

FGV DIREITO SP

MESTRADO PROFISSIONAL

Estabilidade das relações jurídicas no sistema antitruste frente ao poder de autotutela da Administração Pública (CADE): Uma análise prática

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP,
sob orientação da professora Juliana Palma

Sarah Ferreira Martins

Versão de 10/09/2017

1. Tema, contexto e delimitação de escopo

O propósito do trabalho é indicar os limites para a Administração Pública rever seus atos consolidados a partir do estudo de um caso prático. Parte-se do pressuposto de que o dever de a Administração tutelar pela legalidade de suas ações (*poder de autotutela*)¹ precisa ser orientado pela *segurança jurídica* que se traduz, no escopo desta pesquisa, na necessidade de certeza das decisões administrativas, da estabilidade das relações jurídicas e, por fim, da proteção às expectativas de confiança do administrado.

A previsão legal da competência para o Poder Público rever as suas decisões encontra-se no artigo 53 da Lei nº 9.784/1999 (Lei Federal de Processo Administrativo – LPA)². Segundo o preceito, a Administração Pública, no exercício de suas funções, deve anular os atos eivados de vício de legalidade e pode revogá-los, mediante análise de

¹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

² Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

conveniência e oportunidade, conforme disposição expressa, sem que, para tanto, seja necessária interferência do Poder Judiciário³.

No art. 54 da Lei n.º 9.784/99 encontra-se um limite legal para a invalidação de decisões públicas viciadas, o que se traduz em uma tentativa de harmonizar o dever de autotutela com o primado da segurança jurídica, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do embasamento doutrinário de Almiro do Couto e Silva⁴. Segundo o preceito, decisões viciadas devem ser preservadas quando presentes os seguintes requisitos: (i) delas decorrerem efeitos favoráveis; (ii) o particular estiver de boa-fé; e (iii) transcurso de tempo igual ou superior a cinco anos⁵.

No âmbito antitruste, o novo Regimento Interno do CADE, aprovado pela Resolução nº 20, de 7 de junho de 2017, também faz a previsão de limite para revisão do ato administrativo por meio do artigo 168, parágrafo único, ou seja, com o julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômico, ou com o julgamento do mérito, o ato não poderá ser revisto, desde que o julgamento não tenha sido baseado em informações falsas ou enganosas, ou se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

Entretanto, todas essas normas têm sido suficientes para impedir que a Administração Pública reveja seus próprios atos, com fundamento na legalidade, mesmo após consolidados no tempo e até mesmo tendo exaurido seus efeitos? A resposta parece ser negativa, como exemplifica o caso *revisão do ato de concentração do Consórcio Gemini*. formado pela Petrobrás Gás S.A (Gaspetro), White Martins Gases Industriais Ltda (White Martins) e a GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda (GásLocal), que teve sua estrutura, em 2004, submetida ao CADE. A aprovação da operação do

³ Lembrando que pode haver outras soluções nos demais entes federados, por exemplo, a Lei Paulista prevê que o direito da Administração de anular os atos administrativos decai em 10 (dez) anos.

⁴ Para o autor, o princípio da segurança jurídica, entendido como proteção à confiança, está reconhecido na legislação e na jurisprudência do STF como princípio de valor constitucional, que serve de limite à invalidação dos atos administrativos, evitados de ilegalidade, exigindo-se a boa-fé dos destinatários desses atos para a aplicação tanto do princípio da segurança jurídica quanto do artigo 54 da Lei n. 9.784/1999.

⁵ Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

consórcio era requisito necessário para a exploração do negócio, qual seja, a produção, a comercialização e a distribuição de gás natural liquefeito (GNL) entre a Petrobras, a White Martins e a Gás Local.

Em 17 de janeiro de 2007, o CADE decidiu, por meio do julgamento de um ato de concentração pelo Plenário, pela aprovação da operação do Consórcio Gemini com restrições, pois considerou que o acordo operacional do consórcio e as demonstrações contábeis da GásLocal deveriam ser públicos como medida de mitigação de riscos anticoncorrenciais. No entanto, diante da natureza sigilosa dos documentos, o consórcio ingressou em juízo, por meio de uma medida cautelar inominada com pedido de liminar, para que o CADE se abstinhasse de divulgar quaisquer dados, informações e documentos do referido consórcio de caráter sigiloso até a apreciação da liminar.

Em 29 de janeiro de 2007, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região acolheu o pedido do consórcio e suspendeu a decisão do CADE em sua integralidade ao fundamento de que as informações a serem divulgadas teriam natureza sigilosa, deixando a faculdade do CADE para que tomasse outra decisão, nos limites do princípio da razoabilidade. Porém, na ocasião, o CADE não recorreu da decisão, fazendo com que a mesma transitasse em julgado. Assim, a concessionária passou a operar suas atividades pela estrutura previamente apresentada e apreciada pelo CADE, sem qualquer restrição.

Em 20 de setembro de 2007, a Comgás formulou Representação com pedido de medida preventiva ao CADE contra o referido consórcio junto à extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE), que instaurou a Averiguação Preliminar e a arquivou, em 10 de março de 2009, com pareceres da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (ProCADE) e do Ministério Público Federal (MPF), ambos convergentes pelo dito arquivamento⁶.

Em 04 de dezembro de 2013, ou seja, passados quase sete anos, a então Conselheira-Relatora discordou dos entendimentos anteriores de arquivamento da Averiguação Preliminar, razão pela qual determinou a abertura de Processo Administrativo para apuração de infrações à ordem econômica e, concomitantemente, entendeu que o Ato

⁶ Processo Administrativo nº 08012.011881/200741

de Concentração era passível de revisão pelo não cumprimento da decisão do CADE e pela faculdade exarada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Em 2016, o Plenário do CADE decidiu o Processo Administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, com a recomendação de condenação das figuras envolvidas pela prática de ato anticoncorrencial ao pagamento de multa no valor de R\$ 15.262.683,88 para a Petrobrás; b) multa de R\$ 6.214.166,05 para a White Martins; c) multa de R\$ 96.680,00 para a GásLocal, bem como aprovou o ato de concentração revisto, sugerindo a adoção de novas medidas estruturais aplicadas ao consórcio, como o compromisso de que o Consórcio Gemini se operaria em conformidade com a Nova Política de Preços (NPP) da Petrobras e o estabelecimento de condições comerciais análogas àquelas praticadas nas relações entre a Petrobrás e a Comgás, em linha com o princípio geral de não-discriminação, sendo que o cumprimento dessa última medida representa para o consórcio vultosos custos, já que as condições de operação do mesmo restariam modificadas e, portanto, prejudicadas, sendo a relação firmada entre as empresas que formam o consórcio e o produto que comercializam diferente daquela estabelecida entre a Petrobrás e a Comgás.

Como se vê, decorridos mais de uma década de operação do consórcio, a Administração Pública, na figura do CADE, decidiu reexaminar a constituição do consórcio Gemini, que já havia sido decidida pelo Plenário do CADE, assim como pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que afastou as ressalvas impostas pelo CADE, tornando, assim, a decisão definitiva. Esse *problema de definitividade* das decisões administrativas, agravado pelo cenário de intensa judicialização das questões administrativas⁷, colocando em risco as expectativas de direito incorporadas no particular pela decisão administrativa anterior, que autorizou o funcionamento do referido consórcio. Assim, evidente está a necessidade de estabilidade da relação jurídica e a previsão de limites claros para a atuação administrativa, diante dos efeitos já exarados pelo ato administrativo.

Além disso, surge a necessidade de proteger a certeza da decisão administrativa e da expectativa de confiança do administrado sobre a atuação estatal, assim como a preservação dos direitos dela decorrentes. Os particulares precisam de respostas claras,

⁷ Ainda que o CADE sofra menos – JBP Jota Cade

sérias e firmes para tomarem decisões negociais, o que se torna ainda mais sensível quando envolverem valores de investimento significativos.

Nesse sentido, em que pese o sistema de jurisdição, no Brasil, ser uno, em que todos os litígios, sejam eles administrativos ou não, podem ser levados à apreciação do Poder Judiciário, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, existe a necessidade de se ter a estabilidade das decisões administrativas. Não por outra razão é cláusula pétrea da Constituição Federal o art. 5º, inc. XXXVI, segundo o qual “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. As fórmulas de estabilização das relações jurídicas, consagradas pela Constituição, são conhecidas na Administração Pública: direito adquirido, ato administrativo perfeito e coisa julgada administrativa. O desafio está em reconhecê-las na prática administrativa, considerando a pluralidade de normas que informam cada ação administrativa específica e o fato de que nem sempre essas fórmulas serão formalmente reconhecidas.

A proposta do presente estudo é indicar em quais situações se colocará o dever de preservação das decisões em atos de concentração tomadas pelo CADE, independentemente de sua formalização específica, considerando o seu caráter de definitividade. Em quais casos coloca-se uma interdição à revisão de seus atos pretéritos com base no dever geral de autotutela? Essa resposta apenas pode ser alcançada considerando o regime jurídico específico dos processos do CADE e a ordem de efeitos que decorre da tomada de decisões meramente provisionais, razão pela qual o estudo mais apurado do caso descrito mostra-se de grande valia. Nessa perspectiva, a análise da doutrina norte-americana do *timing* ajudará a traçar soluções jurídicas de estabilização das decisões administrativas do CADE.

2. Pesquisa

2.1. Metodologia jurídica

A presente pesquisa científica será realizada pela combinação da análise normativa e do estudo de caso, sendo necessária a análise normativa para demonstrar que as previsões legais não são suficientes para impedir que a Administração Pública reveja seus próprios atos, com fundamento na legalidade, mesmo após consolidados no tempo e exaurido seus efeitos, sendo que tal insuficiência estará materializada no estudo de casos, especialmente com enfoque no Consórcio Gemini, já que as decisões da Administração Pública e eventuais revisões extemporâneas no campo antitruste representam para o Consórcio vultosos custos, haja vista a modificação da estrutura do mesmo.

Para tanto, o material consultado será a Lei nº 9.784/1999 (Lei Federal de Processo Administrativo – LPA), Lei estadual nº 10.177/1998, Lei nº 14.141/2006, Regimento Interno do CADE, Lei nº 12.529, de 2011, Súmulas específicas, como a 346, 473 do STF, entre outras, assim como a consulta pública do Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41, Ato de concentração nº 08012.001015/2014-08, Medida Cautelar n. 2007.34.00.001628-0, ajuizada perante a Justiça Federal do DF e a decisão no Agravo de Instrumento n. 0001619-38.2007.4.01.3400, interposto perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, entre outras legislações específicas, normas do CADE específicas, súmulas específicas e doutrinas específicas.

O modo de análise desse material seguirá o modelo de pesquisa abaixo indicado.

2.2. Modelo de pesquisa

O modelo preponderante escolhido para desenvolver o estudo do presente trabalho é a *resolução de problema*, já que as preocupações destacadas só encontram resposta considerando o regime jurídico específico dos processos do CADE e a ordem de efeitos que decorre da tomada de decisões, o que será mais facilmente visualizado por meio do estudo apurado de casos.

Além disso, esta é uma discussão relevante para o mundo real, já que as previsões legais não são suficientes para determinar os limites de revisão do ato administrativo, inclusive a noção de mérito administrativo, já que o Regimento Interno do CADE prevê que o ato não pode ser revisto ou apresentado novamente se houver julgamento de mérito, mas deixa de definir o seu conteúdo jurídico, o que se pretende minimizar no presente estudo a fim de lhe dar maior concretude à luz do sistema antitruste.

3. Problemas e quesitos

Problema central

O ponto fulcral do trabalho é demonstrar que os esforços legais, que preveem os limites ao poder-dever da Administração de anular seus atos ilegais e revogar aqueles inconvenientes e inoportunos ao interesse público, são insuficientes frente à necessidade de estabilidade das relações jurídicas administrativas, já que as decisões administrativas, após certo tempo, atingem a sua finalidade, por se tornarem “maduros”, produzindo efeitos e gerando no administrado uma expectativa de confiança na atuação do Poder Público, como no caso do consórcio Gemini, cuja operação já havia sido aprovada pelo CADE e, decorridos mais de cinco anos, o mesmo órgão de controle resolveu reexaminar a estrutura do referido consórcio, sem qualquer fato superveniente que amparasse tal pretensão. Posto isso, pergunta-se:

Quais são os ritos de processo para análise de ato de concentração pelo CADE? Quais tipos de decisões se atrelam a esse processo?

Como o Direito disciplina a revisão do CADE de suas decisões em atos de concentração?

Em quais casos o ordenamento jurídico expressamente prevê a possibilidade de revisão dos atos de concentração pelo Executivo?

Quais é a ordem de preocupações e interesses em jogo na revisão de atos de concentração consolidados pelo CADE que pode ser depreendida a partir da análise do caso Gemini?

O que significa “julgamento de mérito” para fins de revisão do ato de concentração pelo Poder Executivo?

Como reconhecer uma decisão administrativa com julgamento de mérito?

Quais são os limites jurídicos à revisão de atos de concentração pelo Executivo?

3. Justificação da relevância prática e do potencial inovador

A análise do problema sobre a falta de estabilidade das relações jurídicas administrativas, como no caso do CADE, outrora narrado com detalhes, se mostra relevante, principalmente para que seja possível identificar limites bem delineados para a atuação estatal, evitando a insegurança jurídica do sistema, assim como para mitigar a frustração da confiança do administrado na certeza de perpetuação da decisão administrativa, o que acaba colocando em risco as próprias atividades dos particulares.

Da mesma forma, não obstante ser um assunto clássico do direito administrativo, o trabalho apresenta potencial inovador na medida em que não se pretende discutir os conceitos tradicionais do direito administrativo e sim demonstrar de que forma tais conceitos clássicos acabam trazendo problemas práticos que ainda estão sem respostas, ou seja, não se pretende discutir o poder-dever de autotutela da Administração Pública ou os requisitos do ato administrativo válido, e sim os efeitos decorrentes desse ato, maduro, apto a produzir direito e obrigações aos administrados, razão pela qual surge a necessidade de estabilidade das relações jurídicas administrativas e a certeza do sistema jurídico único com vistas nos efeitos do ato e não do ato administrativo em si.

4. Familiaridade com o objeto, acessibilidade de informações e envolvimento pessoal

O meu ponto de contato inicial com o tema foi por meio da oportunidade de ter advogado para a empresa GásLocal⁸, momento em que tive acesso a decisão do CADE que aprovou a operação da atividade de comercialização e distribuição de gás natural liquefeito (GNL) entre a Petrobras, a White Martins e a Gás Local e, passados mais 05 anos, o mesmo órgão resolveu, sem qualquer motivo que lhe amparasse, reexaminar tal decisão,

⁸Advoguei para a GásLocal na ação de indenização em que a concessionária estadual (Comgás) moveu em face da primeira a fim de ver o consórcio, assim como as figuras envolvidas, condenados ao pagamento de indenização, haja vista que a competência da exploração do gás seria estadual, o que me levou a estudar o caso no âmbito administrativo e judicial, assim como suas implicações práticas e a me deparar com a decisão do CADE e todas as suas implicações para as figuras envolvidas, em especial para a empresa multinacional americana envolvida, cujos diretores não conseguiam entender a falta de estabilidade da decisão administrativa, ou seja, uma coisa julgada, mas no âmbito das decisões exaradas pela Administração.

colocando em risco uma estrutura consolidada, que já tem operado no mercado há mais de 10 anos.

Dessa maneira, pude me deparar como a falta de estabilidade das relações jurídicas administrativas pode se mostrar prejudicial na prática, principalmente para a atividade empresarial, que depende dessa decisão administrativa muitas vezes para se constituir e operar, levando a um ambiente de incerteza, desconfiança e insegurança dos administrados do sistema jurídico que ampara as relações jurídicas, razão pela qual deveriam existir limites bem delineados acerca da atuação administrativa com o fim de evitar a ação arbitrária e injustificada, levando em conta os efeitos que tal ato produz no mundo jurídico.

5. Indicação de literatura especializada e obras de referência

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1992

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (Redae), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, maio/jun./jul. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 07/09/2017

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BARAK-EREZ, Daphne. **The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests**. European Public Law, Volume 11, Issue 4, 2005. Acesso em: <<http://www.tau.ac.il/law/barakerez/articals/legitimate.pdf>>. Disponível em 03/07/2017

CARVALHO, Humberto Lucchesi de; MENDES, Vicente de Paula; **A ênfase principiológica da segurança jurídica e da boa-fé no fortalecimento da teoria da**

convalidação do ato administrativo. 2001 enc. Dissertação de mestrado - Universidade Federal de Minas Gerais.

COUTO E SILVA, Almiro do. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9784/99).** Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 03/07/2017.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiádes; MAGALHÃES, José Luiz. **Revisão da teoria do poder de autotutela da administração pública.** 2005. Dissertação de mestrado - Universidade Federal de Minas Gerais.

FONSECA, José Júlio Borges da. **Direito antitruste e regime das concentrações empresariais.** São Paulo: Atlas, 1997

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINS COSTA, Judith. **A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares.** In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul vol. 22 (set. 2002), p. 228-255.

NASSAR, Elody. **Prescrição na Administração Pública.** São Paulo: Saraiva, 2004.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

