

28/05/2019

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.083.955 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
AGTE.(S) : CASCOL COMBUSTÍVEIS PARA VEÍCULOS LTDA E
OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : MARCELO LUIZ AVILA DE BESSA
ADV.(A/S) : FERNANDA GUIMARÃES HERNANDEZ
AGDO.(A/S) : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA - CADE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

EMENTA: AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. PRÁTICA LESIVA TENDENTE A ELIMINAR POTENCIALIDADE CONCORRENCIAL DE NOVO VAREJISTA. ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCURSIONAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida *expertise* do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos.

2. O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de *expertise* e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

3. A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial.

4. A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar

RE 1083955 AGR / DF

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

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

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

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

RE 1083955 AGR / DF

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

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

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

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

RE 1083955 AGR / DF

12. O Tribunal *a quo* reconheceu a regularidade do procedimento administrativo que impusera às recorrentes condenação por práticas previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste), razão pela qual divergir do entendimento firmado no acórdão recorrido demandaria o reexame dos fatos e provas, o que não se revela cognoscível em sede de recurso extraordinário, face ao óbice erigido pela Súmula 279 do STF.

13. Agravo regimental a que se **NEGA PROVIMENTO**.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Luís Roberto Barroso.

Brasília, 28 de maio de 2019.

Ministro **LUIZ FUX - RELATOR**

Documento assinado digitalmente

28/05/2019

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.083.955 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
AGTE.(S) : CASCOL COMBUSTÍVEIS PARA VEÍCULOS LTDA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : MARCELO LUIZ AVILA DE BESSA
ADV.(A/S) : FERNANDA GUIMARÃES HERNANDEZ
AGDO.(A/S) : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de agravo interno interposto pela Cascol Combustíveis para Veículos Ltda contra decisão de minha relatoria que negou provimento ao recurso extraordinário. O *decisum* restou assim ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. PRÁTICA LESIVA TENDENTE A ELIMINAR POTENCIALIDADE CONCORRENCIAL DE NOVO VAREJISTA. ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. PECEDENTES. ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. INCURSIONAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. RECURSO DESPROVIDO”.

Inconformada, a agravante reitera as razões expendidas no recurso extraordinário e ressalta que “o Tribunal de origem se negou a verificar a legalidade do ato administrativo, sob o fundamento de que seria impossível, sob qualquer aspecto, a revisão judicial das decisões do CADE, inclusive se abusivas ou ilegais”. Aduz que o recurso extraordinário discute a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos expedidos pelo CADE,

RE 1083955 AGR / DF

notadamente aqueles que impõem pena aos administrados.

Articula que o acórdão recorrido *“diverge do entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que é permitido ao Poder Judiciário o controle da legalidade do ato administrativo, ainda que sob o prisma da ilegalidade ou abusividade”*. No tocante à incidência da Súmula 279 do STF, a agravante argumenta que sua pretensão *“não demanda o reexame do conjunto fático probatório dos autos, mas, tão somente, analisar e julgar se as decisões do CADE são imunes à revisão judicial, sob qualquer ângulo, ainda que da ilegalidade ou abusividade”*.

Ao final, requer o provimento do agravo regimental para *“reformular o acórdão recorrido, a fim de restabelecer a sentença de primeiro grau, ou, sucessivamente, para que os autos retornem ao Tribunal a quo para novo julgamento, considerado o amplo controle jurisdicional do ato administrativo questionado”*.

É o relatório.

28/05/2019

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.083.955 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Bem examinados os autos, entendo que o presente agravo regimental não merece ser provido.

In casu, o recurso extraordinário foi manejado com arrimo na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela sexta turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que porta a seguinte ementa, *in verbis*:

“ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. MERCADO RELEVANTE DE COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS. PRÁTICA LESIVA TENDENTE A ELIMINAR POTENCIALIDADE CONCORRENCIAL DE NOVO VAREJISTA (REDE DE HIPERMERCADOS). INTERVENÇÃO DESNECESSÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DISCUSSÃO JUDICIAL POR SANÇÕES DO CADE EM DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES 1. *Em causas versando sobre a aplicação de penalidades do CADE aos agentes econômicos, ambas as turmas que integram a 3ª Seção têm entendido que não há interesse público primário que justifique a participação cogente do Ministério Público. Precedentes: AC 0022918-81.2001.4.01.34001DF (Rel. conv. Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira, 5ª Turma, e-DJF de 30/07/2010, p. 100). ‘(...) Indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. Nessa última hipótese, não é necessária a atuação do Parquet no mister de custos legis’. (REsp 640412/SC, rei. Min Luiz Fux, Primeira Turma, publ. DJ 13/06/2005 p. 176). (AC 200334000176838, 5ª T., Selene, e-DJF11 5/11/2010, p. 79). Preliminar rejeitada. 2. Sentença recorrida reformou o entendimento plenário do CADE que impusera às autoras*

RE 1083955 AGR / DF

condenação por práticas previstas na Lei Antitruste (artigos 20, I, II e IV, e 21, III, IV, V e X, da Lei 8.884/94), daí as penalidades de multa no valor de 5% do faturamento bruto do ano anterior ao da instauração do procedimento administrativo, inscrição da recorrida REDE GASOL no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, e publicação de anúncio de meia página em jornal de grande circulação com o extrato da decisão punitiva. Para o CADE, as autoras-recorridas valeram-se de seu poder econômico com o intuito de eliminar a possibilidade da concorrência potencial a ser exercida por redes de hipermercados locais que pretendiam ingressar no ramo de revenda de combustíveis, a ponto de exercerem pressões em autoridades dos poderes Executivo e Legislativo para aprovar lei distrital que vedava a instalação de postos de combustíveis em estacionamentos de supermercados. 3. As autoras arguíram a intercorrência de prescrição nos moldes do art. 40 da Lei 9.873/99 e art. 28, §§ 10 e 2 da Lei 8.884/94, mas a sentença em exame afastou a prejudicial de prescrição da aplicação da sanção administrativa. O julgador, entretanto, avançou para ter como descaracterizada a infração à ordem econômica, a ponto de refutar as atividades das autoras-apeladas como potencialmente atentatórias à liberdade de concorrência. Esse nortear da fundamentação da sentença evidentemente que feriu tema cujas dimensões são exclusivas da Administração, o próprio mérito do ato administrativo. 4. Por força do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, é de ver-se que também ambas as turmas da 3ª Seção convergem para o entendimento da impossibilidade da revisão judicial das decisões do CADE, salvo nos requisitos de sua formação. (AC 200134000253660, Laranjeira, 51 T., e-DJF1 30/7/10, p. 101; (AC 200134000258588, Meguerian, 6ª T., e-DJF1 7/3/12, p. 310). 5. Apelação e remessa oficial providas. Ônus da sucumbência invertidos, inclusive honorários (10% sobre o valor atualizado da causa).” (Grifo acrescentado)

De início, cumpre precisar os limites fático-jurídicos estabelecidos

RE 1083955 AGR / DF

pelas instâncias ordinárias ao analisar os autos. É que, como cediço, é a correta delimitação da controvérsia que permitirá que esta Corte verifique eventual violação direta e frontal à ordem constitucional.

Cuida-se, na origem, de ação ordinária ajuizada em face do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, objetivando a anulação de decisão proferida nos autos do Processo Administrativo 0800.024581/94-77.

No indigitado processo administrativo, a Autarquia apurou práticas imputadas às agravantes alusivas à formação de cartel, criação de barreiras à entrada de outras empresas no mercado de distribuição de combustíveis no Distrito Federal, bem como à formação ilegal de conduta concertada entre concorrentes.

Ao final do trâmite administrativo, o CADE concluiu que as agravantes valeram-se de seu poder econômico para eliminar a possibilidade da concorrência, que seria exercida por redes de hipermercados locais que pretendiam ingressar no ramo de revenda de combustíveis. Segundo a Autarquia, as agravantes exerceram pressões em membros do executivo e do legislativo para que não fosse autorizada a entrada de concorrente no mercado relevante, bem como fosse editada lei impeditiva de tal entrada, com o intuito de atendimento de seus interesses econômicos.

Em razão da ocorrência das infrações previstas nos artigos 20, I, II e IV, e 21, II, IV, V e X, da Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste), o CADE impôs penalidades de *(i)* multa no valor de 5% do faturamento bruto do ano anterior ao da instauração do procedimento administrativo, *(ii)* inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, e *(iii)* publicação de anúncio de meia página em jornal de grande circulação com o extrato da decisão punitiva.

RE 1083955 AGR / DF

Irresignadas, as agravantes ajuizaram ação ordinária visando à anulação da indigitada decisão administrativa. Após a devida instrução do feito, sobreveio sentença **julgando procedente os pedidos e anulando o julgamento do CADE**, sob o fundamento de inadequação material das condutas imputadas às infrações previstas na Lei 8.884/1994 (e-Doc 31, p. 57-83; e-Doc 32, p. 1-11). Na ocasião, o juízo de primeiro grau entendeu que a conduta imputada às agravantes consubstanciaria mero “lobby”, prática inapta à configurar infração à ordem econômica.

Na sequência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica interpôs apelação que, juntamente com recurso *ex-officio*, foi submetida à revisão perante o Tribunal Região Federal da 1ª Região (Tribunal *a quo*). Na ocasião do julgamento, o TRF-1 **deu provimento aos recursos, restabelecendo a decisão administrativa**, por reconhecer a impossibilidade de revisão judicial do mérito administrativo de decisões do CADE. Por oportuno, colaciono os seguintes excertos do acórdão recorrido, *in verbis*:

“RELATÓRIO.

O Exmº Sr. Juiz Federal MARCELO DOLZANY DA COSTA, (Relator Convocado): - O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, apela contra sentença do Juízo Federal da 17ª Vara do Distrito Federal que acolheu pedido de anulação de julgamento por infração administrativa imputada às autoras-apeladas, todas empresas do comércio varejista de combustíveis nesta Capital, associadas ao Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do DF – SINPETRO/DF. (...) Sobre o mérito, o apelante tem que “o Poder Judiciário, induzido a erro pelos apelados, acabou se fazendo substituir ao CADE em sua função institucional, impondo sua própria consideração a respeito da valoração das provas coligidas e da existência da infração à ordem econômica”. Assim, a sentença adentrou no mérito administrativo, o que contraria o entendimento jurisprudencial. Adiante, a decisão recorrida

RE 1083955 AGR / DF

malferiu o inciso II do art. 7º da Lei 8.884/94, que atribui ao órgão plenário do CADE o poder-dever exclusivo de “decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei”.

VOTO

O Exmº Sr. Juiz Federal MARCELO DOLZANY DA COSTA, (Relator Convocado): - (...) *A meu convencimento, ainda que a sentença invocasse o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade como fundamento de análise dos motivos determinantes da sanção imposta às autoras-apeladas, tal premissa seria descabida aos moldes em que o legislador privativamente atribuiu ao CADE como órgão regulador e fiscalizador da atividade econômica (art. 7º, II, da Lei 8.884/94). Atribuir qualificação diversa a fatos incontroversos – no caso a atuação das autoras e de seu sindicato na repressão à entrada de novo distribuidor no mercado varejista de combustíveis com prejuízo à livre concorrência – é negar o juízo de valor que o legislador incumbiu a um órgão de composição plural e de conhecimentos técnicos sobre a matéria. Estivesse o juiz examinando a vulneração de qualquer outro requisito do ato (competência, finalidade, forma, objeto, motivação), certamente que admissível o controle judicial. No caso concreto, entretanto, o que se viu foi a completa substituição de um juízo valorativo por outro. Ainda que se registre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça um precedente quanto à possibilidade da intervenção judicial em casos tais, por força do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, é de ver-se que também ambas as turmas da 3ª Seção convergem para o entendimento da impossibilidade da revisão judicial das decisões do CADE, salvo nos requisitos de sua formação. (...) Tais os precedentes, **ACOLHO a apelação para reformar a sentença e inverter o ônus da sucumbência, impondo aos apelados o pagamento de verba honorária no mesmo patamar da decisão ora reformada (10% sobre o valor atribuído à causa – R\$5.000.000,00, devidamente atualizado desde abril de 2005)**” (Grifos acrescentados) (e-Doc 33, p. 87-95).*

RE 1083955 AGR / DF

Dessarte, extrai-se dos autos que a controvérsia do recurso extraordinário cinge-se à possibilidade de revisão judicial de mérito de decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

In casu, o Tribunal *a quo* reconheceu que o Poder Judiciário não deve substituir o juízo valorativo e ingressar no mérito de decisão administrativa da Autarquia. Nos termos do acórdão recorrido, “atribuir qualificação diversa a fatos incontroversos (...) é negar o juízo de valor que o legislador incumbiu a um órgão de composição plural e de conhecimentos técnicos sobre a matéria (...). No caso concreto, entretanto, o que se viu foi a completa substituição de um juízo valorativo por outro”.

Nesse contexto, contrariamente ao alegado pela agravante, o Tribunal *a quo* assentou, de forma expressa, que “estivesse o juiz examinando a vulneração de qualquer outro requisito do ato (competência, finalidade, forma, objeto, motivação), certamente que admissível o controle judicial” (e-Doc 33, p. 90). Deveras, o acórdão recorrido jamais afirmou a impossibilidade, sob qualquer aspecto, da revisão judicial das decisões do CADE, inclusive se abusivas ou ilegais. Pelo contrário, o *decisum* vergastado assentou, de forma expressa, que cabe ao Poder Judiciário realizar o controle de legalidade do ato, sendo defesa, apenas, a incursão sobre o mérito administrativo.

Consectariamente, o acórdão recorrido não divergiu do entendimento firmado por esta Suprema Corte no sentido de que não compete ao Poder Judiciário adentrar o mérito de atos administrativos. Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. APLICAÇÃO DE MULTA. PROCON. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE OU ILEGALIDADE QUE PERMITA AO PODER JUDICIÁRIO ADENTRAR NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO.

RE 1083955 AGR / DF

PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. SÚMULA 279/STF. É firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que só é permitido ao Poder Judiciário a análise do mérito de ato administrativo quando tal ato for ilegal ou abusivo. Para dissentir da conclusão do Tribunal de origem acerca da higidez do processo administrativo que aplicou multa à recorrente, fazem-se necessários nova análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie e o reexame dos fatos e do material probatório constantes dos autos, providências vedadas neste momento processual. Incidência da Súmula 279/STF. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento." (ARE 779.212-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 21/8/2014 – Grifo acrescentado).

"Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Defensoria pública. Implantação de plantão permanente na cidade de Erechim. Mérito administrativo. Impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário ante a ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Princípio da separação dos poderes. Precedentes. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento." (RE 636.686-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 16/8/2013 – Grifo acrescentado)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. PRÁTICA DA CONDUTA VEDADA PELO ART. 117, IX, DA LEI 8.112/90. MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. DISCUSSÃO QUE DEMANDARIA, ADEMAIS, DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE, EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. PROPORCIONALIDADE ENTRE A CONDUTA E A PENA APLICADA. INOCORRÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE. LESIVIDADE DO ATO

RE 1083955 AGR / DF

*PRATICADO CONFIGURADA. 1. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento de que, "se o ato impugnado em mandado de segurança decorre de fatos apurados em processo administrativo, a competência do Poder Judiciário circunscreve-se ao exame da legalidade do ato coator, dos possíveis vícios de caráter formal ou dos que atentem contra os postulados constitucionais da ampla defesa e do due process of law" (RMS 24.347/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 04/04/2003). Nessas circunstâncias, **não compete ao Poder Judiciário adentrar o mérito do ato administrativo, especialmente se, para isso, for necessário reexaminar provas.** (...) 4. *Agravo regimental a que se nega provimento".**

(RMS 27.934 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 3/8/2015 – Grifo acrescentado)

*"AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. EXPULSÃO DA CORPORACÃO. **IMPOSSIBILIDADE DE INCURSÃO PELO PODER JUDICIÁRIO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO.** REGULARIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. REITERADA REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELA PARTE NAS SEDES RECURSAIS ANTERIORES. MANIFESTO INTUITO PROTELATÓRIO. MULTA DO ARTIGO 1.021, § 4º, DO CPC/2015. APLICABILIDADE. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO DE NOVA SUCUMBÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO".*

(ARE 968.607 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 15/9/2016 – Grifo acrescentado)

"ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. LEI N.º 8 .112/90, ART. 132, INCISOS IV E XIII. DEMISSÃO DE SERVIDORA. AMPLA DEFESA. AUTORIA. SUBSTITUIÇÃO

RE 1083955 AGR / DF

DE PENA. Faltas disciplinares apuradas em processo administrativo que correu regularmente, com observância do princípio da ampla defesa, não havendo resultado demonstrado, por outro lado, que os atos punidos eram alheios à competência da servidora, como alegado. Impossibilidade de substituição da pena imposta sem reexame do mérito do ato administrativo, providência vedada ao Poder Judiciário. Recurso ordinário a que se nega provimento". (RMS 24.256, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 18/10/2002 – Grifo acrescentado)

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REGÊNCIA: CPC/1973. SERVIDOR DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ALEGADA CONTRARIEDADE AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS COROLÁRIOS. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA PENA APLICADA: ATO VINCULADO DO ADMINISTRADOR. PRECEDENTES. VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA: REEXAME VEDADO AO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA JULGADO IMPROCEDENTE”. (RMS 33.911, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 20/6/2016 – Grifo acrescentado)

Na trilha da orientação desta Suprema Corte, o controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos. No caso *sub examine*, a *expertise* técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia.

Quanto ao ponto, cumpre tecer breves considerações a respeito da natureza da regulação operada por autoridades antitruste, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

RE 1083955 AGR / DF

A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida *expertise* do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos. (JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros – SBDP, 2016, p. 131-141).

Os principais argumentos que fundamentam o dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por órgãos reguladores repousam na (i) falta de *expertise* e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos de natureza técnica e (ii) na possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

Em primeiro lugar, a natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial. Decerto, a Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos próprios à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248–251).

Ademais, a intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da

RE 1083955 AGR / DF

política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos. Consoante destacado por Cass Sustein, professor da Faculdade de Direito de Harvard,

“[A] regulação muitas vezes atrai dificuldades em razão dos complexos efeitos sistêmicos dos controles regulatórios. As normas podem interagir de maneira surpreendente com o mercado, com outras normas ou com outros problemas. Consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a regulamentação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos (...). As agências estão muito melhor situadas do que os tribunais para entender e combater esses efeitos. (No original: *“regulation often runs into difficulty because of the complex systemic effects of regulatory controls. Statutes interact in surprising ways with markets, other statutes, and other problems. Unanticipated consequences are common. For example, regulation of new risks may exacerbate old risks; (...). Agencies are far better situated than courts to understand and counter these effects”*) (SUSTEIN, Cass R., “Law and Administration after Chevron”. **Columbia Law Review**, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090)

Na mesma linha, Richard A. Posner tece importantes considerações a respeito das diferenças entre a atividade regulatória desempenhada por agências reguladoras e a atividade judicial típica, *in verbis*:

“A regulação tende a diferir do litígio judicial em quatro dimensões principais: (a) a regulação tende a usar meios de controle *ex ante* (preventivos), processos judiciais *ex post* (dissuasivos); (b) a regulação tende a aplicar regras, e litígios judiciais princípios ou normas gerais; (c) a regulação tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas, como juízes, jurados (...)”. (No original: *“Regulation and litigation tend to differ along four key dimensions: (a) regulation tends to use ex ante (preventive) means of control, litigation ex post (deterrent) means; (b) regulation tends to use rules, litigation*

RE 1083955 AGR / DF

*standards; (c) regulation tends to use experts (or at least supposed experts) to design and implement rules, whereas litigation is dominated by generalists (judges, juries, trial lawyers)". (POSNER, Richard A. "Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework". In: KESSLER, Daniel P. (Org.), **Regulation versus litigation: perspectives from economics and law**, Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 13).*

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

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

Nessa perspectiva, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE é a entidade que detém competência legalmente outorgada para verificar se a conduta de agentes econômicos gera efetivo prejuízo à livre concorrência, em materialização das infrações previstas na Lei 8.884/1994

RE 1083955 AGR / DF

(Lei Antitruste).

Irretocável, portanto, o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, que assentou a impossibilidade de revisão judicial do **mérito** de decisão administrativa proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, visto que a análise jurisdicional deve cingir-se à questões de legalidade ou abusividade do ato administrativo.

Ademais, ressalte-se que o Tribunal de origem, com fundamento no conjunto fático-probatório, reconheceu a regularidade do procedimento administrativo que impusera às recorrentes condenação por práticas previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste), razão pela qual acolher a pretensão da parte recorrente e divergir do entendimento firmado pelo acórdão recorrido demandaria o reexame dos fatos e provas, o que não se revela cognoscível em sede de recurso extraordinário, face ao óbice erigido pela Súmula 279 do STF. Notadamente em caso alusivo à decisão administrativa proferida pelo CADE, colho o seguinte precedente desta Suprema Corte:

*“DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. FORMAÇÃO DE CARTEL. AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO. REQUISITOS. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. DEVIDO ROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. **Obstada a análise da suposta afronta aos preceitos constitucionais invocados, porquanto dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, procedimento que refoge à competência jurisdicional extraordinária desta Corte Suprema, a teor do art. 102 da***

RE 1083955 AGR / DF

Magna Carta. 2. As razões do agravo não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa a preceito da Constituição da República. 3. Majoração em 10% (dez por cento) dos honorários anteriormente fixados, obedecidos os limites previstos no artigo 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC/2015. 4. Agravo interno conhecido e não provido, com aplicação da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa”.

(RE 1.034.218 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 28/2/2018)

Destarte, considerando que o acórdão recorrido não diverge do entendimento jurisprudencial firmado por esta Suprema Corte e que o reexame do processo administrativo que impusera às recorrentes condenação por práticas previstas na Lei Antitruste demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o consequente desprovimento do presente agravo é medida que se impõe.

Ex positis, **NEGO PROVIMENTO** ao presente agravo interno.

É como voto.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.083.955

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

AGTE.(S) : CASCOL COMBUSTÍVEIS PARA VEÍCULOS LTDA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : MARCELO LUIZ AVILA DE BESSA (12330/DF, 1565A/MG)

ADV.(A/S) : FERNANDA GUIMARÃES HERNANDEZ (0007009/DF)

AGDO.(A/S) : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL (00000/DF)

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Luís Roberto Barroso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Primeira Turma, 28.5.2019.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

João Paulo Oliveira Barros
Secretário da Turma