóteses em que a mesma pode ser aplicada: na primeira, quando a infração é praticada no todo ou em parte no território nacional; na segunda, que a infração produza ou possa produzir efeitos no Brasil, ainda que parcialmente.

Prova disso é o que estabelece o artigo 21, que traz um rol exemplificativo de uma série de condutas que, quando praticadas, caracterizam infrações contra a ordem econômica na medida em que configurarem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos.

Portanto, há que se fazer uma conjugação entre as infrações previstas no art. 20 e seus incisos com o rol do art. 21. Assim, a conduta prevista no art. 21 só será caracterizada como infração contra a ordem econômica se se subsumir em uma das hipóteses previstas nos incisos do art. 20.

O art. 21 estabelece que

"Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração contra a ordem econômica."

Ao analisar as infrações elencadas no art. 21 da Lei n.º 8.884/94, deve-se observar se a prática apontada como ilícita é contrária à concorrência e se a conduta tem por fim dominar mercado, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros do agente, tudo na forma disposta no art. 20, itens I a IV, ainda que os objetivos não tenham sido alcançados.

Assim, se forem praticadas condutas contrárias à competição e à livre concorrência no território nacional, ou que nele produzam efeitos, deve-se aplicar a legislação antitruste para reprimi-las, regulando, conseqüentemente, o mercado.

### 3. JURISDIÇÃO DO CADE

#### 3.1. JURISDIÇÃO: CONCEITO E OBJETIVOS

##### 3.1.1 Conceito

Nos primórdios da humanidade, os homens resolviam seus conflitos e insatisfações utilizando-se da força e da violência, e o mais forte obtinha vantagem sobre o mais fraco. Esse regime aleatório onde uma pessoa impõe sua vontade em detrimento de outra chamava-se autotutela. Verificando esta disparidade no decorrer dos tempos, o Estado sentiu a necessidade de albergar para si a solução para os conflitos e superação das antinomias que surgissem, utilizando o critério justo conforme a época.

O fenômeno da institucionalização do poder tem lugar cativo no estudo da jurisdição. À medida em que o poder de executar o direito se transmite do

particular para o Estado, ele se desprende da figura pessoal, tornando-se estável.

Com efeito, no litígio os juízes substituem as partes, a quem desde então não mais é permitido fazer justiça com as próprias mãos, pois o juiz figura como representante do Estado na contenda. Resta às partes, doravante, a possibilidade de fazer agir, isto é, provocar o Estado (juiz) a exercer a função jurisdicional, manifestando-se sobre aquele conflito e oferecendo uma solução para dirimi-lo.

Saliente-se que o poder não reside na pessoa física do juiz, individualmente considerado, mas no órgão estatal de jurisdição, inserido numa dimensão maior do próprio poder estatal.

Ressalte-se, por oportuno, que a autocomposição perdura até os dias atuais porque não constitui ofensa ao monopólio estatal da jurisdição. Ao contrário, em determinadas situações chega a ser desejável que as partes envolvidas no litígio se manifestem no sentido de abdicar ou transigir em seus interesses. Esta é uma tendência crescente no sistema processual, como se observa com a proliferação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Anotam Cintra, Grinover e Dinamarco que

“apesar da enérgica repulsa à autotutela como meio

ordinário para a satisfação de pretensões em benefício do mais forte ou mais astuto, para certos casos excepcionalíssimos a própria lei abre exceções à proibição. Constituem exemplos o direito de retenção (CC, arts. 51, 772, 1199, 1279, etc.), o 'desforço imediato' (CC, art.502), o penhor legal (CC, art. 776), o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (CC, art. 558), a auto-executoriedade das decisões administrativas".<sup>85</sup>

Etimologicamente, jurisdição deriva do latim *jurisdictio* (ação de administrar a justiça, judicatura), formado, como se vê, das expressões *judicare*, *juris dictio*, sendo usado precisamente para designar as atribuições especiais conferidas aos magistrados, encarregados de administrar a justiça<sup>86</sup>.

Genericamente, poder-se-ia dizer que o termo jurisdição se relaciona com o exercício de uma autoridade, qualquer que seja sua espécie e natureza, em uma determinada área de atuação.

Sob o aspecto etimológico, é fácil compreender o significado da palavra jurisdição, gerando dúvidas o alcance da real acepção deste instituto que constitui um dos pilares do direito processual civil.

---

<sup>85</sup> CINTRA, Antonio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo* 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 31-32.

<sup>86</sup> De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998, p. 466.

Na clássica definição de Giuseppe Chiovenda, jurisdição é considerada "a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela autoridade de órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva."<sup>87</sup>

A definição instaurada por Chiovenda traz a idéia de substituição e da caracterização da jurisdição como uma função privativa do Estado, decorrente da sua soberania, ao lado das funções legislativa e executiva. Outro traço desta teoria seria a secundariedade, ou seja, o fato de ser sempre uma atividade secundária em relação às partes, que já deviam tê-la realizado espontaneamente.

Leonardo Arquimimo de Carvalho, com lastro em Olvídio Batista, assevera que

"As críticas mais severas feitas à doutrina de Chiovenda centram-se na idéia deste de considerar a função de legislar e aplicar o direito como sendo antagônicas, considerando o ordenamento jurídico um dado prévio, restando ao juiz a pura aplicação da lei ao caso concreto; modernamente, considera-se atividade de aplicação da lei como de função criadora, em face do caráter abstrato do preceito legal em sua formulação genérica. Recebeu também críticas no que tange à consideração de que a atividade específica da jurisdição seria a da realização ou aplicação do direito. Também particulares e demais poderes estatais desenvolvem atividade realizadora no ordenamento jurídico; se a função do Poder Judiciário fosse a de realizar o ordenamento jurídico, não se compreenderia que sua atividade necessidade sempre de

---

<sup>87</sup> *Instituições de direito processual civil*. V. II, 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 8.

um impulso inicial dos particulares, pois não seria compreensível que o Estado organizasse um Poder especial com a função de realizar o direito objetivo e confiasse aos particulares a faculdade de fazê-lo atuar.”<sup>88</sup>

O Professor Enrico Túlio Liebman tece os seguintes comentários sobre o conceito de Jurisdição

“Muitas são as definições que tem sido dadas à jurisdição, mas lembremos apenas duas delas, as mais importantes, que constituíram o tecido dialético do debate científico na Itália por muitas décadas. A primeira dela define a jurisdição como a atuação da vontade concreta da lei mediante substituição, da atividade alheia pela de órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetiva na prática (Chiovenda). Nessa definição está esculpida a relação entre a lei e a jurisdição; e, com a idéia de substituição torna-se evidente o fato de que o Juiz é chamado a manifestar-se quando faltou da parte de alguém a observância do que a lei dispõe.

Já a segunda prefere ver na jurisdição a justa composição de lides (Carnelutti), entendendo por lide qualquer conflito de interesses regulados pelo direito, e por justa a composição feita nos termos deste.”<sup>89</sup>

Para Allorio a essência do ato jurisdicional está na aptidão de produzir a coisa julgada<sup>90</sup>.

José Frederico Marques assevera que

“os órgãos da administração pública que funcionam com atribuições julgadoras, mormente na esfera da atividade financeira e tributária do Estado, estão investidos tão-só de poderes quase-jurisdicionais. Suas decisões podem ser objeto de novo exame pelo Judiciário, em virtude do que dispõe o art. 141 § 4 da CF. Falta-lhes o que no direito

---

<sup>88</sup> *Competência internacional do direito antitruste brasileiro: um enfoque a partir da ficção da extraterritorialidade – considerações para construção da cooperação internacional em matéria antitruste*. Tese de Mestrado, Florianópolis, 2000, p. 15.

<sup>89</sup> *Manual de direito processual civil*. Trad. de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I, p. 6-7.

<sup>90</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de direito processual civil*. V. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 20-21.

americano se denomina de *final enforcing power*, que é privativo do Judiciário. Só este, numa lide ou situação contenciosa, diz a última palavra, ou profere decisão definitiva porque apenas a magistratura tem, em sua plenitude, o poder de julgar e tornar efetiva a vontade concreta da lei."<sup>91</sup>

Carnelutti, prefere ver na jurisdição a justa composição de lide, pressupondo a jurisdição qualquer conflitos de interesses regulados pelo direito.

"O vício da doutrina carnelutiana reside em procurar definir o ato jurisdicional indicando não o que ela é, mas aquilo a que ele serve. A Jurisdição é uma das funções decorrentes da atividade executiva do poder judiciário e do poder executivo propriamente dito. Ambas procuram, de modo geral, elaborar norma com caráter individual ou individualizar a norma."<sup>92</sup>

Além de ser uma função do Estado, a jurisdição é ao mesmo tempo poder e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. Como atividade, ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe compete. O poder, a

---

<sup>91</sup> *Instituições de direito processual civil*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 262-263.

<sup>92</sup> CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. *Idem*, p. 16.

função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado.<sup>93</sup>

A jurisdição é um dos pilares do direito processual, sendo o meio pelo qual o Estado manifesta o seu interesse na integridade do ordenamento jurídico. Os outros pilares são a ação e defesa, que constituem manifestações dos destinatários da norma de direito material e de provocação da atividade jurisdicional estatal, e o processo, que é o instrumento que possibilitará a formulação da regra jurídica para o caso concreto, como consequência do debate desenvolvido pelas partes e coordenada pelo juiz.

Mais uma vez, reporta-se as idéias de Leonardo Arquimimo de Carvalho,

“À guisa de ilustração, cabe ainda trazer à lume Dinamarco, que atribui grande importância ou preponderância metodológica à jurisdição – ao invés de preferir a ação ou o processo -; este comportamento decorre da preconizada visão publicista do sistema, ou seja, a jurisdição é entendida como um instrumento do Estado, usado para o cumprimento de seus objetivos. Dinamarco lembra em suas conclusões que a jurisdição não é um poder, mas uma das expressões do poder estatal que é uno. Consequentemente, não se justificaria a busca obstinada de diferenças substanciais entre ela e as outras manifestações desse poder – administração, legislação -; as diferenças são funcionais e metodologicamente é muito mais útil à essência do conceito de poder e aos desdobramentos que daí decorrem, “[o] que distingue a jurisdição está nas suas características externas, representadas pelos objetivos em razão dos quais é exercida e pelo seu exercício sempre ligado a casos concretos: tal é a “perspectiva funcional da

---

<sup>93</sup> CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER. *op. cit.*, p. 129

jurisdição”.

Ao cabo, a dedução de que a jurisdição é o poder, função, atividade, praticada pela autoridade estatal, em substituição às partes, na condição de terceiro imparcial aplicando a lei ao caso concreto. ”<sup>94</sup>

Portanto, poder-se-ia afirmar que a Jurisdição pode ser exercida por outros órgãos, mormente quando revestidos de função judicante.

### 3.1.2. Classificação da Jurisdição

A jurisdição, se entendida como fenômeno do exercício da Soberania Estatal, é considerada como uma e homogênea. A contrario *sensu*, dependendo da natureza litígios que permeiam os dias hodiernos, é possível apresentar algumas classificações.

Nesse sentido, poder-se-ia classificar a jurisdição como sendo contenciosa ou voluntária, criminal ou civil, e comum e especiais

#### a) Jurisdição contenciosa e voluntária

A jurisdição contenciosa é caracterizada pelo poder que o Estado albergou para si, visando solucionar os conflitos de interesses, buscando reestabelecer a ordem social.

---

<sup>94</sup> op. cit., p. 17-18.

Nesse sentido, a jurisdição contenciosa está impregnada pelo seu conceito tradicional, tendo como pressuposto a solução de um litígio ou uma lide.

Já a jurisdição voluntária, como o próprio nome orienta, é caracterizada pela tutela pública dos interesses privados. Ao contrário do caráter da contenciosa, a jurisdição voluntária, conforme manifestação de José Frederico Marques, apresenta os seguintes elementos fundamentais:

*"a) como função estatal, tem natureza administrativa, sob o aspecto material, e é ato judiciário, no plano subjetivo-orgânico; b) em relação às finalidades, é função preventiva e também construtiva."*<sup>95</sup>

Portanto, o pressuposto caracterizador da jurisdição voluntária é um negócio ou ato jurídico, onde o juiz não pratica uma atividade substitutiva, apenas homologa, autoriza ou aprova a realização do negócio ou ato jurídico praticado.

#### b) Jurisdição Civil e Penal

Neste tópico, limita-se a tecer onde se insere a distinção entre referidas jurisdições, reportando-se à oportuna manifestação de José Frederico Marques: *"Jurisdição penal e civil distinguem-se uma da outra*

*apenas ratione materiae, visto que, funcional e estruturalmente, são em tudo idênticas.*"<sup>96</sup>

Assim, o ponto nodal da jurisdição penal está na aplicação de sanções deste natureza, enquanto que a jurisdição civil, ao contrário, visa tutelar, resguardar e assegurar direitos ameaçados ou violados de natureza não penal.

### c) Jurisdição Comum e Especial

Para efeito deste estudo, é oportuno fazer uma digressão sobre a classificação da jurisdição em comum ou ordinária, que pode ser estadual ou federal, e a jurisdição especial, identificada na jurisdição trabalhista, militar e eleitoral.

Para proceder à identificação das jurisdições especiais, faz-se necessário recorrer à Constituição da República e, por exclusão, o que não estiver condensado nas jurisdições especiais será comum.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> op. cit., p. 82-83.

<sup>96</sup> MARQUES, Idem., p. 71.

<sup>97</sup> A Constituição Federal trata no título IV da Organização dos Poderes, estabelecendo nos artigos 114, 121 e 124, a competência da justiça do trabalho, dos tribunais e juízes eleitorais e dos tribunais e juízes militares, respectivamente.

### 3.1.3. Objetivos

No aspecto social, a jurisdição tem por escopo a pacificação através da solução dos conflitos. Os conflitos são trazidos à apreciação do Estado (juiz) no objetivo de encontrar pronta e imediata resolução. A incerteza de determinadas situações conflitivas, onde o direito aplicável é desconhecido ou sua titularidade é disputada entre os envolvidos, gera um clima de tensão e ansiedade no meio social.

Em seu objetivo político, a jurisdição tem por fim fazer valer a imposição da vontade do Estado e de suas decisões. Num Estado Democrático de Direito, cumpre seja garantida a participação democrática da sociedade no exercício desse poder político. Isso quer dizer que o exercício da jurisdição atenda, em última análise, aos anseios da sociedade.

Em sua dimensão estritamente jurídica, a jurisdição tem por escopo determinar o direito a ser observado, fazendo atuar concretamente o direito em última instância.

Sobre os objetivos buscados pela jurisdição estatal, veja a seguinte passagem de Cintra, Grinover e Dinamarco:

"A afirmação de que através da jurisdição o estado procura a realização do direito

material (escopo jurídico do processo), sendo muito pobre em si mesma, há de coordenar-se com a idéia superior de que os objetivos buscados são, antes de mais nada, objetivos sociais: trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado. O mais elevado interesse que se satisfaz através do exercício da jurisdição é, pois, o interesse da própria sociedade (ou seja, do Estado enquanto comunidade)."<sup>98</sup>

No caso do CADE, a Lei 8.884/94, ao afirmar que se trata de órgão judicante com atividade em todo o território nacional, observou que aquele órgão é preparado e apto para solucionar as infrações à ordem econômica, visto que totalmente independente e formado por profissionais qualificados, atendendo, por conseguinte, o interesse da sociedade.

Sobre o conceito tradicional do monopólio da Jurisdição, veja a crítica de José de Albuquerque Rocha:

“as objeções essenciais que podemos fazer a esse modo de conceituar a jurisdição são as seguintes: 1) a solução de conflitos não é privativa da jurisdição como demonstram os conflitos decididos pela administração; 2) nem toda atividade jurisdicional apresenta-se como de solução de conflitos. Sirva de exemplo a chamada jurisdição voluntária e, sob certo aspecto, a jurisdição constitucional”.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER. *op. cit.*, p. 127.

<sup>99</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 14-21.

Todavia, para efeito desse estudo, é importante lembrar a clássica colocação de Calamandrei, ao enfatizar e defender o caráter mutável do conceito de jurisdição nas sociedades complexas, variando segundo o processualista italiano devido a dois fatores: o tempo e o espaço.

Avançando, Calamandrei assevera que, quanto ao tempo, há que se examinar o contexto histórico e político no qual se insere o instituto, restando perquirir, acerca do espaço, sobre todo o feixe de valorações culturais de determinada região em um determinado momento. Nota-se a importância da conjugação simultânea dos fatores tempo e espaço para determinar o perfil do conceito de jurisdição.

Ademais, existem exceções previstas na própria Constituição, que atribui competência ao Senado Federal para julgar os crimes de responsabilidade. (artigo 52, I e LI da Constituição Federal).

Fora do âmbito constitucional, poder-se-ia citar o Tribunal Marítimo e a Tribunal de Arbitragem.

Na realidade, o porque da competência extraordinária atribuída aqueles órgão, cinge-se no fato de que eles estão mais aptos, para analisar o tipo de questão que lhes são submetidas.

No caso do Tribunal de Arbitragem, Barral, em excelente artigo, é incisivo ao propalar as vantagens da Composição através da Arbitragem, espancando quaisquer dúvidas sobre a sua constitucionalidade.<sup>100</sup>

A lei 9.307/96, que dispõe sobre a Arbitragem, revitaliza este instituto, apresentando uma alternativa ímpar para a solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, constituindo uma forma célere de mediação e solução dos conflitos.

Sobre o tema Anonni, salienta que:

“A arbitragem configurou-se, dentro da nova legislação, como jurisdição independente do poder judiciário, com poder decisivos comparáveis a este, não precisando mais, como dispunha os antigos dispositivos a respeito, que as decisões sejam homologadas pelo juiz, de tal forma que a demanda, ao Judiciário, de conflito cuja competência é do juiz arbitral, enseja a extinção do processo sem julgamento de mérito.”<sup>101</sup>

Sobre os problemas advindos da homologação, Vizeu Gil adverte que:

“No Brasil, não obstante o convencimento bastante generalizado acerca da lentidão da máquina judiciária e da duvidosa capacitação técnica de alguns magistrados, o juízo arbitral permanece desprestigiado exatamente pelo receio de que a solução do dissídio não vai se esquivar nem da morosidade costumeira de nossa justiça comum nem das surpresas e reviravoltas que ali ainda podem ocorrer na fase homologatória do julgado”<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> *A arbitragem e seus mitos. Revista da Escola Paulista da Magistratura, Ano 2, 1998, p. 143-155.*

<sup>101</sup> *Op. cit. p. 7.*

<sup>102</sup> *Apud BARRAL, Idem., p. 147.*

Nesse sentido, a Lei de arbitragem veio para contribuir para eliminar a crise do Poder Judiciário<sup>103</sup>, subtraindo deste as causas de menor complexidade, que envolvem direitos disponíveis, especialmente os patrimoniais.

Outrossim, o art. 18 da Lei 9.307/96 estabelece que: "O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário."

Isto não significa que os atos praticados pelo árbitro sejam definitivos. Isto porque a própria Lei assevera que referida sentença comporta a correção de erro material e pedido de esclarecimento (art. 30). E sua nulidade pode ser alegada em ação direta (art. 33, "caput") ou em embargos à execução (art. 33 § 3º).<sup>104</sup>

Nelson Nery Jr., comentando sobre a convenção de arbitragem, admoesta que:

"art. 301. "Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

---

<sup>103</sup> Este tópico será analisado de forma pormenorizada mais adiante.

<sup>104</sup> "Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I – corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II – esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos neste lei. § 3º A declaração da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial."

(...)

IX - convenção de arbitragem;

(...)

13. Convenção de arbitragem. A convenção de arbitragem é o conjunto formado pela cláusula compromissória e pelo compromisso arbitral (Lei da Arbitragem, art. 3;). A simples existência de cláusula compromissória pode ensejar a arguição da preliminar. O réu pode alegar que a demanda não pode ser submetida ao juízo estatal, quer diante apenas da cláusula ou do compromisso, quer esteja em curso o procedimento arbitral. A consequência do acolhimento desta preliminar é a extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC 267, VII), já que a lide será julgada pelo árbitro, isto é, pelo juízo não estatal. (...)" <sup>105</sup>

O art. 31 da lei estabelece que: "A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo".

Conforme Anonni,

"Esta prática tão eficiente, há muito adotada pelos países de primeiro mundo, de um equivalente jurisdicional, correspondente a um substitutivo negocial, que atua no lugar da jurisdição (tal como ocorre com a transação), apresenta-se, à luz do novo milênio, como uma das alternativas possíveis, não só para o desafogamento do Poder Judiciário, mas também, para o repensar de um novo conceito de jurisdição. "<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> NERY Jr. Nelson & Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação civil processual em vigor*; 3. ed., atual. até 01.08.97, rev. e ampl., São Paulo: RT, 1997, pp. 579-581.

<sup>106</sup> Op. cit., p. 10.

Nesse sentido a Arbitragem agilizará o acesso à justiça, constituindo um marco na celeridade das soluções dos litígios envolvendo causas menos complexas, que versam sobre direitos disponíveis, contribuindo, desta forma, para amenizar a crise do Poder Judiciário

Para concluir este tópico, recorda-se a seguinte lição de Barral:

“Na realidade, a arbitragem é um instrumento para difundir o acesso à justiça. Seu caráter, positivo ou negativo, não lhe é intrínseco, mas dependerá da utilização – mais ou menos séria, mais ou menos preconceituosa – que lhe for dada no Brasil.

Não que esse processo seja reversível. Ao contrário, a criação de empecilhos à arbitragem, pelo Judiciário, somente servirá para que mais empresas resolvam seus litígios em foros arbitrais no exterior (recorde-se que a validade dessas sentenças estrangeiras estará garantida pelas convenções internacionais e pelas regras de competência do CPC, arts. 88-90). O prejuízo será da sociedade (que perderá um meio alternativo de solução de litígios, com as vantagens a ele inerentes), do meio empresarial (que terá custos majorados), dos advogados (uma vez reduzido seu campo de atuação) e do próprio Judiciário (que perderá a oportunidade de desafogar o acúmulo de processos, com a conseqüente perda de legitimidade).”<sup>107</sup>

Poder-se-ia citar ainda o caso do CADE, que é um órgão judicante, com jurisdição em todo o território nacional e dentre suas funções está a apreciação das infrações contra a ordem econômica, sendo seus

---

<sup>107</sup> *A arbitragem e seus mitos*. Revista da Escola Paulista da Magistratura, Ano 2, 1998, p. 153-154.

conselheiros e Presidente totalmente independentes em suas decisões, de modo que é defesa a eles exercer várias atividades, conforme art. 6º da Lei 8.884/94<sup>108</sup>.

Neste sentido a Lei 8884/94, emerge atribuindo ao CADE jurisdição em todo o território nacional, por observar que somente um órgão adaptado às realidade do mercado seria capaz de traçar os rumos da política nele inserida, decidindo e analisando suas relações, com o escopo de manter a ordem.

### 3.2 - Competência Administrativa - Atividade Vinculada

#### 3.2. Competência - Aspectos Gerais

A idéia de Competência está ligada à capacidade, ou seja, à qualidade de quem é capaz de apreciar certos assuntos, sendo diferente de Jurisdição na medida em que esta pressupõe atividade, função e poder, ou seja, aplicar a lei aos casos concretos.

A competência pode ser jurisdicional, legislativa e administrativa.

---

<sup>108</sup> “Art. 6º Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado: I – receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto de honorário percentagens ou custas; II – exercer profissão liberal; III – participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie; IV – emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa; V – manifestar, por qualquer meio de comunicação opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério; VI – exercer atividade político-partidária.”

### 3.2.1. Competência Jurisdicional

Competência jurisdicional é aquela caracterizada pelo prefixação legal das atribuições dos órgãos jurisdicionais, ou seja os limites legais que limitam o exercício da jurisdição.

José Frederico Marques assevera que a competência "é a medida da jurisdição, uma vez que determina a esfera de atribuições dos órgão que exercem funções jurisdicionais".<sup>109</sup> Sobre este enfoque, a competência funciona como uma limitação da jurisdição, ou seja, seria a delimitação da jurisdição.

Dentro da competência jurisdicional, a doutrina estabelece a competência geral ou externa e a competência interna ou especial.<sup>110</sup>

Sobre os critérios determinativos da competência, a processualística brasileira diverge, dificultando a compreensão da matéria. Interessante é realçar neste mister a condensação feita por Moacir Amaral Santos:

---

<sup>109</sup> *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. I, p. 196.

<sup>110</sup> O art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro estabelece: "Art. 12 – É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação. § 1º - Só à autoridade brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil." Sobre este mister conferir DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil interpretada*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 305-319.

“a) O Código de Processo Civil não estabelece quais os critérios que adotou para classificar as diferentes espécies de *competência interna* (Cap. III, Tít. IV, Liv. I). Depois de separá-la da *competência internacional* (Liv. I, Tít. IV, Cap. II), distingue na *interna* as competências: a) em razão do valor; b) em razão da matéria (arts. 91 e 92); c) funcional (art. 93); d) territorial (arts. 94 a 101).

b) Os antigos praxistas distribuíam a competência conforme três critérios: em razão da matéria (*ratione materiae*), em razão das pessoas (*ratione personae*) e em razão do lugar (*ratione loci*). Pelo primeiro critério, determinava-se a competência pela natureza ou pelo objeto da lide; pelo segundo, conforme a condição das pessoas em lide; pelo terceiro, tendo em atenção a posição territorial dos juízes ou das partes;

c) CARNELUTTI, seguido, dentre outros, por FREDERICO MARQUES, nas suas *Instituições de Direito Processual Civil*, criou sistema partindo da distribuição de trabalho do poder jurisdicional visto sob dois aspectos: a função a se desenvolver pelos juízes (*competência funcional*) e a matéria sobre a qual a função deve atuar (*competência material*). Atendendo às relações entre os órgãos jurisdicionais, traça o que chama de *competência externa*, conforme a qual se fixa o *juízo competente*; considerando os juízes que o compõem, delimita a *competência interna*, pela qual se fixa o *juiz competente*.

d) JOÃO MENDES JÚNIOR divide a competência em razão das atribuições dos juízes (*competência dos juízes*) e em razão do exercício das funções judiciárias (*competência do foro*).

A primeira se funda na qualidade e quantidade das atribuições dos órgãos judiciários e dividi-se em *absoluta* e *relativa*: a) a *absoluta*, também chamada *real*, ou de *atribuições*, se estabelece em razão da natureza ou do valor das causas; b) a *relativa*, também chamada *territorial*, tem em vista os limites da circunscrição territorial dentro da qual o juiz exerce as suas funções.

Por sua vez, a *competência* de foro divide-se em *geral* e *especial*: a) a *competência geral* é a determinada pelo *domicílio*; b) a *competência especial* se estabelece em razão das pessoas, ou em razão das coisas, ou em razão dos fatos.

A lição de JOÃO MENDES JÚNIOR angariou inúmeros seguidores, dentre eles GABRIEL DE REZENDE FILHO, que claramente a expõe e aplica ao direito regulado pelo Código de Processo Civil de 1939.

e) Aos sistemas exposto preferimos o defendido por CHIOVENDA, e que é igualmente adotado por BETTI e REDENTI, na Itália, GOLDSCHIMIDT, KISCH, SCHÖNKE, ROSENBERG, na Alemanha, conforme o qual, considerados os elementos suscetíveis de determinar a competência, os reúne pelas suas afinidades, segundo três critérios: o *objetivo*, o *territorial* e o *funcional*.<sup>111</sup>

Verificada a existência de diversas posições concernentes aos critérios que determinam a competência judiciária, segue o mencionado autor a utilizar-se dos critérios objetivo, territorial e funcional para determinar e distribuir referida competência.

### 3.2.2. Competência Legislativa

Esta competência é conferida ao Poder Legislativo, a quem compete a função legislativa, sendo delineada através de matérias de predominante interesse geral nacional (competência da União), de interesse regional (competência do Estados) e de predominante interesse local (competência do Município)<sup>112</sup>.

Celso Ribeiro Bastos, comentando sobre a função legislativa assevera, que

---

<sup>111</sup> *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1998, p. 201-202.

<sup>112</sup> SILVA, op. cit. p. 52-53

“A função legislativa consiste em estabelecer as normas gerais e abstratas que regem a vida em sociedade. É dizer, não são comandos concretos voltados para pessoas determinadas mas uma manifestação de vontade a ser feita valor toda vez que ocorrer um fato descrito na norma.”<sup>113</sup>

No Estado hodierno, é difícil estabelecer os critérios para repartir a competência, mormente para definir o significado de interesse geral nacional, interesse regional e interesse local.

Sob este aspecto, o constitucionalista José Afonso da Silva diz o seguinte:

“À vista dessa dificuldade é que o federalismo de hoje começa a utilizar outros princípios para a repartição da competência, atribuindo-se à União a legislação de normas gerais (legislação de princípios ou principiológica), reservando-se aos Estados a legislação supletiva ou complementar (legislação de pormenores que preenchem as lacunas ou desenvolvam os princípios gerais da legislação federal...)

Os Municípios regulam a matéria de sua competência (assuntos de peculiar interesse municipal) por meio de legislação própria, estabelecida pela Câmara Municipal, que é órgão do poder legislativo.”<sup>114</sup>

Após esse posicionamento, apresenta-se o conceito de competência legislativa, segundo a arguta lição do Professor Paulo de Barros Carvalho:

“Competência legislativa é a aptidão de que são dotadas as pessoas políticas para expedir regras jurídicas, *inovando* o ordenamento positivo. Opera-se pela observância de uma série de atos, cujo conjunto caracteriza o procedimento legislativo.”<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 76.

<sup>114</sup> SILVA. Op. cit., p. 53 e 63.

<sup>115</sup> CARVALHO. op. cit., p. 211.

Assim, a lei é o instrumento que confere competência e cria direitos e deveres, regulando o sistema presente no Estado Federado.

### 3.2.3. Competência Administrativa

Um dos pré-requisitos para a prática do ato administrativo é o agente competente, ou seja, se ele ao praticar o ato o faz com poderes e dentro de sua competência, sendo esta a condição de sua validade. Portanto, far-se-á necessário conceituar competência.

Hely Lopes Meirelles assim conceitua:

“Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática é inválido, por lhe faltar o elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da administração.

(....)

A competência administrativa, sendo um requisito de ordem pública, é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados. Pode, entretanto, ser delegada e avocada, desde que o permitam as normas reguladoras da administração”<sup>116</sup>

Veja-se que a importância da competência administrativa, elemento indispensável para a validade do ato administrativo, é sempre realçada pela

---

<sup>116</sup> MEIRELLES, op. cit. p. 128.

literatura, pois a própria lei instituidora do órgão já define sua competência, e por conseguinte a competência dos seus agentes.

Para a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pode-se definir competência como o "conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgão e agentes, fixadas pelo direito positivo."<sup>117</sup>

Assim, conforme se denota da Constituição Federal de 1988, nos artigos 61, § 1º, inc. II, alínea "e", e, 84, inc. VI, bem como o art. 25 de suas disposições transitórias, somente a lei pode atribuir competência, vez que tais dispositivos constitucionais afastaram do Poder Executivo a atribuição nessa matéria.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 169

<sup>118</sup> "Art. 61 – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso nacional, ao Presidente da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º. São de iniciativa do Presidente da República as leis que:

I. fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II. disponham sobre:

e) criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI – dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei;

Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I – ação normativa; II – alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

§ 1º. Os decretos-leis em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até a promulgação da Constituição terão seus efeitos regulados da seguinte forma:

I – se editados até 2 de setembro de 1988, serão apreciados pelo Congresso Nacional no prazo de até cento e oitenta dias a contar da promulgação da constituição, não comutado o recesso parlamentar;

II – decorrido o prazo definido no inciso anterior, e não havendo apreciação, os decretos-leis ali mencionados serão considerados rejeitados;

Assim, competência administrativa seria o círculo definido por lei dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente sua atividade.

Di Pietro afirma que se aplicam à competência as seguintes regras:

1. Decorre sempre da lei, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, as suas atribuições;

2. É inderrogável, seja pela vontade da administração, seja por acordo com terceiro; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público;

3. Pode ser objeto de delegação ou de avocação, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei."<sup>119</sup>

A primeira característica da competência é que sua existência e validade dependem da edição de uma lei, sendo a lei pode delegar a um decreto ou outro instrumento normativo sua validade.

A segunda diz respeito à inderrogabilidade, não podendo a competência sofrer alteração essencial ou ser revogada em razão de que a competência

---

III – nas hipóteses definidas nos incisos I e II, terão plena validade os atos praticados na vigência dos respectivos decretos-leis, podendo o Congresso Nacional, se necessário, legislar sobre os efeitos deles remanescentes.

§ 2º. Os decretos-leis editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição serão convertidos, nesta data, em medidas provisórias, aplicando-se-lhes as regras estabelecidas no art. 62, parágrafo único.

<sup>119</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 170.

administrativa só é aplicada nos casos de interesse público.

A terceira se refere ao fato de que um órgão ou uma autoridade não pode delegar a competência, quando for ela definida em lei. Em outras situações poderá haver delegação, respondendo o delegante por eventuais erros do delegado. Pode ocorrer, ainda, avocação quando não contrariar a lei.

A título de exemplo, o Ministro da Fazenda não pode avocar para si uma decisão que caiba ao CADE, nem pode este delegar para outro órgão uma julgamento de um processo de sua competência, já que a lei que o instituiu definiu a mesma.

Veja agora a variedade de critérios para se fazer a distribuição da competência:

"1. em razão da **matéria**, a competência se distribui entre os Ministérios (na esfera federal) e entre as Secretarias ( nos âmbitos estadual e municipal);

2. em razão do **território**, distribui-se por zonas de atuação;

3. em razão do grau **hierárquico**, as atribuições são conferidas segundo o maior ou menor grau de complexidade e responsabilidade;

4. em razão do **tempo**, determinadas atribuições têm que ser exercidas em períodos determinados, como ocorre quando a lei fixa prazo para a prática de certos atos; também pode ocorrer a proibição de

certos atos em períodos definidos pela lei, como de nomear ou exonerar servidores em período eleitoral;

5. em razão do **fracionamento**, a competência pode ser distribuída por órgãos diversos, quando se trata de **procedimentos** ou de atos **complexos**, com a participação de vários ou agentes."<sup>120</sup>

O critério em relação à matéria envolve a especificidade da função para sua melhor execução. Esse critério preside a criação de diversos Ministérios e Secretarias Estaduais ou Municipais.

O critério em relação à hierarquia encerra atribuição de funções mais complexas ou de maior responsabilidade aos agentes situados em plano hierárquico mais elevado.

O critério de lugar funda-se na necessidade de descentralização territorial das atividades administrativas. É o que sucede com as circunstâncias territoriais de certos órgãos, como as delegacias regionais de algum órgão federal.

O critério em razão do tempo consiste no fato de que a norma pode conferir a certo órgão competência por período determinado, como, por exemplo, no caso de calamidade pública.

---

<sup>120</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 170-171.

### 3.3. Atividade Vinculada do CADE

Os atos administrativos são compostos por cinco elementos<sup>121</sup>: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade. Parte dos Administrativistas divide os elementos dos atos administrativos em: a) essenciais, b) necessários à validade do ato (compreendem os cinco elementos supracitados), e c) acidentais, que se referem aos efeitos do ato (termo, condição, modo).

Para efeito deste trabalho, analisar-se-á apenas dois dos cinco elementos do ato administrativo, quais sejam, o motivo e o objeto, já que somente estes podem provocar discricionariedade do ato.

Motivo seria o fim com que se faz alguma coisa<sup>122</sup>. Trata-se de pressuposto de fato, correspondente às circunstâncias que levam a Administração a praticar o ato, e também de direito. Neste sentido, diz respeito à base legal do ato, que o fundamenta como administrativo.

---

<sup>121</sup> Optou-se por utilizar o vocábulo elementos (Di Pietro op. cit., p. 168), embora parte da doutrina prefira utilizar “requisitos” (Meirelles, op. cit., p. 127, Tácito, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro, 1980, p. 59).

<sup>122</sup> Importante não confundir motivo com motivação. Motivo diz respeito aos pressupostos do ato, enquanto que motivação seria a demonstração por escrito de que os pressupostos de fato do ato realmente existem.

A motivação é obrigatória para a realização dos atos vinculados e discricionários<sup>123</sup>.

No ato vinculado, como o próprio nome indica, a Administração deve comprovar que o ato praticado está em conformidade com os motivos indicados pela lei, ou seja, é obrigatório que o ato esteja fortemente ligado à lei.

No caso do ato vinculado, a administração não pode ultrapassar os limites estabelecidos pela lei, tendo esta que praticar atividade determinada, porque a lei não deixa opções, atingindo todos os aspectos da atuação administrativa, ou seja, esta só pode agir se observados determinados requisitos.

De igual forma, existindo objeto definido, o ato também se torna vinculado, em razão de que estará o administrador adstrito a este objeto, não podendo ter nenhuma discricionariedade quanto a substituição dele por outro. No caso do CADE, este objeto é definido na lei, qual seja, as infrações à ordem econômica.

A Lei n.º 8.884/94 estabelece que compete ao CADE analisar e julgar as infrações cometidas contra a ordem econômica a fim de evitar o abuso do poder

---

<sup>123</sup> No caso dos atos discricionários, a lei deixa uma certa margem de liberdade de decisão para a Administração, tendo, entretanto, que observar os critérios de conveniência, oportunidade, justiça e equidade. Portanto esta discricionariedade não pode ser arbitrária, devendo observar os limites traçados pela lei.

econômico.

Com efeito, verificada a realização de quaisquer atos que possam prejudicar a livre concorrência ou deles resultar a dominação de mercados relevantes de bens ou de serviços, devem os mesmos ser submetidos à apreciação do CADE para o exame de eventual abuso.

O art. 54 da mesma lei prescreve que:

“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE”.

Aqui, a competência do CADE cinge-se a “apreciar os atos ou condutas sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso”.

Diante dessa realidade, cabe ao CADE a apreciação dos sobreditos atos, podendo autorizá-los, usando como parâmetro condições previstas nos parágrafos do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94.

O CADE poderá classificar o ato de ilegal e, por isso, determinar-lhe a desconstituição - a não ser que dele advenham os resultados previstos nos quatro incisos do § 1º do art. 54 da Lei n.º 8.884/94, quais sejam: aumento da produtividade, melhora da qualidade dos bens ou serviços, eficiência e desenvolvimento

tecnológico ou econômico, distribuição eqüitativa desses benefícios entre os participantes do ato e os consumidores e não-eliminação de parte substancial do mercado relevante dos bens e serviços objeto do ato, com observância estrita dos limites necessários a se atingir os objetivos visados.

No mesmo sentido, deverá considerá-lo regular se três das quatro condições estabelecidas no referido § 1º do art. 54 forem atendidas, desde que haja motivo de preponderante interesse da economia nacional e do bem comum, como esclarecido no § 2º do mesmo artigo.

Dessa forma, a atuação do CADE fica adstrita à lei, qualificando-se seus atos como vinculados da Administração, não dispondo o administrador de discricionariedade de decisão.

Como dito alhures, a legalidade do ato administrativo é passível de controle por parte do Poder Judiciário somente quando houver vício na aplicação dos elementos constitutivos do ato, ou seja, cinge-se a análise formal.

Marcelo Caetano observa que se considera jurisdicionalizado o procedimento administrativo quando

"a) a lei especificar as faltas puníveis e as sanções correspondentes; b) a prática de um infração der forçosamente

origem a processo; c) esse processo se instaure e siga com todas as garantias de prova, a fim de permitir ao juiz independente declarar ou não verídico o fato incriminado; d) proferir o juiz como consequência necessária uma decisão com valor de caso julgado"<sup>124</sup>

Ademais, a atuação do CADE traduz obrigação vinculada; não se lhe permite qualquer margem de discricionariedade, ou seja, verificada a prática de ato que se subsuma à Lei Antitruste, com aparência de abuso de poder econômico, cabe-lhe, obrigatoriamente, instaurar o procedimento administrativo.

Portanto, estando presente a aparência de abuso de poder econômico, em cumprimento ao que dispõe o art. 54 da mesma lei, deve o CADE proceder o exame, sendo que sua atuação está, dessa forma, subordinada à lei, e seus atos vinculados à Administração, não dispondo o administrador de ampla liberdade de decisão.

Outrossim, a jurisprudência brasileira tem se manifestado no sentido de limitar o poder de decisão da Administração em casos em que a lei estabelece critérios precisos para orientar sua atividade.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles traz à colação manifestação do STF, que, em sinopse, resume a matéria

---

<sup>124</sup> *Princípios de derecho administrativo*, 1949, p. 477.

"EMENTA: A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo. (RDA 42/227)"<sup>125</sup>

É exatamente o caso do CADE, considerando-se que a Lei n.º 8.884/94 lhe conferiu competência para apreciação de atos que possam prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados, além de analisar as infrações à ordem econômica definidas no arquétipo legal dos arts. 20 e 21 da mesma lei.

Neste mister, as decisões proferidas pelo CADE só podem ser analisadas quanto à forma de revestimento do ato, por se tratar de órgão judicante.

#### 3.4. O Poder Judiciário e a Recorribilidade das Decisões do CADE

---

<sup>125</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 603.

### 3.4.1. O Poder Judiciário e o Estado de Direito Social<sup>126</sup>

No dias hodiernos, devido ao aumento dos conflitos coletivos, está ocorrendo uma demanda maior do Poder Judiciário.

O Professor Antônio Carlos Wolkmer trata da ineficácia instrumental do judiciário, comentando sobre a crise que o envolve:

“O alcance dessa crise de identidade do Judiciário condiz com as próprias contradições da cultura jurídica nacional, construída sobre uma racionalidade técnico-dogmática e calcada em procedimentos lógicos-formais, e que, na retórica de sua “neutralidade”, é incapaz de acompanhar o ritmo das transformações sociais e a especificidade cotidiana dos novos conflitos coletivos. Trata-se de uma instância de decisão não só submissa e dependente da estrutura de poder dominante, como sobretudo, de um órgão burocrático do Estado, desatualizado e inerte, de perfil fortemente conservador e de pouca eficácia na solução rápida e global de questões emergenciais vinculadas, quer às reivindicações dos múltiplos movimentos sociais, quer aos interesses das maiorias carentes da justiça e da população privada de seus direitos. A crise vivenciada pela Justiça Oficial, refletida na sua inoperacionalidade, lentidão, ritualização burocrática, comprometimento com os “donos do poder” e falta de meios materiais e humanos, não deixa de ser sintoma indiscutível de um fenômeno mais abrangente, que é a própria falência da ordem jurídica estatal. De qualquer forma, numa análise mais acurada há que se considerar, como fazem J.E. Faria e J.R. Lima Lopes, de que o cerne problemático do Judiciário não é, necessária e exclusivamente, a falta de verbas e o desaparelhamento, pois essa situação se constituiria numa mera disfunção. O que importa é ter consciência de que a grande questão (...) é aquilo que muitos parecem não ver: o estar formado

---

<sup>126</sup> Ocorre este tipo de Estado quando a Constituição incorpora, além das proibições em garantia dos direitos de liberdade, outras obrigações correspondentes aos direitos sociais.

numa cultura jurídica incapaz de entender a sociedade e seus conflitos e a má vontade em discutir a democratização efetiva deste ramo do "Estado".<sup>127</sup>

Nesse sentido, o Poder judiciário não consegue dirimir as controvérsias advindas dos conflitos transindividuais, decorridas das transformações por que passa a sociedade.

Todos conhecem a situação caótica vivida pelo sistema judiciário, não só o brasileiro como de todos os países de terceiro mundo, principalmente aqueles dos países latino-americanos.

Há que se observar que as diversas variáveis componentes da referida crise alcançam seguimentos sociais e poderes (econômico, político, social, religioso, etc.) que estão fora do alcance daqueles que têm o mister de conduzir as soluções das demandas jurídicas.

Portanto, é necessário a criação de órgãos especializados, com capacidade jurisdicional para dirimir questões específicas, como por exemplo o CADE na análise das infrações à ordem econômica.

Ao cidadão não interessa como é constituída a estrutura judicial, quais são seus meios e como é composto o seu quadro de pessoal, só interessando, em

---

<sup>127</sup> *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2. ed. São Paulo:

menor tempo possível, a solução do conflito enfrentado pelo mesmo.

Por outro lado, referida decisão não pode ser revestida de impunidade, tampouco, sendo correta, deixar de ser cumprida, quer seja pela falta de aparato estatal ou pela desídia de seus funcionários.

Julgando com celeridade, norteado pelos princípios gerais de direito e criando jurisprudências inovadoras, quando o caso requerer, buscando acompanhar a mudança social, que na maioria das vezes antecede à evolução da lei, o Judiciário estará gerando uma sensação de justiça, em contraposição à sensação de crise.

Nesse sentido é a lição de ZAFFARONI:

“Ainda que a sensação de “crise” seja explorada politicamente, ainda que ela seja redundante na América Latina, ainda que dela se abuse até o ponto de assim chamar-se qualquer disfuncionalidade, ainda que se tire proveito da dramaticidade para inibir o pensamento, ainda que o conceito mesmo tenha perdido conteúdo e sua carga emocional dificulte os diagnósticos e a previsão de soluções, o certo é que a “sensação” tão extensa deve ter algum fundamento real.

Preferimos deixar de lado a questão de “crise” para centralizarmo-nos na “sensação”, em suas causas”.<sup>128</sup>

Solucionar a crise oriunda da complexidade das relações sociais não é função somente do Judiciário, vez que passam pelo Executivo, Legislativo e

---

Alfa Omega, 1997, p. 89.

<sup>128</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995, p. 23.

organizações representativas da sociedade, devendo como afirma Zafaroni, deixar de lado a questão de crise para centralizar-se nas causas da sensação.

Na realidade, à medida em que se trabalha a sensação de justiça, gradativamente estar-se-á solucionando uma crise que será sucedida por outra, atuando sempre com vistas a um ideal, posto estar a sociedade em constante mudança e evolução.

Nesse mesmo sentido, sustenta Zaffaroni:

“Esse ideal corresponde a um mundo de abstrações geométricas ao qual é propensa a experiência jurídica alienante de nossa região, mas não à complexíssima teia de relações sociais, de poderes e micro poderes, de pessoas que interagem com seus modelos, valores e interesses, conscientes e inconscientes.

De qualquer maneira, essa disparidade funcional não pode ser erigida em discurso sedante, que iniba os esforços teóricos e políticos para a aproximação de ambas as categorias e funções, pois, dentro da relatividade do mundo, a impossibilidade do ideal não legitima a perversão do real.”<sup>129</sup>

O Executivo, com a conivência do Legislativo, tem adotado medidas para solucionar problemas de dificuldade de governabilidade, deixando de lado quaisquer valores, mesmo que eles garantam a segurança jurídica e a certeza do direito.

---

<sup>129</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 23.

Exemplo disto é o aparato que o Governo vem montando para cassar do Judiciário a prerrogativa de conceder liminares que onerem os cofres públicos.

Sobre a crise que envolve o Poder Judiciário, LOPES e FARIA, colocam o seguinte questionamento, "*Como tornar o Judiciário permeável aos anseios de uma sociedade que deseja expor seus conflitos, mas também deseja submetê-los a um certo ordenamento legal, com a ajuda de instituições capazes de permitir a convivência ordenada - e não só a repressão desordenada?*"<sup>130</sup>.

Alicerçada no questionamento retromencionado a Professora Josiane Rose Petry Veronese, assevera que o Poder Judiciário continua sofrendo as conseqüências de uma apropriação do Estado, sendo as crises deste (crise de legitimidade) são também do Judiciário.

Devido à complexidade que envolve a crise, LOPES e FARIA, afirmam que quatro questões devem ser analisadas sobre a inserção do Judiciário na Sociedade:

"(1) a complexidade crescente das relações e estruturas sociais e políticas; (2) a ambigüidade de tal complexidade, derivada da hierarquização e sobretudo da profunda divisão de classes; (3) a expansão dos instrumentos de controle social de caráter não-jurídico (pensamos aqui na tecnologia, nos controles informais, nos meios de comunicação de massa, no planejamento empresarial, enfim, em tudo aquilo que faz a sociedade moderna ser uma sociedade de consumo fundada na lógica da acumulação capitalista e no conformismo do consumidor-

---

<sup>130</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *O poder judiciário: Instrumento de transformação social? Revista Sequência*, ano 16, n. 30, jun/95, p. 37.

cidadão); e (4) finalmente o surgimento de um Estado de Segurança Nacional, um pouco em toda parte do mundo, mas com história particular no Brasil.”<sup>131</sup>

Neste sentido, sob a ótica da pragmática por exemplo, o cidadão brasileiro que for lesado em seu patrimônio pelo Estado, mesmo portando um direito líquido e certo, ameaçado de desaparecer em razão da demora na prestação jurisdicional, terá que aguardar os trâmites legais de um processo judicial contra o Estado, que é lento, para reconhecer o mérito do direito. Caso seja vencedor da demanda, terá que entrar na fila dos precatórios quando for o caso.

A ordem jurídica é o alicerce de uma sociedade justa e equilibrada. Sem ela, ninguém pode fazer ou deixar de fazer com a segurança de ter a força do Estado para garantir seus direitos.

Face à demora na solução do processo as pessoas perdem a confiabilidade na Justiça, deixando muitas vezes de pleitear seus direitos. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni, acrescenta que:

“A jurisdição, de fato, pode servir de luz ao indivíduo inserido na complexidade crescente da sociedade de massa. Além disso, mesmo para a hipótese daquele que não necessita simplesmente de uma indicação ou caminho para seguir, a jurisdição tem estimulante efeito social, pois, como diz Dinamarco, as partes ‘sabem que, exauridos os escalões de julgamento, esperança alguma de solução melhor seria humanamente realizável; além disso, ainda que inconscientemente, sabem também que necessitam de proteção do Estado e que não convém à tranquilidade

---

<sup>131</sup> VERONESE, op. cit., p. 37.

de ninguém a destruição dos mecanismos estatais de proteção mediante sistemática desobediência. Por outro lado, existe a predisposição a aceitar decisões desfavoráveis na medida em que cada um, tendo oportunidade de participar na preparação da decisão e influir no seu teor mediante a observância do procedimento adequado, confia na idoneidade do sistema em si mesmo.' É importante, para o encontro da pacificação social, a aceitação da solução afirmada pela jurisdição." <sup>132</sup>

Ainda sobre a incerteza, poder-se-ia citar a questão concerne à problemática das liminares, lembrada nas seguintes palavras de Anonni:

"Nesse passo, aliás, é necessário que seja lembrada a problemática das liminares que tutelam direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A facilidade com que se concedem liminares em ações coletivas corresponde à mesma facilidade com que estas são cassadas pelos tribunais superiores. Essa situação de incerteza quanto as decisões proferidas pelo Judiciário, aliada à amplitude coletiva do conflito, é fonte geradora de angústias e adversidades, afetando profundamente os objetivos de pacificação social da jurisdição."<sup>133</sup>

Pode-se afirmar, assim, que para o exercício de qualquer ordem econômica ou social, há de se conseguir primeiro a ordem jurídica.

Há, portanto, uma crise instalada no Judiciário, provocada, em grande parte, por inserções legais, que, em vez de ajudar a efetivar o Estado de Direito Social, favorece o poder de mando de classes dominantes e a viabilidade de Governos legitimados, porém injustos.

---

<sup>132</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, 2. ed., rev. e ampliada, São Paulo: Malheiros editores, 1997, p.99.

<sup>133</sup> op. cit., p. 08.

Feu Rosa, comentando a respeito da forma como o Executivo e o Legislativo estão, aos poucos, solapando os poderes e, conseqüentemente, enfraquecendo o Judiciário, afirma:

“O Legislativo, em sua tarefa demolidora do equilíbrio que deve reinar entre os três Poderes do Estado, açoitou-se impiedosamente, e o Executivo cortando-lhe competências e prerrogativas a torto e a direito, não se esqueceu, por outro lado, de arrancar algumas das já reduzidas atribuições do Judiciário.

Deu, realmente, algumas migalhas, mas nada daquilo por que ansiavam os magistrados, e que foi clamado, pedido e bradado em inúmeros congressos e reuniões de classe”.<sup>134</sup>

Conforme Ada Pellegrini Grinover,

“a crise da justiça está na ordem dia: dissemina-se e serpenteia pelo corpo social, como insatisfação dos consumidores de justiça, assumindo as vestes do descrédito nas instituições; atinge os operadores do Direito e os próprios magistrados, como que impotentes perante à complexidade dos problemas que afligem o exercício da função jurisdicional. A justiça é inacessível, cara, complicada, lenta, inadequada. A justiça é delegação de justiça. A justiça é injusta. Não existe justiça. Nos países em que a função jurisdicional é desempenhada exclusivamente pelo Poder Judiciário, a crise da justiça confunde-se e se identifica com a crise do Judiciário e de seus membros. Tudo é levado de roldão, como que a fazer tabula rasa das instituições, dos Poderes, dos homens que os constituem, do produto que geram.”<sup>135</sup>

Com efeito, como forma de desafogar o Poder Judiciário e tornar mais rápido o acesso à justiça, plenamente prudente a criação de órgãos independentes

---

<sup>134</sup> FEU ROSA, *op. cit.*, p. 313.

<sup>135</sup> *Apud* Anonni, *op. cit.*, p. 16.

e especialistas em referido assunto, correspondendo aos anseios da coletividade.<sup>136</sup>

#### 3.4.2. A Recorribilidade das Decisões do CADE

Através do princípio da inércia, ou seja, a provocação por parte da pessoa que se sentir lesada em seu direito, o Poder Judiciário exerce a função judicante, aplicando a lei aos casos concretos para solucionar as controvérsias.

O princípio da tripartição dos poderes, constante do bojo da Constituição Federal, deixa claro que cada Poder da República tem uma atribuição por excelência, não sendo exclusiva, mas também não permitindo que haja residualidade, devendo cada um deles agir dentro dos ditames legais.

Assim, precipuamente, cabe ao Legislativo, legislar; ao Executivo, operacionalizar as ações de governo, e ao Judiciário, julgar as lides na forma da lei. Excepcionalmente, é possível um poder realizar a atividade do outro, como é o caso do Executivo, que, em determinados momentos, através de leis delegadas, legisla, e do Legislativo, que através do Senado

---

<sup>136</sup> Cita-se como exemplo o Tribunal Marítimo, o Tribunal de Arbitragem e o próprio CADE.

Federal, cumprindo mandamento constitucional, julga, e todos exercem funções tipicamente administrativas.

No título IV da Constituição Federal é apresentada toda a organização dos poderes, e especialmente no capítulo III deste título é explicitada toda a organização e competência do Poder Judiciário.

Mais precisamente no art. 5.º, inc. XXXV da Lei Magna, ao determinar que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", fica firmado que a Constituição Federal designa ao Poder Judiciário apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito.

A Constituição em vigor, utilizando diversos princípios básicos, garante os direitos subjetivos de todos os cidadãos, consagrando o direito de invocar a tutela jurisdicional sempre que o cidadão se sentir ameaçado ou aviltado em seu direito. Assegura não só o direito de quem busca a ação em juízo (direito de ação), como também o direito da parte contra quem se age (direito de defesa).

A atuação do Estado deve ser eficaz, compreendendo o denominado direito fundamental de acesso à justiça<sup>137</sup>,

---

<sup>137</sup> "O acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos." CAPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. Conferir ainda,

a obtenção em prazo adequado, uma decisão que faça justiça entre as partes e força para atuar eficazmente no plano fático.

Para Franceschini, as decisões do CADE estão sujeitas ao crivo do Poder Judiciário, fazendo menção ainda à manifestação do mentor da Lei antitruste brasileira:

“...de qualquer modo, sujeita-se o CADE, sempre ao império e autoridade do Poder Judiciário. O controle dos atos administrativos do CADE (sejam eles decisões de cunho condenatório por ofensas à ordem econômica, sejam no exercício de sua competência de fiscalização, relativos a atos de concentração econômica).

O próprio Agamenon Magalhães, na elaboração da Lei n. 4137/1962, previu o controle ao afirmar que: “A repressão aos abusos do poder econômico será feita pelo Poder Judiciário”.<sup>138</sup>

Porém, no caso do julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade no âmbito do Congresso Nacional, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário deve ser entendido de forma restritiva, isto porque a análise neste caso, cinge-se ao aspecto meramente formal.

Conforme Celso Ribeiro Bastos,

“O julgamento pelo Senado só atinge fundamentalmente o Presidente da República e altas autoridades; e esta sua sujeição a um julgamento pelo Legislativo é mais uma manifestação do princípio dos controles recíprocos que

---

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

<sup>138</sup> FRANCESCHINI, op., cit., p. 9.

hão de existir entre os Poderes, do que qualquer tentativa de criar alguma sorte de privilégios.

....

É bem de se ver ainda que é o mérito destas decisões que não é apreciável pelo Judiciário. Ocorrendo, contudo, qualquer desvio de ordem formal, o mesmo será plenamente possível de ser levado a este Poder.”<sup>139</sup>

Outro caso seria o da Lei n.º 5.056, de 29.06.66, que regula o Tribunal Marítimo, e estabelece no seu art. 1.º *“O Tribunal Marítimo, com jurisdição em todo o território nacional, é um órgão autônomo, auxiliar do Poder Judiciário na apreciação dos acidentes e atos na navegação sobre água, vinculando-se ao Ministério da Marinha no que se refere ao provimento de recursos orçamentários para o pessoal e material destinados ao seu funcionamento.”*

Sobre a importância e contribuição advinda da criação do Tribunal Marítimo, Anonni assevera que

*“a criação do Tribunal Marítimo na década de sessenta, como um órgão autônomo capaz de julgar e aplicar sanções, independente do Poder Judiciário, quando das infrações relativas aos crimes de responsabilidades técnicas por acidentes de navegação, lançou os germens para este questionamento, tão em voga agora com a lei antitruste e com a lei de arbitragem.”*<sup>140</sup>

No caso do CADE, o art. 3º, da Lei n.º 8884/94, o considera órgão julgante, com jurisdição em todo o

---

<sup>139</sup> op cit., p. 172.

<sup>140</sup> op. cit., p. 13.

Território Nacional, sendo por isso, o defensor da ordem econômica.

Referida lei tem por escopo proteger os cidadãos, porque o titular do bem jurídico é a coletividade, sendo tarefa do CADE, formado por profissionais dotados de conhecimento e capacidade para atuar nos conflitos inseridos no mercado econômico, solucionar citados problemas.

Ademais, através da criação da Lei Antitruste, o objetivo das Decisões do CADE foi o de proteger a coletividade e garantir satisfatoriamente as reivindicações sociais relacionadas ao mercado econômico.

Como órgão julgante, cabe ao CADE, após reconhecida no processo administrativo a infração à ordem econômica, aplicar a punição devida.

Assim, devido à especificidade das matérias por ele decididas, o CADE requer agentes competentes e capazes que atuem neste órgão especializado, apresentando referidas decisões similitude com uma decisão judicial, apesar de sua etimologia administrativa.

Sobre a Jurisprudência do CADE, Franceschini se manifesta no seguinte sentido:

“A própria jurisprudência do CADE, desde seus primórdios, reconhece tratar-se de um órgão judicante, verdadeiro tribunal parajurisdicional equiparado àquela Corte Marítima especializada, conforme se verifica do voto do Conselheiro Nestor Duarte no Processo SC-GB n. 675/64 (cf. ementa n. 182): “Este conselho, o CADE, é órgão ou agência do Poder Público, singulariza-se dentro da ordem pública por ter um caráter, uma missão, um fim jurídico-administrativo de executor e fiscal de uma lei de repressão e punição a abusos e crimes que possam ocorrer na ordem econômica. É órgão público, autônomo, criado por autorização e determinação constitucional para cuidar e reprimir um novo ilícito penal. É um Tribunal claro que não judicial, mas um tribunal que funciona como primeiro grau do Judiciário, aonde chegará para requerer e obter a chancela judicial nas hipóteses que sua lei indica.”<sup>141</sup>

O CADE constitui um órgão público e autônomo, formado por especialistas para resolver os problemas atinentes à repressão ao abuso do poder econômico através da aplicação da lei antitruste, sendo um tribunal parajurisdicional, que funciona para desafogar o Judiciário, evitando que desague nele causas de natureza econômica.

Ainda neste mister, é importante asseverar que as Decisões proferidas pelo CADE, sendo de natureza administrativa, não estão, materialmente, sujeitas ao crivo do Judiciário.

No caso da discricionariedade administrativa, poder-se-á, como averbado alhures, utilizar como parâmetro os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para aferição deste controle, quando

---

<sup>141</sup> FRANCESCHINI, Op., cit., p. 10.

do julgamento por parte do judiciário

No caso específico e delimitado dos limites da jurisdição do CADE, com objetivo de desafogar o Judiciário, a análise por parte dele fundar-se-ia à forma e não o mérito administrativo da decisão.

Nesse sentido, Anonni prescreve que:

“É preciso encontrar saídas condizentes com a nossa realidade e fazer cessar essa sufocação, senão ao menos, abrandá-la. Assim, atreve-se a ponderar sobre a adoção de enérgicas e rápidas providências, como propõe a lei de arbitragem no que tange a desafogar o Judiciário das demandas com caráter patrimonial, e a lei antitruste, ao tratar das infrações contra a ordem econômica.

O próprio organismo estatal deve atuar com reserva nestes casos, deixando a quem de direito julgar e analisar as questões controvertidas nestes âmbitos. Faz-se mister portanto, a necessidade de uma mudança de mentalidade de todos os profissionais do Direito, sendo de rigor o estabelecimento cada vez mais firme de meios alternativos para a solução dos conflitos.”<sup>142</sup>

Recorde-se, nesse ponto, Kelsen:

“Se a Constituição prescreve que nenhuma interferência no patrimônio, na liberdade e na vida do indivíduo pode ocorrer sem o “devido processo de Direito”, isso não acarreta necessariamente um monopólio da função judiciária pelos tribunais. O processo administrativo no qual é exercida um função judiciária pode ser formado de tal modo que corresponda ao ideal de “devido processo de Direito.”<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> op. cit., p. 17

<sup>143</sup> *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. Trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 398.

Portanto, as decisões do CADE, por serem independentes<sup>144</sup>, constituem uma saída para amenizar a crise inserida no Poder Judiciário, em virtude de sua peculiaridade na apreciação de infrações da ordem econômica.

---

<sup>144</sup> Independência técnica, visto que as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, (art. 54 da Lei 8.884/94).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo presente na elaboração deste trabalho foi o de buscar situar a problemática inserida na apreciação por parte do Poder Judiciário das decisões do Conselho de Defesa Econômica, traçando contornos para situar referida discussão no contexto do estado contemporâneo, bem como possíveis instrumentos para solução da controvérsia.

Embora haja grande debate sobre a recorribilidade das decisões do CADE, a análise destas por parte do Poder Judiciário só se opera, quando se tratar de vício formal.

Tendo em vista a crise inserida no Poder Judiciário, somente um órgão habituado com às questões econômicas melhor poderia apresentar uma resposta para a coletividade, aprimorando a forma de prestação da Justiça.

Neste sentido, poder-se-ia afirmar que ao conferir ao CADE poder judicante, a lei antitruste hodierna ampliou o conceito de jurisdição criando um órgão capaz de exercer função dantes só concernente ao Poder Judiciário.

Através da transformação do CADE em autarquia, a lei antitruste brasileira em vigor, outorgou maior poder de ação para julgar as infrações contra a ordem econômica, diminuindo os passos burocráticos da administração centralizada, aumentando a celeridade do processo administrativo, dando maior presteza às suas decisões.

Somente o CADE, órgão governamental autônomo e independente, imune à pesada estrutura que permeia o Poder Judiciário, através da manifestação de seus Conselheiros, alcançaria os objetivos colimados pela Constituição Federal atual, tirando da coletividade o maciço ônus de uma contenda judicial.

Neste aspecto, há de se mostrar que o CADE funciona como um Tribunal, agindo, com maior eficiência na punição e aplicação da lei antitruste brasileira vigente, haja vista o caráter coletivo de suas decisões.

De se dizer, ainda, que as decisões além de serem proferidas por julgadores especializados, com conhecimento técnico específico na seara econômica, devem ser obrigatoriamente motivadas para serem consideradas válidas.

Com efeito, não obstante a celeridade criada pela Lei antitruste brasileira vigente, são assegurados os

princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório na apuração das infrações contra a ordem econômica.

Em relação ao princípio da inafastabilidade do poder judiciário, também está contemplado pela lei, tendo em vista o *status* de órgão julgante do CADE, não podendo as decisões emanadas pelo CADE, ser submetidos à apreciação do Judiciário quando formalmente corretos e proferidas após regular contraditório e ampla instrução.

Isto não quer dizer que referidas decisões sejam irreformáveis, sendo discutidas no Judiciário somente quanto ao aspecto formal.

Outrossim, é importante observar os limites do Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário que não poderia ser estendido a todos os órgãos da administração, porque poderia gerar resultados catastróficos para as políticas públicas.

Portanto, forçoso reconhecer que a manifestação do CADE, órgão autônomo e formado por profissionais com conhecimento específicos na complexa seara econômica, corresponderia e atenderia melhor o ideal buscado pela coletividade.

Assim, cabe ao CADE, como órgão julgante, zelar pela livre concorrência, manifestando-se sobre as

formas de infração à ordem econômica e decidir questões relativas às mesmas infrações, difundindo a cultura da concorrência em todo território nacional, através de sua eficaz atuação.

Enfim, apesar de não pretender-se esgotar a questão e sim demonstrar o grau de complexidade que envolve a mesma, a atividade desenvolvida pelo CADE tem por escopo manter a ordem econômica eliminando a ameaça à paz social (bem comum), buscando, conseqüentemente, atingir o ideal de acesso à justiça almejado pela coletividade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANONNI, Danielle. *A jurisdição do CADE*. Revista de direito econômico internacional, n. 4, 1997, [www.ccj.ufsc.br/~iri](http://www.ccj.ufsc.br/~iri)

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 9. ed., 1998.

BARRAL, Welber. *A concorrência e a ordem jurídica comunitária*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis, UFSC, 1993.

\_\_\_\_\_ *A arbitragem e seus mitos (resposta ao juiz Silva Salvador)*. Revista da Escola Paulista da Magistratura. ano 2, n.º 5, ju-dez 1988, p. 143-155.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. v. 2, São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed., Trad. Maria Celeste C. J. Santos, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_ *A era dos direitos*. 7. ed. São Paulo: Editora Campus, 1992.

\_\_\_\_\_ *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

\_\_\_\_\_ *Teoria das formas de governo*. Brasília: UNB, 1980.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo, 1999.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart.  
*Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2001.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Curso de Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1999.

CAPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*.  
Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo. *Competência internacional do direito antitruste brasileiro: um enfoque a partir da ficção da extraterritorialidade - considerações para construção da cooperação internacional em matéria antitruste*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis, UFSC, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. Malheiros: São Paulo, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COSTA, Nelson Nery. *Processo administrativo e suas espécies*. ed. Forense. Rio de Janeiro, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. V. II. Campinas: Bookseller, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1998.

FEU ROSA, Antonio José Miguel. *Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção a concorrência: comentários a lei antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000.

HUNGRIA, Nelson. *Dos crimes contra a economia popular*, Rio de Janeiro, 1939.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Ampla defesa e conhecimento de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 25. ed. Dialética, São Paulo, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. Trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1996.

LARENZ, Karl. *Metodologia na ciência do direito*. Trad. José Lamego. 2. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, 2. ed., rev. e ampliada, São Paulo: Malheiros editores, 1997.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDONÇA, Maria Luiza Viana Pessoa de. *Direito constitucional. Revista da Escola da Magistratura. Escola Paulista de Magistratura, n.º 2, 1997, p 89.*

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Econômico. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.*

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, Tomo V.*

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p.199.*

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis. 2. ed. Trad. Cristina Muracho São Paulo: Martins Fontes, 2000.*

NERY Jr. Nelson & Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação civil processual em vigor. 3. ed. atual. até 01.08.97, rev. e ampl. São Paulo: RT, 1997.*

NUNES, Luiz Antônio Rizzardo. *Manual de monografia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1997.*

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar. *Monografia jurídica - orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo, 1. ed. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROSO, Jayme Vita. *Novos apontamentos à lei antitruste brasileira*. São Paulo: LTR, 1998.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1998.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 17 ed. Forense, Rio de Janeiro, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 1988.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de direito processual civil*. V. I, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

SHIEBER, Benjamin M. *Abuso do poder econômico*. São Paulo: RT, 1966.

SOUZA, Washington Peluzio Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTR, 1999.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *O poder judiciário: Instrumento de transformação social? Revista Seqüência*, ano 16, n. 30, jun-95, p. 37-51.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

XAVIER, Alberto. *Do lançamento - teoria geral do ato do procedimento e do processo tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995.

### Legislação

BRASIL. Lei n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973. *Institui o código de processo civil brasileiro*. Disponível na internet. <http://www.senado.gov.br>.

\_\_\_\_\_Lei n.º 3071, de 1º de janeiro de 1916. *Institui o código civil brasileiro*. Disponível na internet. <http://www.senado.gov.br>.

\_\_\_\_\_Decreto-Lei n.º 7.666 - de junho de 1945. *Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica*. Legislação federal e marginália. LEX, Coletânea de Legislação, Ano IX, 1945, p. 219-225.

\_\_\_\_\_Lei n.º 4.137 - de 19 de setembro de 1962. *Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico*. Disponível na internet. [www.mj.gov.br/sde/dpde/leis/lei%204.137\\_62.htm](http://www.mj.gov.br/sde/dpde/leis/lei%204.137_62.htm)

\_\_\_\_\_Lei n.º 8.884 - de 11 de junho de 1994. *Transforma o conselho administrativo de defesa*



*econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível na internet.*  
[http://www.mj.gov.br/cade/legi\\_lei.htm](http://www.mj.gov.br/cade/legi_lei.htm).

\_\_\_\_\_Constituição da República Federativa do Brasil.  
Disponível na internet.  
[www.senado.gov.br/bdtextual/const88.htm](http://www.senado.gov.br/bdtextual/const88.htm).