

**TÂNIA MARIA DOS SANTOS VIVIAM**

**REVISÃO E CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE  
DEFESA ECONÔMICA - CADE**

**UNISAL/FMB**

**SÃO PAULO**

**2009**

**TÂNIA MARIA DOS SANTOS VIVIAM**

**REVISÃO E CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE  
DEFESA ECONÔMICA - CADE**

*Monografia apresentada ao programa de pós –  
graduação do Centro Universitário  
Salesiano/Flávio Monteiro de Barros como  
exigência parcial para a obtenção do título de  
especialista em Direito Público.*

**UNISAL**

**SÃO PAULO**

**2009**

VIVIAM, Tânia Maria dos Santos

V843r.

Revisão e controle judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – São Paulo – UNISAL/FMB – 2009

Orientador: Professor Dr. Marcelo José Grimone

Inclui bibliografia

1. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC
2. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
3. Decisões
4. Revisão e Controle Judicial

CDD 340

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – SBDC
3. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE
  - 3.1. Evolução normativa
  - 3.2. Estrutura orgânica
  - 3.3. Competência
  - 3.4. Natureza jurídica do CADE
  - 3.5. Natureza jurídica das decisões do CADE
4. CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
5. REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE
6. CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE
  - 6.1. Discricionariedade Técnica
  - 6.2. Conceitos jurídicos indeterminados
7. JURISPRUDÊNCIA - COMENTÁRIOS
8. CONCLUSÃO
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS
10. ANEXOS

**RESUMO:** O presente estudo versa sobre a revisão e controle judicial das decisões do CADE, órgão que compõe o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência SBDC, competente para em última instância administrativa, decidir questões de mérito acerca de condutas anticompetitivas, práticas anticoncorrenciais e aplicar as sanções, nos termos da Lei nº 8.884/94.

Palavras - chave: DIREITO ECONÔMICO - LEI Nº 8.884/94 - SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – CADE

## 1. INTRODUÇÃO

Após a edição da Lei nº 8.884/94, as decisões do CADE vêm sendo sistematicamente questionadas pelas partes envolvidas, que levam a matéria julgada no âmbito administrativo ao conhecimento do Poder Judiciário que, ao propiciar discussões jurídicas intermináveis, (...) prejudica o funcionamento dos órgãos administrativos de defesa da concorrência, congestionando as instâncias superiores da Justiça e dissemina insegurança jurídica entre os agentes econômicos.<sup>1</sup>

Sob este aspecto, a proposta é a de análise, não só da possibilidade das decisões do CADE serem submetidas ao crivo do Poder Judicial, à luz do que dispõe o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, mas também a extensão do controle judicial, levando em consideração a tecnicidade de suas decisões e a existência de conceitos jurídicos indeterminados na legislação antitruste.<sup>1</sup>

O tema será abordado não só doutrinariamente, como também na ordem jurisprudencial de nossos tribunais pátrios.

## 2. O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (SBDC)

A Ordem Constitucional de 1988 determina que a economia brasileira observe, dentre outros, o princípio da livre concorrência (artigo 170 da CF). A exploração direta da atividade econômica pelo Estado só é permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (artigo 173 da CF). O Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exerce as funções de fiscalização, incentivo

---

*1. Artigo jornalístico "O CADE E A JUSTIÇA" publicado em 14.01.2008 no Jornal "O Estado de São Paulo", disponibilizado no site [www.cade.org.br](http://www.cade.org.br).*

e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (artigo 174 CF).

Para garantia da liberdade de iniciativa a Constituição Federal estatui em seu artigo 173, parágrafo 4º, que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Respaldado no comando constitucional, a Lei nº 8.884/94 (com as alterações da Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000) criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), formado pelos três órgãos encarregados da defesa da concorrência:

a) A Secretaria de Acompanhamento Econômico — SEAE do Ministério da Fazenda, que emite pareceres técnicos sob os aspectos econômicos envolvidos;

b) A Secretaria de Direito Econômico — SDE do Ministério da Justiça, que monitora os mercados, instaurando e instruindo os processos administrativos;

c) O Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, que profere decisões definitivas no âmbito administrativo, exercendo a função indelegável e indeclinável de reprimir práticas econômicas que venham a repercutir negativamente no mercado.

Destaque-se, por fim, que objetivando a redução da burocracia no trâmite dos processos de defesa da concorrência, há no Congresso Nacional um projeto de lei que reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Em notícia veiculada pela *internet*, o projeto já foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) do Senado, restando agora ser

analisado por mais duas comissões, a de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle e a de Constituição e Justiça.<sup>2</sup>

### **3. O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**

#### **3.1 - Evolução normativa**

A Constituição de 1934 foi a primeira a incluir um capítulo destinado à “Ordem Econômica e Social”, sendo que somente com o advento da Constituição de 1937 é que se criou o primeiro conjunto normativo de defesa da concorrência, através do Decreto-Lei 869/1938, cuja finalidade era a proteção do consumidor em nome da segurança nacional. Posteriormente, sobreveio o Decreto-Lei 4.407/42 que instituiu a Comissão de Defesa Econômica – CDE.

Com a promulgação do Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945 a expressão “CADE” passou a designar “Comissão Administrativa de Defesa Econômica”, referenciando as primeiras disposições acerca da legislação brasileira antitruste. Contudo, este comando legislativo foi revogado pelo Decreto-lei nº 8.167/45 de 09 de novembro de 1945.

Com a edição da Lei nº 4.137/62, o CADE passou a ser designado por “Conselho Administrativo de Defesa Econômica”, órgão autônomo vinculado ao Presidente do Conselho de Ministros, cuja atribuição era o exame de atos capazes de propiciar abuso econômico, bem como atuar, se necessário, por meio de intervenção ou desapropriação do acervo das empresas.

---

<sup>2</sup> “CAE aprova projeto que reestrutura o CADE e acelera análise de fusões de empresas” – Extraído da Agência Brasil – 10 de novembro de 2009 – Repórter Marcos Chagas disponibilizado no site [www.jusbrasil.com.br/noticias](http://www.jusbrasil.com.br/noticias).

Esclarece Domingos Fernando da Rocha Pais, *apud* Oliveira, Amanda Flávio, in *O direito da Concorrência e o Poder Judiciário* – Rio de Janeiro: Forense, p. 16 que:

*A Lei 4.137/62, contudo, se, por um lado, significou a retomada da evolução da disciplina da concorrência no Brasil, por outro lado, não teve o condão de libertar a concepção jurídica de abuso de poder econômico de seu caráter penal. (...) Tais processos seriam instaurados e se desenvolveriam perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão administrativo que teria por função exatamente apurar e reprimir abusos de poder econômico.*<sup>3</sup>

Promulgada a Constituição Federal de 1988, que destinou um capítulo a Ordem Econômica (artigos 170 a 191 CF/88), aliada à política de abertura de mercado e liberalização da economia instituída pelo governo Collor se fez necessária a edição da Lei nº 8.158/91, que alterou a concepção em torno do caráter meramente repressivo do direito antitruste, valorizando, primordialmente, os interesses e efeitos produzidos no mercado e, acessoriamente, a culpabilidade dos agentes.

Justificando a edição da Lei nº 8.158/91, perfilha Domingos Fernando da Rocha Paes *apud* Forgioni, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, p.141-142.

*(...) o novo governo alardeava a abertura do mercado brasileiro e a liberalização da economia (...) mas era ao mesmo tempo necessário que fossem evitadas as disfunções ou crises que poderiam advir do comportamento dos agentes econômicos "livres" no mercado. Nasce, novamente, a necessidade de uma lei antitruste, instrumento ótimo que dispunha então o governo para reprimir a ocorrência de abusos no mercado. Explica-se, assim, a Medida Provisória 204, de 02 de agosto de 1990, convertida, posteriormente, na Lei 8.158.*

---

<sup>3</sup> Pais, Domingos da Rocha - *Atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o controle judicial de suas decisões* – Revista Tributária e Finanças Públicas v. 15 n. 76 set/out/2007 – p. 88.

O CADE, então, passou a vincular-se a Secretaria Nacional de Direito Econômico, por sua vez, inserido no organograma do Ministério da Justiça.

Somente com a edição da Lei nº 8.884/94 é que o CADE obteve autonomia, pois vinculado ao Ministério da Justiça, mas, na forma de Autarquia Federal, lhe foi atribuído competência para, em última instância administrativa, julgar as decisões de mérito acerca das praticas anticompetitivas e atos de concentração em defesa da concorrência.

Decorre daí que o CADE adquiriu capacidade processual para figurar em um dos pólos das ações judiciais, representado por seus procuradores e, somente, na omissão destes, excepcionalmente, é que o Ministério Público Federal promoverá a execução de seus julgados (artigo 12, da Lei nº 8.884/94).

### 3.2 - Estrutura orgânica:

O CADE é um órgão colegiado e sua estrutura orgânica encontra respaldo no artigo no artigo 4º da Lei nº 8.884/94, com a redação dada pela Lei 9.021/95, que estabelece que:

*O Plenário do CADE é composto por um Presidente e 6 (seis) Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal*

Anoto, ainda, que a duração do mandato é de dois anos, permitida uma recondução, sendo que os cargos de Presidente e de Conselheiros são de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas (cf. §§ 1º e 2º do artigo 4º).

Analisando os critérios adotados para a escolha dos membros do CADE, obtempera o Professor Walter Nunes da Silva da Silva Jr que:<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> *Silva Júnior, Walter Nunes da Silva – “A Função Judicante do CADE” monografia apresentada ao Mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Revista do CEJ/RN – v. 4 nº 5 p. 201-225 – Nov/98.*

*(...) o fato de o membro ser escolhido livremente, seguindo apenas o critério do notório saber jurídico ou econômico e conduta ilibada, pelo Presidente da República, finda suscitando dúvidas quanto ao real distanciamento da vontade deste na formação do pensamento daqueles, conduzindo, de certa forma, o órgão ao descrédito em relação à independência.*

*Talvez o melhor fosse um sistema de eleição, em que os agentes econômicos – empresários e comerciantes – tivessem direito a voto, para fins de elaboração de lista triplíce, cabendo ao Presidente da República, se for o caso, fazer a escolha, com respectiva nomeação, após aprovação do nome pelo Senado Federal.*

*Com esse modelo, os componentes do CADE, desenganadamente, teriam legitimidade maior perante os agentes econômicos, agregando-se, aí, indubitavelmente, independência mais destacada.*

Destaque-se, ainda, que o CADE também dispõe de uma Procuradoria, que o representa judicialmente, inscreve e cobra sua dívida ativa, promove a execução forçada de suas decisões e, ademais, emite pareceres em diversos procedimentos (cf. artigo 10 da Lei nº 8.884/94).

### 3.3 – Competência:

Depreende-se da leitura dos dispositivos da lei antitruste que esta atribuiu ao CADE tríplíce papel: educativo, repressivo e preventivo, estabelecendo que essas funções sejam exercidas segundo os ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão do poder econômico.

No âmbito educativo cabe ao CADE difundir a cultura concorrencial por meio de esclarecimentos ao público sobre as formas de infração à ordem econômica (artigo 7º, XVIII, da Lei 8.884/94).

A atuação repressiva do CADE é exercida através do controle de condutas e destina-se a verificar a existência de infrações à ordem econômica tipificadas nos artigos 20 e seguintes da Lei nº 8.884/94 (as vendas casadas, os acordos de exclusividade e a formação de cartel, dentre outras).

A função preventiva do CADE, também chamada de controle de estruturas, envolve a análise de atos de integração ou concentração econômica (fusões, aquisições e incorporações de empresas), de modo a avaliar o impacto desses atos sobre o mercado.

No dizer de Walter Nunes da Silva Júnior a atuação preventiva do CADE tem como foco maior o exame de atos de concentração, mais precisamente a verificação de fusões, incorporações e associações de qualquer espécie entre agentes econômicos (art. 54 e ss. da Lei nº 8.884/94), sendo imprescindível, por esta razão, a análise acurada dos efeitos desses negócios, a fim de preservar a concorrência e mesmo não permitir a concentração econômica acima de 20% do mercado de bem ou serviço analisado, ou quando uma das empresas possui, no mínimo, quatrocentos milhões de faturamento bruto, como estabelece a legislação. Na hipótese do negócio econômico ter o condão de impor restrições à concorrência, o CADE, dependendo da situação, ao invés de impedir o negócio, pode permiti-lo sob condições, impondo obrigações de fazer ou de não fazer...<sup>5</sup>

### 3.4 - Natureza Jurídica do CADE

Como já dito, a Lei nº 8.884/94 transformou o CADE em autarquia federal vinculado ao Ministério da Justiça, passando a integrar a administração indireta conforme disposto no artigo 3º:

*O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão judicante com jurisdição em todo território nacional, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.*

Na doutrina de José dos Santos Carvalho Filho autarquia é conceituada:

---

<sup>5</sup> Silva Júnior, Walter Nunes da - *Revisão Judicial das decisões do CADE – Revista de Direito da Concorrência – n. 12 out/dez 2006 – p. 107-122.*

*(...) como sendo a pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criado por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado.<sup>6</sup>*

Lucia Valle Figueiredo preleciona que:

*Autarquias são pessoas jurídicas de Direito Público – de conseguinte, submetem-se ao regime jurídico de Direito Público – de capacidade administrativa, criadas pelo Estado para persecução de finalidades públicas.<sup>7</sup>*

E o Decreto-Lei 200/67, traz o conceito legal de autarquia, contudo, não faz qualquer referência à personalidade jurídica de direito público, confira-se:

*“Autarquia é o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.*

Tomando como referencial os conceitos doutrinários e o legal, não resta dúvida, portanto, de que o CADE possui natureza de pessoa jurídica de direito público integrante da administração indireta, porquanto autarquia federal criada por lei e dotada de autonomia técnica, orçamentária e administrativa.

### 3.5 - Natureza Jurídica das decisões do CADE

Embora o artigo 3º da Lei nº 8.884/94 estabeleça que o CADE seja um órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, a atividade por ele desenvolvida é de natureza administrativa e não jurisdicional.

Nesse sentido, afirma Eduardo Talamini:

---

<sup>6</sup> *Carvalho Filho, José dos Santos - Manual de Direito Administrativo – Lamen Juris Editora – 19ª edição – p. 421*

<sup>7</sup> *Figueiredo, Lúcia Valle - Curso de Direito Administrativo – Malheiros – Editores – p.82*

*(...) o CADE não desempenha função jurisdicional. Sua atuação é marcadamente "processualizada", no sentido de que se dá por meio de procedimentos que permitem a partição em contraditório daqueles que serão juridicamente atingidos por seus provimentos. Mas esse traço por si só não torna uma atividade jurisdicional. Diz respeito à forma de seu desenvolvimento (estrutura), e não ao seu conteúdo (função). Sob este aspecto, a tarefa que incumbe ao CADE insere-se entre as atribuições do Estado-Administração: controle e regulação da ordem econômica. O desenvolvimento de processo prévio às suas decisões é mecanismo de autocontrole (de resto, hoje imposto como princípio geral a toda atuação administrativa que repercute diretamente sobre a esfera jurídica do administrado – CF, art. 5º LV). Assim, o CADE processa e julga para si mesmo, ou seja, para verificar se sua própria atuação preventiva ou repressiva está conforme ordenamento jurídico – ainda que, para fazê-lo, precise examinar a conformidade com a ordem econômica da conduta daquele que poderá sofrer as medidas preventivas ou repressivas (o "o representado"). Falta ao CADE o atributo da substitutividade, que caracteriza a função jurisdicional. Ele não substitui às partes em conflito para, na condição de terceiro imparcial, estabelecer a solução a que os envolvidos não conseguiam ou não podiam chegar.<sup>8</sup>*

Assim, as decisões proferidas pelo CADE, como entidade administrativa, serão sempre consideradas julgamentos administrativos sem caráter de ato de jurisdição, posto que a prática de atos de jurisdição propriamente ditos é monopólio do Poder Judiciário.<sup>9</sup>

Pelo o exposto, não prevalece o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do REsp. 590960/DF, decidiu, *verbis*:

*(...) a decisão proferida pelo CADE tem, portanto, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES, uma natureza administrativa, mas também jurisdicional, até porque a nova lei antitruste, no art. 3º, como já salientado, conceitua o CADE como um órgão judicante'. Não resta dúvida que as decisões do CADE, pela*

---

<sup>8</sup> Talamini, Eduardo, *Efetivação judicial das decisões e compromissos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei Federal n. 8.884/94) – Procedimentos Especiais Cíveis – Legislação extravagante – Saraiva – 2003 p. 1182/1183 – Coordenadores Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Junior*

<sup>9</sup> Carvalho, Ana Carolina Lopes – *O controle Judicial das decisões do CADE* – p. 49.

*peculiaridade de versarem sobre matéria especificamente complexa, que requer um órgão especializado, apresentam natureza bastante similar a uma decisão judicial. E o legislador quis exatamente atribuir a essa decisão uma natureza especificamente judicial, posto que de origem administrativa.<sup>10</sup>*

#### 4. CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para a consecução de suas atividades, a Administração vale-se de uma quantidade considerável de atos administrativos, os quais se projetam sobre a esfera de interesses não apenas dos agentes públicos, mas dos particulares que, de acordo com a liberdade de opção do administrador público na prática do ato são classificados pela doutrina em vinculados e discricionários.

Nos atos administrativos vinculados, a Administração Pública age de forma mecânica e sem margem de liberdade. Assim, ocorrendo uma situação descrita lei apta a conferir um direito ou interesse, a autoridade competente deve emitir um ato, garantindo ao beneficiário o gozo ou exercício de uma faculdade.

Nos atos discricionários, a lei concede à Administração a possibilidade de agir com base juízos de conveniência e de oportunidade, acerca da própria emissão do ato ou de seu conteúdo. Nesses atos, a lei, ao prever uma determinada competência, intencionalmente outorga um espaço para a livre decisão da Administração Pública.

Acerca da discricionariedade administrativa, obtempera Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

*A discricionariedade administrativa é a chave do equilíbrio entre, de um lado, a autoridade do Poder Público, que é dotado de uma série de prerrogativas que o particular não tem e, de outro, os direitos do cidadão. Cada vez que a Administração Pública adota alguma medida que vai interferir com o direito do*

---

<sup>10</sup> STJ – Resp. 590960/DF – rel. Min. Luiz Fux – j. 26.10.04 – DJ: 21.03.05

*cidadão, entram em conflito esses dois aspectos e análise dos meios de tentar conciliá-los insere-se no tema da discricionariedade.<sup>11</sup>*

Nesse contexto, comumente são questionados os limites da atuação administrativa discricionária, indagando-se até que ponto o Poder Judiciário pode exercer controle sobre esses atos, sobretudo, tendo-se como norte o princípio da separação dos poderes.

Como os atos vinculados estão integralmente determinados e preenchidos pela lei autorizadora, qualquer forma de descumprimento implicará sempre em ilegalidade, de modo que o ato estará sempre sujeito não só controle do Poder Judiciário, mediante provocação, mas também ao controle da Administração que poderá rever o próprio ato.

Nas palavras de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

*Em relação aos atos vinculados, não há dúvida de que o controle de legalidade terá muito mais efetividade. Com efeito. Se todos os elementos do ato têm previsão na lei, bastará para o controle da legalidade, o confronto entre o ato e a lei. Havendo adequação entre ambos, o ato será válido; se não houver, haverá vício de legalidade.<sup>12</sup>*

Em qualquer hipótese o reconhecimento de ilegalidade do ato, implicará em sua extinção mediante decretação de nulidade, surtindo efeitos retroativos *“ex tunc”*.

No tocante aos atos discricionários, estes possuem uma parcela de seus elementos constitutivos fixados pela lei, e uma parcela de elementos fixados pela Administração.

---

<sup>11</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella - *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial da Administração – Processo Civil e Interesse Público – O processo como instrumento de defesa social*- p. 182 - Organizador Carlos Alberto de Salles – São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, Revista dos Tribunais, 2003 – p. 181-190.

<sup>12</sup> Carvalho Filho, José dos Santos - *Manual de Direito Administrativo – Lamen Juris Editora – 19ª edição – p. 44*

Quando os elementos fixados por lei (no mínimo competência, finalidade e forma ) forem violados, o ato discricionário padecerá de ilegalidade, controlável pelo Judiciário e pela própria Administração. Portanto, atos vinculados e também discricionários podem ser declarados ilegais, admitindo-se em ambos os casos o controle jurisdicional.

A parcela fixada pela administração dependerá de critérios de oportunidade e conveniência ao interesse público. Decretar esses elementos é competência exclusiva da administração, constituindo um elemento de separação para a independência e harmonia dos três poderes.

O Judiciário, no âmbito discricionário, somente pode exercer o controle de legalidade, sendo-lhe vedado controlar o mérito do ato administrativo. Isto significa que o juiz não pode substituir os critérios de conveniência e oportunidade utilizados como forma legítima pelo administrador, pelos seus próprios critérios de conveniência e oportunidade. Nesse sentido, destaque-se a doutrina haurida por JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

*Todos os atos administrativos podem submeter-se a apreciação judicial de sua legalidade, e esse é o natural corolário do princípio da legalidade. No que se refere aos atos discricionários, todavia, é mister distinguir dois aspectos. Podem eles sofrer controle judicial em relação a todos os elementos vinculados, ou seja, aqueles sobre os quais não tem o agente liberdade quanto à decisão a tomar (...)*

*O controle judicial, entretanto, não pode ir a o extremo de admitir que o juiz se substitua ao administrador. Vale dizer: não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiraram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não poderá questionar os critérios que a própria lei defere ao administrador.<sup>13</sup>*

---

<sup>13</sup> Carvalho Filho, José dos Santos - Manual de Direito Administrativo – Lamen Juris Editora – 19ª edição – p. 44-45.

Em respeito à independência e harmonia entre os três poderes entende a corrente clássica que é defeso ao Judiciário se manifestar sobre o mérito discricionário, porquanto a Lei confere poderes à Administração para pratica de tal ato. O que pode ser realizado pelos magistrados é um controle dos limites de atuação discricionária, com vistas a verificar se ela excedeu ou não as balizas normativas.

Nesse contexto, a doutrina aprimorou as seguintes teorias como instrumentos de controle do uso da competência discricionária:

a) Teoria dos Motivos Determinantes que permite o controle da existência e veracidade dos motivos alegados como determinantes do ato (elementos inverídicos ou inexistentes) meramente acessórios da motivação em regra não permitem a invalidação do ato.

b) Teoria do devido processo legal substantivo que permite o controle sobre a razoabilidade e a proporcionalidade dos fundamentos aplicados sobre elemento normativo indefinido (emergência da dispensa licitatória) e,

c) Teoria do desvio de poder. Por esta teoria existe ilegalidade suscetível de controle judicial pois ocorre quando a Administração agindo com base no poder discricionário, procurar alcançar fim diverso daquele previsto em lei. Nesse caso, houve um claro desvirtuamento da finalidade específica do instituto, o que implica na possibilidade de invalidação do ato.

Sucedo que, atualmente, considerando a constitucionalização do direito administrativo, é admitido pela doutrina e pela jurisprudência o controle efetivo do mérito (oportunidade e conveniência ) do ato administrativo discricionário, quando em confronto com os princípios contidos na Constituição Federal.

Sobre o tema, assinala Mauro Roberto Gomes de Mattos:

*A Constituição Federal dotou o Poder Judiciário de institutos jurídicos para opor-se aos excessos e abusos cometidos em*

*qualquer dos âmbitos governamentais, sem que se caracterize uam indevida intromissão de um Poder sobre os outros.*

*Portanto, não há interferência indevida de um Poder sobre o outro, quando o Poder Judiciário intervém para assegurar o cumprimento dos princípios constitucionais, mesmo que o ato seja tido como discricionário e que haja a necessidade de análise de mérito, pois o sistema democrático exige tal atuação do referido Poder. A decisão discricionária não é indiferente ao Direito. O ideal do Estado não é a eliminação da discricionariedade, mas sua juridicidade, entendida como o modo de realização do Direito.”<sup>14</sup>*

*Não vigora mais a idéia da discricionariedade clássica, onde a oportunidade e a conveniência eram impenetráveis ao controle judicial, pois os princípios constitucionais foram instituídos para disciplinar uma unidade em todos os atos públicos, podendo haver análise de mérito do ato administrativo.”<sup>15</sup>*

Mais adiante, o ilustre jurista corrobora o que foi aduzido, trazendo a colação a decisão proferida pela Ministra Eliana Calmon que ressalta a a nova visão do Superior Tribunal de Justiça, quanto ao controle judicial do ato administrativo discricionário. Verbis:

*“Administrativo e Processo Civil – Ação Civil Pública – Ato Administrativo Discricionário: nova Visão. 1- Na realidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador (...)” STJ – Rel. Min. Eliana Calmon, REsp nº 493811, j. 11.11.2003, DJ de 15.03.2004, p. 652<sup>16</sup>*

Em conclusão, afirma o ilustre jurista que *ocorre a plena penetrabilidade do ato administrativo discricionário, que não poderá ficar imune ao controle judicial, máxime quando envolver o critério de conveniência e de oportunidade, pois a verdadeira liberdade consiste em praticar o que a*

<sup>14</sup> Mattos, Mauro Roberto, *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar – Editora América Jurídica – 2008 p.42*

<sup>15</sup> Mattos, Mauro Roberto, *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar – Editora América Jurídica – 2008 p.53*

<sup>16</sup> Mattos, Mauro Roberto, *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar – Editora América Jurídica – 2008 p. 55.*

*Constituição estabelece. Com esse eficaz controle o mérito administrativo, não se está cerceando os atos praticados e executados pela Administração Pública, apenas o Poder Judiciário mantém efetiva a unidade da Constituição Federal, quando determina que se cumpram os princípios e as respectivas normas estabelecidos.*<sup>17</sup>

## 5. REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

A discussão acerca da possibilidade de revisão judicial dos atos administrativos, dentre os quais, se incluem as decisões do CADE resta superada diante do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional consagrado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Todavia, embora desnecessária, ante a garantia constitucional, a legislação infraconstitucional assegura também o direito de ação aos prejudicados pela aplicação da lei antitruste, conforme disposto no artigo 29 da Lei nº 8.884/94:

*Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.*

Nesse diapasão, é facultado ao representado, em qualquer momento do processo administrativo, questionar junto ao Judiciário os atos praticados pelos agentes concorrenciais, por meio de ações anulatórias, antecedidas ou não de medidas cautelares.

---

<sup>17</sup> Mattos, Mauro Roberto, *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar* – Editora América Jurídica – 2008 p.66

Adicione-se, ainda, que as decisões do plenário do CADE são títulos executivos extrajudiciais (artigo 60, § 4º), porém destituídos de executoriedade, decorrendo daí a necessidade da Autarquia provocar o Judiciário para a execução na forma da Lei 6.830/80.

Desta forma, nada impede que o Judiciário reveja toda a matéria de defesa do executado, inclusive acerca da origem do título deduzida eventualmente em sede de embargos.

Por outro lado, o reexame do caso junto ao Poder Judiciário, não desnatura a eficácia dos julgamentos exarados pelo CADE, uma vez que a parte que procurar o Judiciário terá de conseguir o desfazimento da coisa julgada administrativa, a fim de não ser compelido ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer ou ao pagamento da multa aplicada.

Tem-se dessa forma, que o CADE não é a única ou a última palavra a respeito de ato infracional à ordem econômica, pois, a despeito de seu pronunciamento sobre o tema, o Judiciário não só pode, como deve, examinar a matéria, para aí sim, diante do trânsito em julgado da decisão o assunto ficar definido.<sup>18</sup>

Portanto, ao permitir, o ordenamento jurídico brasileiro, que as decisões administrativas proferidas pelo CADE sejam revistas pelo Poder Judiciário, elevou este Poder, à condição de implementador da política nacional de defesa da concorrência, ao lado da estrutura administrativa específica.<sup>19</sup>

Ressalte-se, por fim, que obstar a revisão judicial das decisões do CADE constituiria uma verdadeira afronta ao princípio constitucional da ampla defesa, na medida em que o artigo 50 da Lei nº 8.884/94 veda o reexame da questão na seara administrativa, descabendo, portanto, recurso ao Ministro da

---

<sup>18</sup> *Silva Junior, Walter Nunes da - Revisão Judicial das Decisões do CADE – Revista de Direito da Concorrência – n. 12 out/dez 2006 p. 107-122.*

<sup>19</sup> *Oliveira, Amanda Flávio de – Direito de Concorrência: um novo espaço de ativismo judicial? – Revista da Faculdade de Direito da UFMG – n. 46 jan/jun. 2005*

Justiça, como, aliás, já decidiu a 1ª Seção do E. Superior Tribunal de Justiça no MS-10138/DF – rel. Min. Eliana Calmon - DJ 28/11/2005 p. 172.

Logo, eventuais inobservâncias a direitos e garantias processuais no âmbito administrativo não mais poderiam ser reexaminadas por nenhuma outra autoridade.

## 6. CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

A principal função do CADE, como órgão administrativo técnico é a de proferir decisões de mérito sobre condutas anticompetitivas e de concentrações empresariais, cominando as sanções previstas aos infratores.

Nesse passo, suplantada a questão relativa à revisão judicial das decisões do CADE, assume total importância perquirir se referidas decisões são discricionárias, isto é, sujeitas ao juízo de conveniência e oportunidade, ou vinculadas adstritas ao crivo da legalidade, na medida em que a discricionariedade constitui em limite ao controle judicial dos atos administrativos.

Sob este aspecto, é pacífico o entendimento no sentido que são vinculadas as decisões do CADE acerca da apuração das condutas infracionais, divergindo, no entanto, quanto à aplicação das sanções, vejamos:

EDUARDO TALAMINI, afirma que:

*“(...) não há discricionariedade na aferição pelo CADE da ocorrência das infrações da ordem econômica. Os juízos desenvolvidos pelo órgão administrativo, para esse fim, são inteiramente sindicáveis pelo Judiciário.*

*O mesmo se diga quanto à definição das penas pecuniárias (multas penais e coercitivas). A “dosimetria” da multa será feita tomando-se em conta as circunstâncias concretas (gravidade*

*da infração, repercussão sobre o interesse público, condição econômica do infrator etc.). Mas, bem por isso, o CADE não está "livre" para definir o valor das multas. Vincula-se a tais fatores concretos. Logo, o valor das multas poderá ser revisto pelo juiz."<sup>20</sup>*

Em artigo publicado na Revista Jurídica Consulex, aduz o Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região Carlos Fernando Mathias de Souza, a época em exercício junto ao Superior Tribunal de Justiça que:

*"A natureza vinculada dos atos administrativos levados a efeito pelo CADE é incontestável, sobretudo porque, em sua maioria, são atos com efeitos sancionatórios e restritivos da liberdade dos agentes privados, o que, de forma alguma, pode decorrer de uma simples conveniência administrativa."<sup>21</sup>*

Para Gesner Oliveira e João Grandino Rodas as decisões do CADE, tanto com relação a atos de concentração, como a procedimentos administrativos, são emanações de jurisdição voluntária exercitada pela Administração Pública, sendo atos administrativos vinculados<sup>22</sup>

No entanto, Rodrigo Moacyr Amaral Santos perfilha do entendimento de que os atos emanados pelo CADE são ora discricionários ora vinculados, *apud* José Marcelo Martins Proença ao analisar o conteúdo dos §§ 1º e 2º do artigo 54:

---

<sup>20</sup> Talamini, Eduardo, *Efetivação judicial das decisões e compromissos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei Federal n. 8.884/94) – Procedimentos Especiais Cíveis – Legislação extravagante – Saraiva – 2003 p. 1230 – Coordenadores Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didler Junior.*

<sup>21</sup> Souza, Carlos Fernando Mathias de, *O controle jurisdicional dos atos do CADE – Revista Jurídica Consulex – nº 263 de 31.12.2007 – p. 16/17*

<sup>22</sup> Oliveira Gesner e Rodas, João Grandino, *Direito e Economia da Concorrência, Renovar, 2005.*

*Em síntese, verifica-se, portanto, que existem dois parâmetros para a aprovação de atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou que qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços: no primeiro caso, baseado no §1º do artigo 54, apesar de conceitos indeterminados, a administração, verificado o preenchimento de requisitos colacionados em lei, deverá autorizar o ato, podendo, sua decisão, amplamente, ser revista pelo Poder Judiciário, por figurar no campo da legalidade; no segundo caso, com base na previsão constante no §2º do mesmo artigo 54, após a verificação do preenchimento de algumas condições, mesmo que o ato mereça ser reprovado, uma vez que não preencheu os requisitos constantes no § 1º citado, poderá ele ser reprovado, por critérios de conveniência da Administração Pública, baseados em motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e neste último caso, em face da conveniência administrativa, não poderá o Poder Judiciário reformá-la em seu mérito. (in José Marcelo Proença, Concentração empresarial e o Direito da Concorrência. São Paulo, Saraiva, 2001)<sup>23</sup>*

Neste sentido, Fábio Ulhoa Coelho sustenta que há (...) dispositivos na legislação antitruste que somente se justificam pela competência discricionária para aplicação da sanção. É o caso, por exemplo, do artigo 27, pertinente a gradação da pena, do artigo 54, §1º -, que autoriza a aprovação dos atos restritivos ou prejudiciais da concorrência ou dos artigos 38 e 54, §6º -, que prevêem a participação de órgão técnico do Ministério da Fazenda, na tramitação de processos atinentes à matéria antitruste. Se o CADE deixar de punir a infração da ordem econômica, em vista dos benefícios derivados da conduta empresarial ilícita, poderá impor ao representado a assinatura de compromisso de desempenho. O CADE exerce competência vinculada ao

---

<sup>23</sup> Santos, Rodrigo Moacyr Amaral Comentários Comentários à Lei nº 8.884/94 (artigos 3º a 6º) in Direito Concorrencial Aspectos Jurídicos e Econômicos Estudos Doutrinários – América Jurídica – 2003 - p. 149/157 - Coordenadores Marcos da Costa; Paulo Lucena de Menezes e Rogério Gandra da Silva Martins).

tipificar certa prática empresarial como infração da ordem econômica. Sua competência para aplicar sanção, contudo, é discricionária.<sup>24</sup>

Por outro lado, as decisões proferidas pelo CADE são técnicas e, além disso, nota-se em várias passagens da Lei 8.884/94 (artigos 20 e 54), o uso pelo legislador de conceitos jurídicos indeterminados.

Resta saber se as decisões proferidas com base em laudos técnicos e as expressões de conteúdo indeterminado, outorga ao CADE competência discricionária.

## 6.1 DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

Respondendo a tal questionamento, Tércio Sampaio Ferraz Jr. faz a distinção entre discricionariade técnica própria e discricionariade técnica imprópria afirmando que:

*"(...) é preciso distinguir entre a impropriamente chamada discricionariade técnica e a discricionariade técnica própria. A primeira ocorre quando a lei usa conceitos que dependem da manifestação de órgãos técnicos, não cabendo ao administrador se não uma única solução juridicamente válida. Nesse caso o ato, embora com base em conceitos empíricos sujeitos à interpretação técnica, é vinculado. Pôr exemplo o CADE, para constatar prejuízo à concorrência de um ato de concentração recorre a critérios técnicos, como o de barreiras à entrada. "Prejuízo à concorrência" é aí um conceito indeterminado a ser interpretado tecnicamente. Já a discricionariade técnica própria ocorre quando o administrador se louva em critérios técnicos, mas não se obriga pôr eles, podendo exercer seu juízo conforme critérios de conveniência e oportunidade. Pôr exemplo, os laudos técnicos recomendam o tombamento de determinado bem pelo seu valor cultural, mas em virtude de outros critérios (segurança, finanças etc) a autoridade opta pôr não realizá-lo. O que guia a*

---

<sup>24</sup> Ulhoa, Fábio Coelho, *Curso de Direito Comercial – volume 1 – Saraiva – 2006 – 10ª edição*

*decisão são conceitos que tomam sentido, renovadamente, em cada caso.*

*No caso dos atos de aprovação ou desaprovação de atos de concentração, entendo que se trata de atos impropriamente chamados de tecnicamente discricionários. Na verdade, o CADE, ouvida a SDE e a SEAE, com base (no) laudo técnico expresso pelo relator (ou pelo relator designado se o primeiro for voto vencido), toma uma decisão cujo fundamento técnico não expressa um juízo de conveniência e oportunidade mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da livre concorrência. Sua decisão, assim, não é ato político de governo, conforme diretrizes ocasionais, mas ato que cumpre uma política de Estado, conforme diretrizes constitucionais e legais.*

*Assim, se o Plenário reconhece que determinado ato de concentração aumenta barreiras de entrada mas, não obstante, reconhece também que há eficiências que tecnicamente compensam o prejuízo, sua decisão de aprovação é ato vinculado, não discricionário. A expressão legal "poderá autorizar" (art. 54, parágrafo 1º da Lei n. 8.884/9) é, na verdade, poder-dever e não poder discricionário.*

*Se tais atos são vinculados, a possibilidade de recurso ao Judiciário deve ser aprovada. O juiz há de apreciar o mérito da decisão e não apenas questões formais de competência e moralidade. Cabe-lhe, assim, examinar a solidez dos critérios técnicos embasadores da decisão. E isto mormente quando se atenta para o fato de que no capítulo do controle de atos e contratos estamos às voltas com um ato de intervenção do Estado no domínio econômico que pode atingir um direito fundamental, qual seja, a liberdade de iniciativa. Submeter a livre iniciativa, direito subjetivo fundamental, a uma discricionariedade, a um juízo de conveniência e oportunidade com base técnica, é submeter a liberdade à tirania da técnica, à tecnocracia. O CADE ao aprovar ou reprovado emite um juízo técnico, cuja validade jurídica exige a possibilidade de uma revisão quando um direito esteja sendo ameaçado.<sup>25</sup>*

---

<sup>25</sup> Ferraz Jr, Tércio Sampaio - Discricionariedade nas Decisões do CADE Sobre os Atos de Concentração, Tércio Sampaio Ferraz Jr, Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo, vol. 4, nº 6.

Defendem, também, a ausência de discricionariedade das decisões técnicas do CADE, José Inácio Gonzaga Franceschini e Eduardo Molan Gaban nos seguintes termos:

*As decisões técnicas proferidas pelo Cade não têm natureza discricionária. Caso contrário, estar-se-ia sujeitando a livre concorrência aos desígnios de oportunidade e conveniência da administração, risco inadmissível à liberdade econômica. Suas decisões, quanto à questão de fundo, têm cunho vinculado, isto é, estão adstritas aos parâmetros estabelecidos na lei quanto ao mérito da causa. São sempre sujeitas ao controle judicial.<sup>26</sup>*

Walter Nunes da Silva Jr. *apud* Edilson Nobre sustenta que naquelas situações em que a decisão do CADE apresenta conteúdo eminentemente técnico, não se mostra adequada a intervenção ilimitada do juiz. Para ele, portanto, embora as decisões do CADE não sejam infensas ao exame do Judiciário, quando a questão envolver critérios de natureza eminentemente técnica, a imiscuição do magistrado deve se conter à observação do respeito à proporcionalidade ou razoabilidade da medida ou ausência do substrato fático no qual se escorou a decisão ou à existência de erro evidente quanto à apreciação dos fatos.<sup>27</sup>

Assim, em se tratando de questão preponderantemente técnica, em que se discutem critérios necessários para a preservação da concorrência, especialmente aquelas de maior complexidade, que reclamam aprofundado conhecimento do mercado econômico, o juiz deve apreciar o pronunciamento do CADE como se fora o trabalho de um perito, de modo que a refutação a ele deve se escorar em dados técnicos, com o auxílio, se for o caso, de expertos no assunto.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Franceschini, José Inácio Gonzaga e Gaban, Eduardo Molan "O CADE e a Justiça: preocupação real" artigo veiculado no "Valor Econômico" de 18.04.08, disponível no site [www.cade.org.br](http://www.cade.org.br).

<sup>27</sup> Silva Junior, Walter Nunes da - Revisão Judicial das Decisões do CADE – Revista de Direito da Concorrência – n. 12 out/dez 2006 p. 118.

<sup>28</sup> Silva Junior, Walter Nunes da - Revisão Judicial das Decisões do CADE – Revista de Direito da Concorrência – n. 12 out/dez 2006 p. 119.

Do mesmo modo, afirma José Elaeres Marques Teixeira que ao decidir uma questão que envolve conhecimentos técnicos, deve essa autoridade buscar sempre a solução técnica mais adequada ou a melhor solução para o caso. Quanto mais se afastar dessa proposição, maior a probabilidade de a decisão ser alterada mediante revisão judicial<sup>29</sup>

Ademais, afirma Carlos Fernando Mathias de Souza que:

*A corrente doutrinária que defende a imunidade das decisões do CADE é minoritária e sustenta-se apenas nesse argumento do alto grau de especialização técnica. É uma argumentação muito frágil. O Judiciário, muito comumente, julga questões de alta complexidade e, não por acaso, os juízes podem recorrer a peritos. Não se pode esquecer também que, em instâncias superiores, a decisão judicial é tomada por um corpo colegiado bem preparado e habilitado para analisar questões técnicas de mais alta complexidade e relevância. Por outro lado, é sempre bom destacar que tecnicismos em excesso levam a absurdos e distanciamentos da realidade em casos complexos.<sup>30</sup>*

Pautado no entendimento doutrinário é possível concluir que não obstante a tecnicidade das decisões do CADE, o administrador, ao aplicar a Lei nº 8.884/94, não está desvinculado dos princípios e regras estabelecidos por essa lei. Logo, se não cabem valorações subjetivas, não se trata, pois, de juízos de conveniência e oportunidade.

## 6.2 - CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

---

<sup>29</sup> Teixeira, José Eleares Marques – Controle Judicial das Decisões do CADE – Revista do IBRAC, vol. 12, nº 06/2005, p. 172-188.

<sup>30</sup> Souza, Carlos Fernando Mathias de, O controle jurisdicional dos atos do CADE – Revista Jurídica Consulex – nº 263 de 31.12.2007 – p. 16/17

A grande maioria das infrações anticoncorrenciais está descrita através de conceitos indeterminados ou vagos (v. os arts. 20 e 21). Ou seja, o legislador adotou fórmulas genéricas cuja exata definição do sentido exige do aplicador a consideração de circunstâncias concretas. Então, essa atividade de concreta determinação do conceito vago envolve certa “liberdade” do administrador-julgador, a qual será exercida levando-se em conta as “máximas da experiência”, as práticas empresariais, os valores reinantes na comunidade e assim por diante. Mas, nela, não há discricionariedade. Estando o “conceito vago” na hipótese de incidência da norma (a descrição da infração), terão de ser identificados, concreta e precisamente, que fatos a ela se subsumem. E, operada essa identificação, não sobrarão margem de liberdade para o aplicador: ou o fato se enquadra na hipótese de incidência normativa, e impõe-se a autuação da norma; ou o fato não corresponde ao previsto no modelo normativo, e a norma não estará incidindo.<sup>31</sup>

Assim, diversamente do conceito de discricionariedade, em que há mais de uma solução justa possível, em se tratando de conceitos jurídicos indeterminados, só é possível de se pensar numa única solução justa. Afirma a doutrina que a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo.<sup>32</sup>

Diante dos conceitos jurídicos indeterminados, o agente público não tem liberdade de escolha; deve sempre adotar a única solução apregoada pelo dispositivo normativo, sob pena de sua ato ser desfeito, por ilegalidade. Se por

---

<sup>31</sup> *Talamini, Eduardo, Efetivação judicial das decisões e compromissos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei Federal n. 8.884/94) – Procedimentos Especiais Cíveis – Legislação extravagante – Saraiva – 2003 p. 1230 – Coordenadores Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Junior.*

<sup>32</sup> *Teixeira, José Eleares Marques, Nulidades e Controle judicial das autoridades do antitruste – revista CEJ v. 9 n.29, junho/2005 p. 126-130*

um lado, esses conceitos são indeterminados na sua formulação, por outro são considerados determináveis na sua aplicação.<sup>33</sup>

Portanto, a doutrina do Direito de Concorrência considera que, uma vez não há margem para discricção, as decisões do CADE resultantes na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados podem ser revistas pelo judiciário.<sup>34</sup>

É que o CADE tem o dever de buscar a solução ótima desejada pelo legislador, mesmo quando depender da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, pois estes perdem a indeterminação quando aplicados às situações concretas conduzindo a uma única solução válida perante o caso em exame.

## 7. AS DECISÕES DO CADE NOS TRIBUNAIS-COMENTÁRIOS

Diante da crescente judicialização das decisões do CADE torna-se relevante saber qual a postura adotada pelo Poder Judiciário.

Sob este aspecto, percebe-se pela jurisprudência em anexo, que a grande maioria das decisões do CADE que resultam em condenação por conduta anticompetitiva é levada ao Poder Judiciário como tentativa de anular o ato administrativo ou, ao menos postergar o pagamento da multa. Normalmente as empresas ingressam com ações judiciais com pedidos liminares para suspender os efeitos das decisões do CADE.

---

<sup>33</sup> *Teixeira, José Eleares Marques, Nulidades e Controle judicial das autoridades do antitruste – revista CEJ v. 9 n. 29, junho/2005 p. 126-130.*

<sup>34</sup> *Teixeira, José Eleares Marques, Nulidades e Controle judicial das autoridades do antitruste – revista CEJ v. 9 n. 29, junho/2005 p. 126-130.*

Em alguns casos as liminares são deferidas, com o sem depósito judicial da multa aplicada pelo CADE, como foi o caso do “cartel de aço” (sem depósito judicial) e do cartel das “britas” (com depósito judicial) e, em alguns casos, são indeferidas, hipótese em que o CADE ingressa com ação executiva perante o Poder Judiciário para cobrar o cumprimento da decisão administrativa, como ocorreu no “cartel das companhias aéreas”.

## 8. CONCLUSÃO

Com o advento da Lei nº 8.884/94, o CADE se consolidou como autoridade defesa da concorrência, que, na busca de proteção ao interesse da coletividade, decide em última instância administrativa, processos sobre fusões e aquisições (função preventiva) e sobre condutas anticompetitivas, aplicando as sanções (função repressiva).

Do CADE são emanadas decisões administrativas, que a luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado na Constituição Federal, não poderão ser suprimidas da revisão judicial.

Concluiu o trabalho que o CADE ao proferir suas decisões exerce a competência vinculada, mesmo diante da utilização dos conceitos jurídicos indeterminados previstos na Lei nº 8.884/94, e por esta razão submetem-se ao controle judicial pelo seu mérito.

E, mesmo para aqueles doutrinadores que sustentam algum grau de discricionariedade, o mérito das decisões do CADE pode ser submetido ao crivo do Poder Judiciário, diante da nova concepção do direito administrativo, segundo o qual o administrador deverá ser orientar pelos princípios ditados pela Constituição Federal.

Nesse passo, o controle deve ser adequado<sup>35</sup> e amplo tanto nos aspectos processuais, como também no seu próprio mérito, fato consolidado pela jurisprudência e pela doutrina.

---

<sup>35</sup> Oliveira, Amanda Flávio, sustenta que controle adequado seria, nesse caso, aquele em que o juiz estivesse atento às peculiaridades da questão concorrencial, em que procurasse considerar as implicações econômicas de sua decisão, buscasse se informar sobre elas e as levasse em consideração para verificar quais seriam os possíveis reflexos de sua decisão no mercado. Controle inadequado e, portanto, inconcebível, seria aquele em que o magistrado substituísse os diversos estudos, pareceres, dados econômicos constantes da decisão administrativa por uma decisão judicial sem uma fundamentação consistente, sem um exame minucioso das circunstâncias econômicas envolvidas ou presa a argumentos formais (Direito da Concorrência: um novo espaço de ativismo judicial? – Revista da Faculdade de Direito da UFMG – n. 46 jan/jun. 2005 p. 11-22)

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Artigo jornalístico “O CADE E A JUSTIÇA” publicado em 14.01.2008 no Jornal “O Estado de
2. “CAE aprova projeto que reestrutura o CADE e acelera análise de fusões de empresas” – Extraído da Agência Brasil – 10 de novembro de 2009 – Repórter Marcos Chagas disponibilizado no site [www.jusbrasil.com.br/noticias](http://www.jusbrasil.com.br/noticias).
3. Pais, Domingos da Rocha - Atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o controle judicial de suas decisões – Revista Tributária e Finanças Públicas v. 15 n. 76 set/out/2007 – p. 88.
4. Silva Júnior, Walter Nunes da Silva – “A Função judicante do CADE” monografia apresentada ao Mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Revista do CEJ/RN – v. 4 nº 5 p. 201-225 – Nov/98.
5. Silva Júnior, Walter Nunes da - Revisão Judicial das decisões do CADE – Revista de Direito da Concorrência – n. 12 out/dez 2006 – p. 107-122.
6. Carvalho Filho, José dos Santos - Manual de Direito Administrativo – Lamen Juris Editora – 19ª edição – p. 421
7. Figueiredo, Lúcia Valle - Curso de Direito Administrativo – Malheiros – Editores
8. Talamini, Eduardo, Efetivação judicial das decisões e compromissos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei Federal n. 8.884/94) – Procedimentos Especiais Cíveis – Legislação extravagante – Saraiva – 2003 – Coordenadores Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Junior

9. Carvalho, Ana Carolina Lopes – O controle Judicial das decisões do CADE – Intervenção do Estado no Domínio Econômico: temas atuais. Aduaneiras. 2006.
10. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella - Discricionariiedade Administrativa e Controle Judicial da Administração – Processo Civil e Interesse Público – O processo como instrumento de defesa social - Organizador Carlos Alberto de Salles – São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, Revista dos Tribunais, 2003 – p. 181-190.
11. Mattos, Mauro Roberto, Tratado de Direito Administrativo Disciplinar – Editora América Jurídica – 2008.
12. Oliveira, Amanda Flávio de – Direito de Concorrência: um novo espaço de ativismo judicial? – Revista da Faculdade de Direito da UFMG – n. 46 jan/jun. 2005
13. Souza, Carlos Fernando Mathias de, O controle jurisdicional dos atos do CADE – Revista Jurídica Consulex – nº 263 de 31.12.2007 – p. 16/17
14. Oliveira Gesner e Rodas, João Grandino, Direito e Economia da Concorrência, Renovar, 2005.
15. Santos, Rodrigo Moacyr Amaral Comentários Comentários à Lei nº 8.884/94 (artigos 3º a 6º) in Direito Concorrencial Aspectos Jurídicos e Econômicos Estudos Doutrinários – América Jurídica – 2003 - Coordenadores Marcos da Costa; Paulo Lucena de Menezes e Rogério Gandra da Silva Martins).
16. Ulhoa, Fábio Coelho, Curso de Direito Comercial – volume 1 – Saraiva – 2006 – 10ª edição.
17. Ferraz Jr, Tércio Sampaio - Discricionariiedade nas Decisões do CADE Sobre os Atos de Concentração, Tercio Sampaio Ferraz Jr, Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo, vol. 4, nº 6.

18. Franceschini, José Inácio Gonzaga e Gaban, Eduardo Molan “O CADE e a Justiça: preocupação real” artigo veiculado no “Valor Econômico” de 18.04.08, disponível no site [www.cade.org.br](http://www.cade.org.br).

19. Teixeira, José Eleares Marques – Controle Judicial das Decisões do CADE – Revista do IBRAC, vol. 12, nº 06/2005, p. 172-188.

20. Teixeira, José Eleares Marques, Nulidades e Controle judicial das autoridades do antitruste – revista CEJ v.9 n.29, junho/2005 p. 126-130

=====

## 10. ANEXOS – JURISPRUDÊNCIA

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### ADI-MC Nº 1094 - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a) em branco

Sigla do órgão STF

#### Descrição:

Votação: unânime quanto a parte do pedido e por maioria quanto a outra parte, vencidos os Mins. Carlos Velloso e Marco Aurélio. Resultado: indeferida. Acórdãos citados: ADI-1094, ADI-1155. Número de páginas: (49). Análise:(CTM). Revisão:(RCO). Inclusão: 05/07/01, (SVF). Alteração: 03/02/04, (SVF).  
..DSC\_PROCEDENCIA\_GEOGRAFICA: DF - DISTRITO FEDERAL

#### Ementa

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ORDEM ECONÔMICA: INFRAÇÕES. CONSELHO ADMINISTRATIVO DA DEFESA ECONÔMICA - CADE. ABUSOS DO PODER ECONÔMICO: REPRESSÃO. LEI nº 8.884, de 11.06.94. I. - Suspensão cautelar da eficácia dos incisos I e II do art. 24 e as expressões "do Distrito Federal" e "à escolha do CADE", inscritas no art. 64 da Lei 8.884, de 11.06.94. Indeferimento da cautelar quanto ao mais (voto do relator), vencido. II. - Cautelar indeferida.

#### Referência Legislativa

LEG-FED CF ANO-1988 ART-00005 INC-00012 INC-00017 INC-  
00018 INC-00022 INC-00029 INC-00035 PAR-00002 ART-00109  
PAR-00001 PAR-00002 PAR-00003 PAR-00004 ART-00170 INC-  
00001 INC-00004 INC-00009 ART-00173 PAR-00004 PAR-00005  
CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL LEG-FED LEI-005869 ANO-  
1973 ART-00094 "CAPUT" ART-00100 INC-00001 INC-00005 LET-  
A PAR-ÚNICO ART-00188 ART-00585 PAR-00001 ART-00632  
CPC-1973 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL LEG-FED LCP-000075  
ANO-1993 ART-00018 INC-00002 LET-L LEG-FED LEI-001060  
ANO-1950 ART-00005 PAR-00005 LEG-FED LEI-004137 ANO-1962  
ART-00074 LEG-FED LEI-008158 ANO-1991 LEG-FED LEI-008884  
ANO-1994 ART-00010 ART-00020 INC-00001 INC-00002 INC-  
00003 INC-00004 ART-00021 INC-00024 PAR-ÚNICO ART-00023  
PAR-00001 ART-00024 PAR-00002 PAR-00004 ART-00031 ART-  
00054 ART-00055 ART-00060 ART-00061 ART-00064 ART-00065  
ART-0006

---

---

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**1) RESP - RECURSO ESPECIAL - 984249**

Relator(a)

**JOSÉ DELGADO**

Sigla do órgão

**STJ**

Órgão julgador

**PRIMEIRA TURMA**

Fonte

**DJE DATA:29/06/2009**

**Decisão**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, após a reformulação do voto-vista proferido anteriormente pelo Sr. Ministro Luiz Fux, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (voto-vista) os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux (voto-vista) e Denise Arruda (RISTJ, art. 162, § 2º, segunda parte).

**Ementa**

ADMINISTRATIVO. DEFESA DA CONCORRÊNCIA. OPERAÇÃO DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS. APROVAÇÃO PELO CADE. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS. TERMO INICIAL. DATA DA EFETIVAÇÃO DO ATO JURÍDICO COM EFICÁCIA VINCULATIVA. SENTIDO DA LEI Nº 8.884/94 (ART. 54, § 4º) E DA RESOLUÇÃO Nº 15/98 - CADE (ART. 2º). INOBSERVÂNCIA DO PRAZO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DE NATUREZA FORMAL (ART. 54, § 5º), CUJA TIPICIDADE OU CONSUMAÇÃO INDEPENDEM DA LEGITIMIDADE DA

DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA OU DA APROVAÇÃO DA  
OPERAÇÃO PELO CADE. RECURSO PROVIDO.

### **Indexação**

(VOTO VISTA) (MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI)  
IMPOSSIBILIDADE, ALTERAÇÃO, MULTA, FIXAÇÃO, PELO,  
CADE / HIPÓTESE, AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, FIXAÇÃO,  
VALOR, MULTA, COM, CONSIDERAÇÃO, GRADUAÇÃO, ÂMBITO,  
LEI, E, CONDIÇÃO ECONÔMICA, EMPRESA, E, CONSUMAÇÃO,  
INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA / DECORRÊNCIA, NÃO  
CARACTERIZAÇÃO, VIOLAÇÃO, LEI FEDERAL, 1994. (VOTO  
VENCIDO) (MIN. JOSÉ DELGADO) LEGALIDADE, DECISÃO  
RECORRIDA, AFASTAMENTO, APLICAÇÃO, ARTIGO,  
RESOLUÇÃO, CADE / HIPÓTESE, CADE, FIXAÇÃO, PRAZO,  
PARA, EMPRESA, APRESENTAÇÃO, DOCUMENTAÇÃO,  
VINCULAÇÃO, CONTRATANTE, NEGÓCIO JURÍDICO,  
DIFERENÇA, PRAZO, PREVISÃO, PELA, LEI FEDERAL, 1994 /  
DECORRÊNCIA, IMPOSSIBILIDADE, RESOLUÇÃO, CADE,  
INOVAÇÃO, SOBRE, LEI FEDERAL; OCORRÊNCIA, VIOLAÇÃO,  
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL, PRINCÍPIO DA LEGALIDADE;  
INOBSERVÂNCIA, PARÁGRAFO, ARTIGO, LEI FEDERAL, 1994;  
OBSERVÂNCIA, PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS.

### **Data da Decisão**

03/03/2009

### **Data da Publicação**

29/06/2009

### **Referência Legislativa**

LEG:FED LEI:008884 ANO:1994 ART:00054 PAR:00004  
PAR:00005 LEG:FED RES:000015 ANO:1998 ART:00002  
(CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA -  
CADE)

---

**2) AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 859307**

Relator(a)

**ELIANA CALMON**

Sigla do órgão

**STJ**

Órgão julgador

**SEGUNDA TURMA**

**Fonte**

DJ DATA: 25/02/2008 PG:00299

**Decisão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

**Ementa**

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO ECONÔMICO – DESCONSTITUIÇÃO DE MULTA IMPOSTA PELO CADE – NECESSIDADE DE GARANTIA DO JUÍZO – APLICAÇÃO DO ART. 65 DA LEI 8.884/94 – FUNDAMENTO INATACADO – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC: INEXISTÊNCIA – OFENSA AOS ARTS. 3º E 29, § 4º DA LEI 5.764/71 – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. Acórdão que, aplicando o art. 65 da Lei 8.884/94, firmou entendimento de que: a) decisão plenária do CADE tem força de título executivo extrajudicial, que somente poderá ser

desconstituído após a garantia do juízo; b) os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, veracidade e de legalidade, não sendo possível seu eventual afastamento por medida liminar, com flagrante ofensa ao princípio do devido processo legal, a não ser diante de evidências concretas e unívocas, o que não é o caso. 2. Teses em torno dos arts. 18, III e § 1º e 3º, parágrafo único da Lei dos Planos de Saúde; arts. 3º; 4º, caput e § 1º; e 29, § 4º da Lei das Cooperativas; arts. 20, I, II e IV, 21, IV e V e 65 da Lei Antitruste e art. 5º, XXXV da CF, que não têm o condão de afastar os fundamentos do acórdão recorrido, que se encontra devidamente fundamentado e não padece do vício de omissão. Alegação de ofensa aos arts. 458 e 535, II do CPC que se afasta. 3. Ausência de prequestionamento das teses em torno dos arts. 3º e 29, § 4º da Lei 5.765/71. 4. Agravo regimental não provido.

### **Indexação**

VEJA A EMENTA E DEMAIS INFORMAÇÕES.

### **Data da Decisão**

12/02/2008

### **Data da Publicação**

25/02/2008

### **Referência Legislativa**

LEG:FED LEI:005869 ANO:1973 \*\*\*\*\* CPC-73 CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL DE 1973 ART:00458 ART:00535 INC:00002  
LEG:FED SUM:\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* SUM(STF) SÚMULA DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL SUM:000282

---

**3) AGRMC - AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR -  
12927**

Relator(a)

**HUMBERTO MARTINS**

Sigla do órgão

**STJ**

Órgão julgador

**SEGUNDA TURMA**

Fonte

**DJ DATA:17/10/2007 PG:00267**

**Decisão**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental para dar efeito suspensivo ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

**Ementa**

MEDIDA CAUTELAR - EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL QUE DISCUTE DESCONSTITUIÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO - DEPÓSITO JUDICIAL - DISCUSSÃO SOBRE O EFETIVO VALOR INSTRUMENTALIZADO NA CDA FORMADA PELA PROCURADORIA DO CADE - FUMUS BONI IURIS - PERICULUM IN MORA - DEPÓSITO INTEGRAL REALIZADO EM INSTITUIÇÃO BANCÁRIA QUANDO DA MULTA ADMINISTRATIVA - DEVER DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA, NÃO DO PARTICULAR, REALIZAR AS DEVIDAS ATUALIZAÇÕES MONETÁRIAS DO VALOR - EXECUÇÃO DO VALOR DA MULTA - POSSIBILIDADE

DE DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO AO PARTICULAR - CAUTELAR DEFERIDA. 1. A agravante, por sua vez, acaba por demonstrar que, de fato, à época da aplicação da penalidade, realizou o depósito no montante integral, não podendo ser a ela atribuído o ônus, ainda, de manter as correções monetárias em bom andamento, pois o depósito foi feito em instituição bancária oficial, a quem incumbe a correta atualização do valor. Recurso especial em processamento. Fumus boni iuris configurado. 2. Clara a existência do periculum in mora, uma vez que, até se resolver a pendência jurisdicional que se coloca entre as partes, a agravante poderá ver-se obrigada a realizar o pagamento de valor que, sem uma análise exauriente, possa não corresponder à realidade, ou mesmo ter seus bens penhorados por conta disso, ou ainda, a sua conseqüente inscrição no CADIN, trazendo efeitos deletérios à imagem objetiva da pessoa jurídica. Agravo regimental provido, para dar provimento aos pedidos principais da própria cautelar e conceder efeito suspensivo ao recurso especial interposto.

#### **Indexação**

VEJA A EMENTA E DEMAIS INFORMAÇÕES.

#### **Data da Decisão**

20/09/2007

#### **Data da Publicação**

17/10/2007

#### **Referência Legislativa**

LEG:FED LEI:005172 ANO:1966 \*\*\*\*\* CTN-66 CÓDIGO  
TRIBUTÁRIO NACIONAL ART:00151 INC:00002

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO**

**1) AC - APELAÇÃO CIVEL - 200534000150428**

Relator(a)

**DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA**

Sigla do órgão

**TRF1**

Órgão julgador

**QUINTA TURMA**

Fonte

**e-DJF1 DATA:02/10/2009 PAGINA:264**

**Decisão**

A Turma, por maioria, deu parcial provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação.

**Ementa**

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ATO DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS (NESTLÉ E GAROTO). INDEFERIMENTO DE APROVAÇÃO PELO CADE. PEDIDO DE REAPRECIÇÃO COM PROPOSTA DE DESINVESTIMENTO. MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO. VOTO DO RELATOR. FALTA DE MOTIVAÇÃO ADEQUADA. ANULAÇÃO DESSE VOTO E, EM CONSEQÜÊNCIA, DA DECISÃO, TOMADA POR MAIORIA DE UM VOTO. SENTENÇA EM QUE SE CONSIDERA APROVADO O ATO DE CONCENTRAÇÃO POR DECURSO DE PRAZO (ART. 54, § 7º, DA LEI 8.884/94). FUNDAMENTO DE FALTA DE MOTIVAÇÃO NA REQUISIÇÃO DE DILIGÊNCIAS SUSPENSIVAS DESSE PRAZO. INSUBSISTÊNCIA. PROVIMENTO PARCIAL À REMESSA OFICIAL E À APELAÇÃO. DEFERIMENTO PARCIAL DO PEDIDO INICIAL, POR OUTRO FUNDAMENTO.

1. A disposição do art. 54, § 7º (segunda parte), da Lei n. 8.884/94 não pode significar a possibilidade de aprovação automática e, conseqüentemente, renúncia de competência, exceto na hipótese de absoluta inércia da Administração em casos "nos quais, por não vislumbrar qualquer risco à ordem econômica, e até para evitar os custos inerentes a uma sessão de julgamento - e.g. despesas das partes com advogados e deslocamento -, o órgão julgador simplesmente se abstém de qualquer providência, deixando escoar in albis o prazo legal" (parecer do MPF). 2. A alegação de fato consumado é incompatível com a justificativa do pedido inicial de antecipação de tutela: "Nem se alegue haver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, pois, desde já, as Autoras apresentam 'Termo de Responsabilidade de Preservação da Reversibilidade da Operação'. Tal como feito no âmbito do CADE, por meio desse Termo são adotadas medidas aptas a preservar condições de mercado, prevenindo mudanças irreversíveis ou de difícil reparação na estrutura das empresas até o julgamento do mérito da presente ação". 3. Não bastasse a provisoriedade ínsita a situação criada sob o pálio de antecipação de tutela, resultados obtidos numa situação em que a sorte do ato de concentração econômica ainda está pendente de aprovação não são totalmente confiáveis. De outra parte, o fato de as empresas terem optado por realizar o negócio para só após requererem aprovação pelo CADE, quando poderiam ter requerido preventivamente tal aprovação, desautoriza a alegação de fato consumado. 4. Quanto às várias alegações de nulidade do processo administrativo, a pedra de toque é o voto de mérito do Relator originário, no julgamento do pedido de reapreciação. Nesse pedido, pretenderam as empresas "fossem sanados erros da decisão anterior, como a construção equivocada" de sua participação de mercado, "e a possibilidade de serem desmembrados ativos tanto da NESTLÉ como da GAROTO para serem vendidos, de modo a solucionar as preocupações concorrenciais da decisão". 5. Na argumentação das Autoras, "considerando-se o índice decorrente dos dados econômicos auditados pela ACNielsen, rotineiramente utilizado pelo CADE, inclusive em precedente que envolvia o mesmo mercado de chocolates, a participação da NESTLÉ/GAROTO no mercado de chocolates sob todas as formas seria reduzida para 38,2%", o que seria "absolutamente aceitável do ponto de vista concorrencial, além de situar-se bem abaixo do índice aceito pelo Relator, de 44,47%". 6. Desde o início do processo, a possibilidade de uma solução intermediária entre a aprovação e a desaprovação total do ato de concentração havia sido cogitada, conforme se verifica na manifestação da Secretaria de Defesa Econômica, a que aderiu a

Procuradoria do CADE, no parecer do Ministério Público Federal (reafirmado em parecer no pedido de reapreciação), e no voto (vencido) do então Presidente do CADE, no julgamento originário. 7. Vencido na preliminar de não conhecimento do pedido de reapreciação, o Relator rejeitou o que chamou de "proposta resultante de uma reengenharia" do ato de concentração (criação de nova empresa do mercado de chocolates, com a transferência de ativos e produtos da Nestlé e da Garoto), argumentando: a) haver equívoco das empresas quando interpretam seu voto, no julgamento originário, como admitindo índice de 44,47% na concentração de mercado de chocolates; b) a existência da Garoto em sua forma integral é melhor para o mercado e para os consumidores e um bem para o Estado do Espírito Santo, o Município de Vila Velha e os trabalhadores; c) a operação proposta pela Nestlé "é qualitativamente inferior, do ponto de vista da rivalidade competitiva nesse mercado de chocolates, à anteriormente decidida pelo CADE", "além de não necessariamente resolver os problemas trazidos pela maior concentração de mercado relevante". 8. Exista ou não, no Brasil, algum competidor com 20% de participação no mercado de chocolates, o certo é que foi determinada a venda da Garoto a um competidor que tivesse participação de mercado de até 20%. Logo, foi admitido, em tese, índice de concentração de até 44,47% (20% + 24,47%) e a proposta de desinvestimento reduz abaixo desse índice a participação da Nestlé/Garoto. 9. Em segundo lugar, a manutenção do status quo será sempre melhor (qualitativamente superior) para a concorrência e para os consumidores que qualquer operação de concentração econômica. Mas, com base nessa premissa, não poderia haver qualquer ato de concentração de empresas. É necessário verificar se, apesar de resultar algum prejuízo para a livre concorrência e para os consumidores, o ato ainda assim comporta-se dentro de limites tolerados pelo sistema jurídico. No voto do Relator, aceitando-se implicitamente os índices fornecidos pelo Instituto ACNielsen (com o que fica superada discussão sobre o caráter sigiloso dos dados colhidos pela SEAE/MF), não foi enfrentada a questão desse limite tolerável, em confronto com a solução proposta. 10. Contra a validade do voto do Relator ainda conspiram o fato de, após sua saída do CADE, não ter sido (aquele voto) confirmado por novo relator designado para o processo, apesar da posterior realização de audiência pública, e a juntada de documentos só após a conclusão do julgamento, irregularidade esta que contamina também os demais votos. 11. A anulação desse voto causa a anulação de todo o julgamento do pedido de reapreciação, uma vez que a decisão deu-se pela maioria de um voto. 12. Provimento parcial à remessa oficial, tida como

interposta, e à apelação para, reformando a sentença, apenas anular o julgamento, pelo CADE, do pedido de reapreciação, a fim de que outro julgamento se proceda na devida forma (item j do pedido inicial).

**Data da Decisão**

09/09/2009

**Data da Publicação**

02/10/2009

---

**2) AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 200901000192063**

Relator(a)

**DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA**

Sigla do órgão

**TRF1**

Órgão julgador

**QUINTA TURMA**

Fonte

**e-DJF1 DATA:03/07/2009 PAGINA:153**

**Decisão**

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo de instrumento.

**Ementa**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO - SDE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR SIGILOSA. EMPRESAS DE INFORMÁTICA. LICITAÇÕES NA ÁREA DE INFORMÁTICA.

ÍNDICIOS DE FORMAÇÃO DE CARTEL. INFRINGÊNCIA DA LEI Nº 8.884/94. MEDIDA CAUTELAR. BUSCA E APREENSÃO. LEI Nº 8.884/94, ART. 35-A. LEGITIMIDADE ATIVA DA UNIÃO. INAPLICABILIDADE DAS REGRAS DO CPC QUE REGEM AS AÇÕES CAUTELARES. PREVALÊNCIA DA NORMA ESPECÍFICA. PRECEDENTE DO STJ (MC 12748/SP). PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA E SÚMULA VINCULANTE Nº 14. INOCORRÊNCIA. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. PRESENTES. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO SIGILO DAS INFORMAÇÕES NA SDE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Consta dos autos que Secretaria de Direito Econômico instaurou em 06 de março de 2009 Averiguação Preliminar Sigilosa para apurar a existência de cartel no mercado de aquisição de serviços de tecnologia da informação no Distrito Federal. Segundo o apurado pela SDE, um conjunto de empresas e um sindicato teriam um papel chave na implementação dos acordos ilícitos: Politec, Policentro, Poliedro, CTIS e SINDESEI - Sindicato das Empresas de Serviços de Informática do Distrito Federal. 2. Estabelece a Lei nº 8.884/94 (art. 14, III e VI), que compete à Secretaria de Defesa Econômica - SDE proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, as averiguações preliminares para instauração de processo administrativo, bem como instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica, em consonância com o disposto no art. 173, § 4º, da CF/88. 3. "A Advocacia-Geral da União, por solicitação da SDE, poderá requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse da instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal" (Lei nº 8.884/94, art. 35-A). 4. Ao ajuizar a ação de busca e apreensão, com fundamento no artigo 35-A, da Lei Antitruste, a Advocacia Geral da União não está realizando investigação, mas sim, propondo medida para fins de instrução de procedimento de averiguações preliminares de infração contra a ordem econômica, realizada pela SDE, o que é tarefa que lhe compete. Tal atuação não adentra ou se confunde com a competência do Ministério Público para promover inquérito civil, requisitar diligências investigatórias e instaurar inquérito policial (CF/88, art. 129, III e VIII); nem tampouco, da Polícia Federal para apurar infrações penais (CF/88, art. 144, § 1º, I). 5. "Busca e

apreensão de documentos para instruir processo administrativo do CADE, em combate a cartel, com disciplina específica (Lei 8.884/94). Ilegalidade quanto à decisão que, desprezando a lei específica, firma-se em regra do CPC" (MC 12748/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03/05/2007, DJ 17/05/2007 p. 225). 6. Inocorrência da prescrição estabelecida no parágrafo 1º, do artigo 1º, da Lei nº 9.873/99, que prevê a sua incidência quando o procedimento administrativo ficar parado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, porquanto a Administração Pública desde a apresentação da denúncia pelo Ministério da Educação praticou atos que impulsionaram o procedimento administrativo até a instauração da averiguação preliminar. 7. "O acesso amplo aos elementos de prova, ao qual respeita a Sumula Vinculante n. 14, há de ser assegurado, sim, porém não de modo a comprometer o regular e fluente andamento do inquérito policial. Os trâmites procedimentais referentes às investigações policiais hão de ser atendidos, sem antecipações de vista das quais resulte a ampliação de prazos, da defesa, estabelecidos em lei" (Rcl 8.173/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJ nº 103, do dia 04/06/2009). 8. A averiguação preliminar é simples e rápida e somente na hipótese de ser apurada a existência de fatos que mereçam melhor investigação, será instaurado o procedimento administrativo probatório, no qual será resguardado aos envolvidos o pleno exercício dos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, dentre outros. 9. Em razão das denúncias dos Ministérios da Educação e Justiça, bem como a veiculação de notícias na imprensa especializada em assuntos de informática, a Secretaria de Desenvolvimento Econômico, deflagrou procedimento administrativo de averiguação preliminar, objetivando apurar a existência de grupo de empresas que, em reunidas em cartel, fraudam licitações, restringindo a concorrência. 10. Os elementos contidos nos autos demonstram de forma robusta a existência de indícios de que as grandes empresas de informática que atuam no Distrito Federal concentram a maior parte dos recursos gastos pelo Governo Federal com serviços de informática, bem como a possibilidade de ocorrência de fraudes nas licitações e infrações a ordem econômica (Lei nº 8.666/94, artigos 20 e 21). 11. A cautelar de busca e apreensão revela-se necessária ao pleno esclarecimento dos ilícitos administrativos deduzidos, sendo indispensáveis para uma segura e completa formação do acervo instrutório da investigação conduzida pela SDE. Os métodos utilizados pelo grupo de investigação para cometer as infrações contra a ordem econômica baseiam-se na fraude e na dissimulação. Destarte, as provas das supostas manobras por eles perpetradas somente

podem ser obtidas, de modo cabal, através da obtenção de elementos mantidos no interior das empresas e sindicato envolvidos, o que se torna possível apenas mediante a concessão da ordem judicial de busca e apreensão postulada. 12. "A adoção da referida medida preventiva não afronta as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. A uma, porque se trata de tutela de urgência perfeitamente compatível com o devido processo legal. A duas, porque a urgência existente autoriza a imediata adoção de medidas restritivas, mediante resguardo do contraditório diferido", bem como "não há ofensa ao art. 5º, XVIII, da Constituição Federal, tendo em vista que a proibição de interferência estatal no funcionamento das associações e cooperativas somente diz respeito à atuação legítima dessas pessoas jurídicas, não servindo de escudo contra a adequada atuação do Estado no combate à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência" (AGA 2007.01.00.025609-0/DF, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ p.57 de 14/12/2007). 13. As informações privadas da agravada (segredos de empresa) devem ser preservadas pelo sigilo da averiguação preliminar na SDE, conforme possibilitado pela própria Lei nº 8.884/94. 14. Agravo de instrumento parcialmente provido tão-somente para determinar a tramitação do procedimento administrativo de investigação preliminar perante a Secretária de Direito Econômico - SDE, em caráter sigiloso (Lei nº 8.884/94, art. 30, § 3º), bem como para facultar a substituição dos documentos originais por cópia, nos termos em que deferido na decisão que apreciou o pedido de efeito suspensivo.

Data da Decisão

**17/06/2009**

Data da Publicação

**03/07/2009**

Referência Legislativa

LEG\_FED SUV\_000014 STF LEG\_FED LEI\_009873 ANO\_1999  
ART\_00001 PAR\_00001 LEG\_FED LEI\_010149 ANO\_2000  
LEG\_FED LEI\_008666 ANO\_1994 ART\_00020 ART\_00021  
ART\_00049 ART\_00090 LEG\_FED OFI\_000088 ANO\_2005 SAA-  
SE-MEC LEG\_FED CFD\_000000 ANO\_1988 ART\_00173  
PAR\_00004 ART\_00129 INC\_00003 INC\_00008 ART\_00144

PAR\_00001 INC\_00001 ART\_00170 \*\*\*\*\* CF-88 CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL LEG\_FED EDT\_000001 ANO\_2005 LEG\_FED  
OFI\_001810 ANO\_2005 CGAI/DPDE LEG\_FED OFI\_003193  
ANO\_2008 DPDE LEG\_FED OFI\_003219 ANO\_2008 DPDE  
LEG\_FED LEI\_008884 ANO\_1994 ART\_00020 INC\_00001  
INC\_00002 INC\_00003 INC\_00004 PAR\_00001 PAR\_00002  
PAR\_00003 ART\_00035 ART\_00054 ART.35-A LEG\_FED  
MMO\_000083 ANO\_2009 LEG\_FED DEL\_003689 ANO\_1941  
ART\_00040 \*\*\*\*\* CPP-41 CODIGO DE PROCESSO PENAL  
LEG\_FED CFD\_000000 ANO\_1988 ART\_00001 INC\_00004 \*\*\*\*\*  
CF-88 CONSTITUIÇÃO FEDERAL LEG\_FED LEI\_008884  
ANO\_1994 ART\_00030 PAR\_00003 ART\_00014 INC\_00003  
INC\_00006 ART\_00021 INC\_00001 INC\_00002 INC\_00008  
INC\_00024 LEG\_FED LEI\_008884 ANO\_1994 ART\_00001  
ART\_00033 ART\_00028 ART.28 REVOGADO PELA LEI 9.873/99.

### **3) AC - APELAÇÃO CIVEL - 200101000367411**

Relator(a)

**DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA**

Sigla do órgão

**TRF1**

Órgão julgador

**QUINTA TURMA**

Fonte

**e-DJF1 DATA:31/07/2008 PAGINA:177**

Decisão

A Turma, por maioria, preliminarmente, rejeitou a questão de ordem suscitada, e, por unanimidade, negou provimento á apelação.

## Ementa

DIREITO ECONÔMICO. VENDA CASADA E CRIAÇÃO ILEGÍTIMA DE DIFICULDADE A CONCORRENTE. FORNECIMENTO DE TONERS E REVELADORES. MULTA DO CADE. ART. 3º, INCISO VIII DA LEI 8.158/91. ART. 2º, I, G, DA LEI 4.137/62. ART. 173, § 4º, DA CF/88. 1. A decisão objeto da presente medida cautelar foi tomada no processo administrativo nº 23/91 que reúne sindicâncias instaladas pelo antigo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, além de representações à Secretaria de Direito Econômico, nas quais empresas concorrentes da apelante procuram demonstrar que, desde 1988, a apelante estaria exercendo pressão sobre os locatários de suas máquinas de reprodução de fotocópia com o objetivo de fazê-los adquirir materiais de consumo para uso em seus equipamentos de marca "XEROX", vinculando, dessa maneira, a prestação de assistência técnica prevista em contrato à utilização dos materiais de consumo, o que daria ensejo à chamada venda casada. 2. Para condenar a autora, o CADE lastreou-se no art. 2º, I, "g", da Lei nº 4.137/62, de 10 de setembro de 1962, e no art. 3º, incisos II, VIII e XVI da Lei nº 8.158/91, de 08 de janeiro de 1991, que assim dispõem: "Art. 2º. Consideram-se formas de abuso econômico: I. Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de: g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa." Lei 8.158/91: "Art. 3º Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo de deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins não sejam alcançados, tais como: II. Subordinar a venda de bens à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação dos serviços à utilização de outro ou à aquisição de um bem. XVI. Criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas". 3. Consideram-se formas de abuso econômico: dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento da empresa (art. 2º, I, g, da Lei 4.137/62). 4. Constitui infração à ordem econômica qualquer conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, tais como: subordinar a venda de bens à aquisição de outro ou à utilização de outro ou à aquisição de um bem (art. 3º da Lei 8.158/91). 5. A ordem econômica, fundada na

valorização do trabalho humano e na livre iniciativa observa o princípio da livre concorrência (CF, art. 170). 6. A lei reprime o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, CF/88). 7. Não se pode admitir que agentes econômicos, seja através de ato unilateral, seja mediante a celebração de um contrato, impeçam que a livre concorrência exerça o seu papel no mercado. 8. Tendo sido praticados centenas de condutas antijudiciais na vigência das Leis 4.137/62, 8.158/91 e 8884/94, incidem todas as normas protetoras da livre concorrência. 9. A condenação imposta pelo CADE à autora não decorreu apenas do texto do art. 3º da Lei nº8.158/91 que proíbe a prática da venda casada, mas também do art. 2º, I, g, da Lei 4.137/62, que considera como forma de abuso econômico a criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa. 10. A prova de que a autora dificultava o funcionamento e o desenvolvimento de suas concorrentes está nas várias representações contra ela movidas perante o CADE, assim como da documentação acostada aos autos. 11. A alegação de que houve um aumento considerável no número de empresas concorrentes da autora não deve ser creditada ao seu despreendimento, mas sim, ao aumento do mercado e a atuação do CADE, que tornou-se mais rigoroso a partir da edição das Leis 8.158/91 e 8.884/94. 12. Não se verificou a aplicação retroativa de lei. A XEROX apelante detém posição dominante no mercado de locação e prestação de assistência técnica com uma participação de 91%, no mercado de material de consumo para equipamentos de fotocopiadoras, com participação de 74% a 100%. 13. É evidente que existe uma interdependência do mercado de aluguel de máquinas fotocopiadoras e o material de consumo, principalmente no que se refere a tinta de imprimir chamada de "toner". 14. A apelante impunha a seus milhares de clientes cláusula padrão em contrato de prestação de serviço de assistência técnica que impede as tomadoras de serviço de adquirir material de consumo fabricado por outra empresa que não os da sua marca. Isto significa, na linguagem antitruste, abusar da posição dominante para criar dificuldade ao funcionamento e ao desenvolvimento do mercado. Ou seja, criou barreiras artificiais para retirar ou impedir a entrada no mercado de produtos de impressão similares ao da apelante. Não se trata de criticar ou impedir que uma empresa tenha posição dominante, a questão diz respeito a se empregar manobras para restringir a concorrência. 15. A cláusula contratual em questão, reforçada pelos elementos de prova constantes dos autos, figura a venda casa repudiada pelo legislador, art. 3º, inciso VIII, da Lei 8.158/91 e cria

dificuldade à constituição e ao desenvolvimento de empresa igualmente vedada pela Lei 4.137/62, art. 2º, inciso I, alínea "g" e pela própria Lei 8.158/91, art. 3º, incisos II e XVI. 16. Dada a perpetuação no tempo da conduta anticoncorrencial da apelante, não há se falar em violação ao art. 5º, XXXIX da CF/88 e muito menos a norma do art. 5º, inciso XL (retroação da lei punitiva mais severa). 17. Honorários advocatícios fixado no valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) de acordo com o voto-médio do Desembargador Federal Fagundes de Deus. 18. Apelação da XEROX improvido.

#### **Data da Decisão**

07/05/2008

#### **Data da Publicação**

31/07/2008

#### **Referência Legislativa**

LEG\_FED LEI\_004137 ANO\_1962 ART\_00002 INC\_00001 LET\_G  
ART\_00043 ART\_00044 LEG\_FED LEI\_008158 ANO\_1991  
ART\_00003 INC\_00002 INC\_00008 INC\_00016 ART\_00002  
LEG\_FED CFD\_000000 ANO\_1988 ART\_00173 PAR\_00004  
ART\_00170 ART\_00005 INC\_00039 INC\_00040 \*\*\*\*\* CF-88  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL LEG\_FED LEI\_008884 ANO\_1994  
ART\_00020 INC\_00004 INC\_00001 ART\_00021 INC\_00023  
LEG\_FED LEI\_008035 ANO\_1990 ART\_00004 LEG\_FED  
DEC\_000036 ANO\_1991 ART\_00015 LEG\_FED LEI\_005869  
ANO\_1973 ART\_00020 PAR\_00003 PAR\_00004 \*\*\*\*\* CPC-73  
CODIGO DE PROCESSO CIVIL LEG\_FED LEI\_008884 ANO\_1992  
LEG\_FED DEL\_002848 ANO\_1940 ART\_00001 ART\_00002 \*\*\*\*\*  
CP-40 CODIGO PENAL

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO**

**APELREE - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 1296353**

Relator(a)

**JUIZA CECILIA MARCONDES**

Sigla do órgão

**TRF3**

Órgão julgador

**TERCEIRA TURMA**

Fonte

**DJF3 CJ1 DATA:06/10/2009 PÁGINA: 234**

Decisão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

**Ementa**

ADMINISTRATIVO. MULTA APLICADA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICO - INFRAÇÃO A DISPOSITIVO DA LEI Nº 8.884/94. PRÁTICA RESTRITIVA DA CONCORRÊNCIA - CONFIGURAÇÃO. 1. A penalidade em cobrança no presente executivo fiscal (multa diária aplicada com fundamento no artigo 25 da Lei nº 8.884/94), foi aplicada em razão de decisão condenatória proferida em Processo Administrativo (conforme demonstrativo de débito de fls. 55). Entendeu o Plenário do Cade, portanto, haver por parte da embargante prática de atos ou situações que configuram infração à ordem econômica. Tais infrações, que se verifica dos autos, consubstanciam-se em razão de

dispositivo estatutário que estaria a vedar a associação de médicos a ela credenciados a outras empresas operadoras de planos de saúde (concorrentes). A embargante não contesta a existência de tal cláusula estatutária, porém entende que a cláusula em questão não configura infração à ordem econômica. Neste sentido, cito o seguinte trecho extraído das contrarrazões oferecidas (fls. 223): "a imposição estatutária desta exclusividade não fere a livre concorrência, mas representa apenas a fidelidade do cooperado com a Cooperativa da qual é um dos associados". 2. A questão, vista sob o ângulo interna corporis, ou seja, no âmbito da relação entre o médico associado e a cooperativa pode não conter, em si, um vício, pois a adesão é feita voluntariamente. Assim, aquele que ingressa nos quadros da cooperativa deve fazê-lo com conhecimento das disposições de seu estatuto, o que gera uma presunção de que não se opõe a elas. A matéria trazida a estes autos, no entanto, é outra: não se trata da alegação de qualquer irregularidade nesta relação interna, mas sim dos efeitos danosos que determinada disposição estatutária causa ao produzir efeitos no âmbito externo, especificamente em razão de causar entraves ao pleno exercício das atividades das demais operadoras de planos de saúde, conduta que infringe as disposições da Lei nº 8.884/94 acima transcritas. Portanto, a aplicação de penalidade à embargante revela-se legítima, pois visa a resguardar o exercício da livre concorrência. (Precedentes: TRF 3ª Região, 3ª Turma, REOAC 1231402, Relator Juiz Federal Convocado Cláudio Santos, DJU em 16/04/08, página 646; TRF 1ª Região, 5ª Turma, AMS 200434000132950, Relatora Des. Fed. Selene Maria de Almeida, e-DJF1 em 06/06/08, página 267) 3. Apelação e remessa oficial providas.

**Data da Decisão**

17/09/2009

**Data da Publicação**

06/10/2009

**Referência Legislativa**

LEG-FED LEI-8884 ANO-1994 ART-25

-----  
-