
**A NATUREZA JURÍDICA DA INTERVENÇÃO
PROCESSUAL DO CADE NAS DEMANDAS JUDICIAIS
QUE ENVOLVAM A DEFESA DA CONCORRÊNCIA:
ANÁLISE CRÍTICA DO ARTIGO 118 DA LEI Nº
12.529/2011**

*Daniel Gustavo Santos Roque
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A intervenção de terceiros e a legitimidade extraordinária no contexto da coletivização de direitos; 2 A aproximação dos institutos processuais às situações jurídicas de direito material; 3 A defesa da ordem econômica no ordenamento jurídico brasileiro: a compreensão da tutela da concorrência enquanto Direito Fundamental de terceira dimensão; 4 O Poder Judiciário na ambiência democrática: o dever de prestar contas à sociedade; 5 A Teoria Neoinstitucionalista como fundamento teórico da participação dos interessados no processo; 6 A participação dos interessados no processo enquanto garantia de legitimidade da decisão judicial; 7 Uma proposta de interpretação do artigo 118 da Lei nº 12.529/2011; 8 Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva formular proposta de identificação da natureza jurídica da intervenção processual do CADE nas demandas judiciais que objetivem tutelar a concorrência no mercado.

O CADE é costumeiramente intimado a ingressar em processos judiciais que envolvem a discussão sobre questões concorrenciais, mesmo nas situações em que não figura como parte. Nesses casos, ainda não se observa a desejável pacificação jurisprudencial quanto à interpretação da expressão “assistência” constante do então vigente artigo 89 da Lei nº 8.884/94, atualmente reproduzido no artigo 118 da Lei nº 12.529/2011.

Embora o referido dispositivo legal qualifique a intervenção do CADE em juízo como assistência, alguns questionamentos em torno do tema naturalmente trazem desafios ao intérprete. A expressão literal desse texto normativo seria a que mais se ajusta à proteção de um valor fundamental de natureza difusa como é a tutela da concorrência? Seria o CADE assistente do juízo ou de alguma das partes litigantes? A intervenção seria espontânea ou determinada pelo juízo que conduz a tramitação da causa? A atuação da autarquia federal como terceiro interessado dar-se-ia apenas nas causas de natureza coletiva ou também em demandas que veiculam pedidos de indenização entre concorrentes?

A identificação da natureza jurídica da intervenção do CADE propicia a definição, com maior clareza, dos poderes, ônus, deveres e faculdades processuais a serem desempenhadas pela autarquia ao longo do processo.

Nesse contexto, a consolidação do regime de livre concorrência no Brasil, o fortalecimento da atuação do CADE na proteção desse valor fundamental, notadamente a partir da Lei nº 12.529/2011, e o desenvolvimento dogmático da temática relacionada à democratização da participação dos interessados no processo judicial constituem elementos que nortearão a análise da questão.

Com efeito, a identificação da natureza jurídica da intervenção judicial do CADE passa pelo enfoque dado à tutela jurídica da concorrência no país, a fim de se identificar se tal ingresso se dá, de fato, na simples qualidade de assistente, conforme aponta a literal expressão do dispositivo legal, ou se há alguma outra figura processual que mais se assemelhe às atribuições institucionais da autarquia e ao valor fundamental objeto de proteção.

Ademais, a democratização da participação dos interessados no processo constitui um dos pontos centrais do debate. A atuação de terceiros, que não constituem parte autora nem ré do processo civil, constitui fenômeno relativamente novo na dogmática processual civil brasileira. O estudo dessa perspectiva do processo civil, sob o enfoque do princípio democrático, e à luz da teoria neoinstitucionalista do

processo, certamente trará enormes contribuições teóricas para o estudo da natureza da intervenção da autoridade da concorrência (CADE) em processos que discutam a proteção desse valor fundamental.

Em suma, temas como os direitos fundamentais à concorrência e à democratização do processo devem guiar a análise específica a ser efetuada ao longo do trabalho, circunstância hábil a demonstrar a atualidade da questão no pensamento jurídico constitucional e processual pós-contemporâneo.

1 A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS E A LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA NO CONTEXTO DA COLETIVIZAÇÃO DE DIREITOS

O termo parte, compreendido como o exercício da titularidade de direitos e obrigações no âmbito do sistema jurídico brasileiro, não encerra um conceito unívoco. Nesse sentido, a doutrina costuma distinguir parte em sentido material de seu significado no âmbito processual.

A parte, em sentido material, corresponde ao titular do direito material deduzido em juízo. Trata-se daquele que se afirma, ou de quem se afirma ser, titular do direito subjetivo reivindicado perante o Poder Judiciário.

Já a parte em sentido processual corresponde aos sujeitos que efetivamente integram a relação jurídica processual. No decorrer da relação processual, as partes exercem diversos direitos, obrigações, ônus, faculdades e pretensões de natureza processual. São, por assim dizer, aqueles que participam da prática dos atos processuais que se desenvolvem no âmbito de um procedimento em contraditório.

A distinção de que ora se está a tratar consiste, inegavelmente, em um dos principais corolários da tese que propugna pela autonomia científica do direito processual. Isso porque, até o advento da obra de Oskar von Bulow, publicada em 1868 e intitulada “A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais”, não se concebia uma noção de parte diversa da titularidade da relação jurídica de direito material, na medida em que a concepção privatista ou civilista do processo civil então vigente propugnava pela compreensão da figura do processo a partir de bases típicas do direito material de natureza privada.

Nesse ponto, ensina Bedaque¹ que:

O direito processual passou a ser estudado cientificamente a partir da polêmica iniciada em 1856, entre Windscheid e Muther, a respeito do direito de ação, bem como da obra de von Bulow (1868). Encerrou-se a fase sincrética, em que o processo era tratado como mero apêndice do direito material, iniciando-se a fase autonomista, marcado pela ideia separatista.

1 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 19.

Aqui, a grande preocupação dos estudiosos do novo ramo do Direito era determinar seus fundamentos e princípios. A técnica passou a imperar, e era considerada valor quase absoluto, acima até mesmo do próprio direito material, que foi relegado a plano inferior. A observância das regras processuais era mais importante que a solução da questão substancial.

Com efeito, apenas a partir da publicação da referida obra é que tem início a chamada fase científica ou autônoma do direito processual frente ao direito material que lhe é subjacente, momento em que, a partir de uma visão científica do fenômeno processual, o processo passa a ser estudado a partir de objeto e métodos próprios, distintos daqueles usualmente aplicáveis ao direito civil.

O conceito de parte, a partir dessa perspectiva científica do direito processual, acaba por adquirir contornos próprios, distintos daqueles que compõem a relação jurídica de direito material. O autor é parte, em sentido processual, desde o momento em que postula inicialmente em juízo, mediante a propositura de uma demanda. O réu, por sua vez, adquire a qualidade de parte no momento em que é citado para responder à pretensão veiculada pelo autor, independentemente do fato de ser ou não o efetivo responsável pela satisfação da pretensão que contra si é dirigida.

Nesse sentido, o reconhecimento de que a parte processual nem sempre corresponde àquele que se afirma ser o titular do direito material acaba por implicar no reconhecimento de que a relação jurídica de direito processual pode afigurar-se, em certa medida, autônoma e distinta da relação de direito material que lhe é subjacente. O termo parte passa a ser visto, a partir de então, como um elemento do processo, de modo a apresentar, a partir dessa perspectiva, indiscutível sentido processual. O conceito de parte ganha contornos processuais, dissociando-se, em alguns casos, da figura do titular da pretensão de direito material.

Embora essa autonomia não guarde, de fato, caráter absoluto, é importante reconhecer que a parte em sentido processual pode não ser equiparada ao titular do direito subjetivo reivindicado processualmente. Nem sempre a parte em sentido processual, ou seja, quem efetivamente postula em juízo, corresponde ao sujeito que se afirma ser o titular do direito perseguido em juízo. Admite-se, nos casos previstos em lei, que determinado sujeito processual atue em juízo na defesa do direito material afirmado em favor de outrem.

Em regra, a legitimação para a causa² é atribuída àquele que se apresenta como o titular da pretensão de direito material postulada em juízo, o que evidencia um dos pontos de conexão entre o direito

² A legitimidade para a causa (ou *legitimatío ad causam*) integra, ao lado da possibilidade jurídica do pedido e do interesse de agir, as chamadas condições da ação. Trata-se, em outras palavras, dos requisitos necessários ao regular exercício do direito de ação e que, quando estão presentes, viabilizam a apreciação do mérito da pretensão pelo magistrado.

processual e o direito material. Excepcionalmente, entretanto, nos casos em que houver autorização legal, o sistema processual brasileiro admite que a legitimação se dê de forma extraordinária, mediante a substituição do alegado titular do direito material por um terceiro. Este, intitulado legitimado extraordinário, postula em juízo, em nome próprio, na defesa dos interesses daquele de quem se afirma ser o titular do direito material.

Dissocia-se, nesse caso, o plano processual e o plano material da questão, na medida em que a titularidade do direito material diverge daquele que pretende tutelar esse mesmo direito em juízo. Está-se diante, nesse contexto, do instituto da legitimidade extraordinária, também intitulada de substituição processual³, prevista no artigo 6º do Código de Processo Civil.

Pode-se facilmente perceber, a partir do exposto, que a legitimação ordinária constitui a regra, ao passo que a extraordinária somente se afigura admitida quando expressamente autorizada por lei, até porque, nesses casos, a sentença proferida e, por via de consequência, eventual coisa julgada dela decorrente têm o efeito de vincular não apenas a parte no processo – o legitimado extraordinário – como também, e principalmente, aquele a quem é imputada a titularidade da pretensão de direito material manifestada perante o juízo.

Nesse contexto, há de se ressaltar que, principalmente a partir de 1985, diversas modificações legislativas alteraram de modo substancial o sistema processual brasileiro, de modo a se poder concluir que atualmente o processo civil não se limita à tutela de direitos de caráter individual. Em um processo que teve significativa importância especialmente a partir da Constituição de 1988, a legitimação extraordinária passou a assumir posição cada vez mais destacada no âmbito da tutela de direitos, notadamente daqueles que ostentam natureza coletiva, tais como a defesa de interesses relacionados à tutela do meio ambiente, dos direitos do consumidor, de um adequado desenvolvimento urbanístico, dentre outros igualmente titularizados por toda a sociedade⁴.

3 Parte da doutrina entende que a substituição processual constitui espécie de legitimação extraordinária que ocorre quando o legitimado processual atua sozinho, em substituição ao titular do direito material discutido em juízo, ao passo que as demais espécies de legitimação extraordinária ocorreriam nos casos em que ambos os legitimados atuam de forma concorrente no processo (BUENO, 2006, p. 50-51). Essa também é a posição adotada por Mazzilli (2013, p. 64) quando distingue substituição processual de representação, tratando-as como espécies de legitimação extraordinária. De todo modo, para os propósitos do presente trabalho, não se pretende observar essa distinção, seja porque a expressão “substituição processual” é mais consagrada pelo uso, seja porque a legitimidade extraordinária pode ser exercida de forma exclusiva ou concorrente, de modo a permitir que se designe as expressões como sinônimas.

4 Podem ser citadas, a título exemplificativo, as seguintes hipóteses de legitimação extraordinária consagradas constitucionalmente: a) a legitimidade das associações para representar seus filiados, judicial ou extrajudicialmente (artigo 5º, inciso XXI, da CF/88); b) a admissibilidade da ação penal privada subsidiária da pública, quando esta não for intentada no prazo legal (artigo 5º, inciso LIX, da CF/88); c) a legitimação dos sindicatos para a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria (artigo 8º, inciso III, da CF/88); d) a legitimidade conferida ao cidadão para defender o interesse coletivo em sede de ação popular (artigo 5º, inciso LXXIII, da CF/88). No plano infraconstitucional, podem ser mencionados: a) a atuação do marido como substituto processual da mulher na defesa dos direitos

Com efeito, a tutela dos direitos coletivos e difusos – direitos de natureza material – estava a exigir o aperfeiçoamento de institutos de direito processual que viabilizassem sua adequada efetivação, sob pena de se prejudicar a defesa judicial de direitos pertencentes a toda a coletividade, na medida em que o sistema anteriormente em vigor estava voltado prevalentemente para a proteção dos direitos subjetivos de cunho individual.

A legitimidade ativa no processo coletivo não se coaduna, de fato, com a concepção social que dele se espera a partir da tutela de direitos que ostentam natureza coletiva, na medida em que essa mudança de paradigma exigiu o reconhecimento da possibilidade de indivíduos ou grupos atuarem na representação de interesses difusos⁵. Não fosse a legitimação extraordinária, não haveria condições efetivas de tutela jurisdicional desses direitos, dotados de dimensão coletiva, com sensíveis obstáculos à reivindicação judicial de relevantes pretensões, em prejuízo da efetivação de sua própria tutela.

Mazzilli⁶ realça a importância do instituto da legitimidade extraordinária em sede de ação coletiva ao tecer as seguintes considerações sobre a questão:

Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática. Mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um acesso coletivo, de modo que a solução obtida no processo coletivo não apenas deve ser apta a evitar decisões contraditórias como, ainda, deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide, porque o processo coletivo é exercido em proveito de todo o grupo lesado.

Em suma, por força da legitimação extraordinária, admite-se que um terceiro atue processualmente em defesa daquele a quem, por se afigurar titular da relação jurídica de direito material, caberia atuar em um dos polos da demanda.

Tecidas algumas considerações sobre a legitimidade extraordinária, ou substituição processual, cabe destacar, em prosseguimento, que o sistema processual brasileiro admite, ao lado desse instituto, outras

referentes aos bens dotais desta (artigo 289, III, do Código Civil); b) a atuação do denunciado da lide que vem a juízo, chamado pelo denunciante, e passa a agir em defesa do direito deste último (artigos 70, inciso I e 74 do Código de Processo Civil); c) a atuação do gestor de negócios quando age em defesa dos direitos de seu representado (artigo 1331 do Código Civil).

5 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 49-50.

6 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 26. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50.

hipóteses em que um terceiro, diverso das partes que originariamente integram o processo, pode participar da relação jurídica processual. Com efeito, há casos em que, além das partes originárias, que veiculam pretensões em seu nome na defesa do próprio direito ou do direito de outrem, o sistema processual civil brasileiro também admite a formulação de pretensões por terceiros ou em face destes.

É o caso, por exemplo, da admissibilidade de interposição de recurso por terceiro interessado, das clássicas formas de intervenção de terceiros e, mais recentemente, do ingresso no processo da figura do *amicus curiae*⁷. Admite-se o ingresso no processo daquele que não se apresenta como titular da relação jurídica de direito material deduzida em juízo, tampouco figura como integrante originário da relação jurídica de direito processual⁸.

O terceiro, ao apresentar interesse jurídico ou econômico na causa, ingressa na relação processual originariamente constituída por outras partes, de modo que nela passa a exercer posições jurídicas processuais. Demonstrado o interesse jurídico, e, excepcionalmente, econômico⁹, na causa, tem-se que o ingresso do terceiro em lide pendente objetiva garantir economia processual e coerência às decisões judiciais a serem proferidas¹⁰.

A economia processual não se refere apenas ao tempo necessário para o desenvolvimento do processo, mas, sobretudo, à redução dos custos nele envolvidos, de modo a se promover ampla otimização da prestação jurisdicional por meio da implementação do menor esforço possível. Nesse ponto, como o terceiro desfruta de uma situação jurídica que se relaciona com aquela que está deduzida em juízo, é possível concluir que a admissão do terceiro no processo “revela aptidão de resolver, desde logo, um outro litígio, conexo com o que já se apresentou para resolução”¹¹.

7 Há quem defenda a existência de uma quarta hipótese de admissão do terceiro em juízo, que ocorre nos casos em que há interesse de natureza institucional, como é o caso da previsão legal de atuação da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB em juízo em causa na qual seja parte advogado, nos termos do artigo 49, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94.

8 A adoção do critério dúplice justifica-se na medida em que é possível o ingresso posterior da parte na demanda para a tutela do direito material discutido em juízo, do qual o entrante se afirma titular, como ocorre nas hipóteses do litisconsórcio ulterior e da sucessão processual.

9 Com base no dispositivo legal em referência, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido o interesse econômico da União em intervir nos processos em que se discute a correção monetária dos saldos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, visto que, sob o prisma estritamente econômico, o saldo das contas vinculadas é garantido pelo Governo Federal, em ordem a respaldar o interesse do ente público na lide (BRASIL, 2005).

10 Por outro lado, há certa preocupação em torno da procrastinação que a intervenção de um terceiro pode provocar no andamento de um processo. Daí porque, em algumas situações, o ordenamento jurídico não permite o ingresso de terceiro na lide, de modo a evitar o indesejável prolongamento das demandas, como ocorre na sistemática dos Juizados Especiais Federais (artigo 10 da Lei nº 9.099/95). De modo semelhante, mas por fundamento diverso, a intervenção de terceiros também não é admitida nas demandas que tenham por objeto a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (artigo 7º, “caput”, e artigo 18, ambos da Lei nº 9.868/99), visto que o processo de fiscalização normativa abstrata qualifica-se como processo de caráter objetivo.

11 BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 21.

Em certas ocasiões, o ingresso do terceiro na relação jurídica “antecipa um litígio inevitável que poderia ser ajuizado posteriormente, dependendo do resultado do processo no qual se intervém, compulsória ou voluntariamente”¹². Disso resulta, portanto, a segunda fundamentação da intervenção de terceiros, relacionada à necessidade de se evitar a prolação de decisões contraditórias, em prestígio à racionalidade e à necessidade de uniformidade da prestação jurisdicional.

Nos casos de intervenção de terceiros, e à semelhança do que ocorre com o instituto da legitimação extraordinária, a sentença proferida deixa de projetar-se tão somente ao demandante e ao demandado no feito, de modo a estender-se também a terceira pessoa que, embora seja estranha à relação jurídica processual originária, possui um vínculo com o objeto litigioso do processo e com a relação jurídica de direito material deduzida em juízo¹³.

Essa incidência de efeitos da decisão proferida sobre outra relação jurídica de direito material, que lhe é conexa, é que legitima, tradicionalmente, a intervenção de um terceiro em processo alheio.

Daí porque se disse que o instituto da intervenção de terceiros tem por objetivo evitar a propositura de demandas posteriores, relacionadas intrinsecamente com a demanda originária, na qual se deu a intervenção, obstando-se, por via de consequência, a prolação de decisões contraditórias a respeito de idênticas ou aproximadas relações jurídicas de direito material. O terceiro, na verdade, ingressa em feito do qual sequer era parte com a finalidade de participar da formação do convencimento do magistrado na prolação de decisão que pode reflexamente lhe atingir, dada a intrínseca relação existente entre a sua situação jurídica e a relação jurídica de direito material discutida em juízo.

2 A APROXIMAÇÃO DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS ÀS SITUAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO MATERIAL

Os institutos processuais passaram, em recente período, por um processo de revisitação voltado à garantia de adaptabilidade a duas situações dignas de registro.

A primeira diz respeito à adaptação cada vez mais reclamada das formas, institutos e procedimentos às situações jurídicas de direito material, como decorrência da visão instrumentalista do processo. Já a segunda está intimamente relacionada à adaptação do procedimento processual ao movimento de tutela coletiva de direitos, que se desenvolveu,

12 BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

13 Bueno (2006. p. 18) destaca que, além dos terceiros desinteressados, que não devem ser admitidos no processo, existem os que também são titulares dos mesmos bens da vida que já estão postos em juízo. Em prosseguimento, assevera que, ao lado desses dois extremos, existem outros terceiros que, de uma forma mais ou menos intensa, sentirão, em suas próprias relações jurídicas materiais, efeitos decorrentes daquela que foi deduzida em juízo.

sobretudo, a partir da visão social democrática que tanto caracteriza o texto constitucional de 1988.

Passando ao primeiro ponto, vale registrar que a figura da intervenção de terceiros, por exemplo, apresenta uma estrita relação com o direito material discutido em juízo. Como mencionado anteriormente, associado ao interesse jurídico ou, excepcionalmente, econômico, é o vínculo entre as relações jurídicas que permite o ingresso do terceiro em causa estabelecida anteriormente entre partes diversas.

A reaproximação entre o aludido instituto do direito processual com o direito material discutido em juízo foi afirmada com muita propriedade por Bedaque¹⁴:

Da mesma forma que para ter legitimidade o sujeito ativo ou passivo precisa integrar a relação substancial afirmada na inicial, a pluralidade de partes depende diretamente da situação legitimante, isto é, da situação de direito material. É no plano da relação jurídica substancial que se verifica se a pluralidade de partes pode ou deve ocorrer; também é o direito material que determina qual a espécie de pluralidade (litisconsórcio e as cinco formas de intervenção de terceiros: assistência, oposição, nomeação à autoria, denúncia da lide e chamamento ao processo).

Pode-se perceber, dessa forma, que, à semelhança do que se afirmou a respeito da figura da parte no processo civil, o instituto da intervenção de terceiros tem passado por uma fase de reaproximação com os institutos do direito material que são discutidos em juízo.

A natureza do direito material tutelado em juízo passou, no período pós-contemporâneo de evolução da dogmática processual civil, a influenciar sensivelmente a posição jurídica processual exercida, ao longo da relação jurídica processual, pela parte correspondente.

Disso resulta que o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento jurisdicional e os meios executórios devem guardar adequação com as peculiaridades da situação de direito material¹⁵, circunstância que também deve estender-se à natureza e forma da intervenção de um terceiro no processo civil.

É nesse contexto de adaptação de procedimentos a novas realidades de direito material ou necessidades surgidas com o desenvolvimento da sociedade contemporânea que devem ser estudados os institutos processuais.

No âmbito do estudo das partes no processo, por exemplo, registre-se a tendência doutrinária italiana de reconhecer legitimidade

14 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006a. p. 108.

15 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006a. p. 51.

ordinária às formações sociais para impulsionar a máquina judiciária em atenção aos seus objetivos institucionais¹⁶.

Ou ainda o posicionamento, com base no direito alemão¹⁷, de que as hipóteses de legitimação ordinária e extraordinária afiguram-se insuficientes para a tutela dos interesses cada vez mais complexos que compõem a estrutura social. A partir da necessidade de intensificação da tutela dos direitos metaindividuais, chamou-se a atenção para a instituição da figura da “legitimação autônoma para a condução do processo”, que, ostentando caráter exclusivamente processual, autônomo e objetivo, diferiria da legitimação extraordinária tradicional por envolver a tutela de interesses de titularidade indeterminada, como ocorre no caso da atuação do Ministério Público quando, em alegada tutela dos interesses de toda a coletividade, propõe ação civil pública com vistas à defesa de direito qualificado como difuso.

No que diz respeito ao segundo ponto da reflexão, o processo da coletivização de direitos trouxe, de fato, um novo olhar sobre os institutos típicos do direito processual, os quais foram revisitados com o fim de se garantir a necessária adaptação a essa nova realidade de direitos fundamentais metaindividuais advindas do constitucionalismo contemporâneo.

Os paradigmas do direito processual civil clássico, marcados por ideologia manifestamente liberal, sempre estiveram voltados à resolução de conflitos individuais, sem a previsão de institutos processuais afinados com a tutela de direitos transindividuais. A compreensão da tutela de direitos pertencentes a um conjunto indeterminado de pessoas necessariamente produz mudanças significativas na compreensão que usualmente se teve de institutos clássicos do processo civil, ocasionando importantes repercussões, inclusive, no plano da legitimação da decisão estatal¹⁸.

16 TROCKER, Nicolò. *Processo e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 218.

17 No direito alemão, o instituto é conhecido como “Selbständige Prozeßführungsbefgnis”, entre nós intitulado de “legitimação autônoma para a condução do processo”, segundo o qual a dicotomia clássica entre legitimação ordinária e extraordinária somente seria aplicada às demandas de caráter individual, na medida em que, no processo coletivo, não se pode falar em defesa de direito alheio em nome próprio por não se lograr identificar com precisão quem é o titular do direito. De acordo com esse posicionamento, a legitimidade não seria extraordinária, mas sim autônoma, visto que coube à lei eleger alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não tinham condições de fazê-lo individualmente (NERY JUNIOR; NERY, 2003. p. 1885).

18 A título exemplificativo, importa destacar a aplicação diferenciada do instituto da intervenção de terceiros nos processos que envolvam a tutela de direitos individuais homogêneos. Nesses casos, o artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, ao dispor sobre o tema, estatui que “proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo da ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”. Percebe-se, dessa forma, que o sistema de defesa dos direitos individuais homogêneos permite, excepcionalmente, e tendo sempre em vista a natureza do direito tutelado, a intervenção individual na ação coletiva quando solicitada de forma tempestiva pelo interessado, procedimento que se distingue, inclusive, daquele conferido por lei às causas que objetivam a tutela de direitos coletivos e difusos. Vale ressaltar que a sistemática distingue-se, inclusive, daquela conferida por lei às causas que versam sobre a tutela de direitos coletivos e difusos, nas quais se impediu a intervenção do particular na ação coletiva, vedando-se, por via de consequência, a formação da coisa julgada nos casos de improcedência por insuficiência de provas.

Feitas essas considerações, registre-se que o exame do tema proposto para debate no presente trabalho também não pode deixar de observar a presença das duas realidades aqui retratadas.

Com efeito, a identificação da natureza jurídica da intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em processos que discorram sobre a tutela da concorrência não prescinde do exame tanto da natureza do direito material tutelado pela mencionada autarquia federal quanto das implicações que o processo de coletivização de direitos impõe à interpretação dos institutos processuais clássicos que lhe são correspondentes.

Nesse caminhar de ideias, diante da estreita relação entre institutos de direito processual e situações jurídicas de direito material evidenciadas em juízo, é possível concluir que apenas mediante o exame da natureza jurídica do direito tutelado pela mencionada autarquia federal é que se pode identificar com maior clareza a natureza jurídica de sua intervenção, como um terceiro, nas demandas de natureza coletiva que envolvam a proteção da ordem econômica.

3 A DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A COMPREENSÃO DA TUTELA DA CONCORRÊNCIA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL DE TERCEIRA DIMENSÃO

Os princípios que regem a ordem econômica assumem importância fundamental para a correta compreensão da defesa da concorrência como um valor fonte que, além de ostentar inegável dignidade constitucional, também atua como um mandado de otimização, em ordem a merecer desenvolvimento legislativo e instituições suficientemente estruturadas para a sua adequada proteção.

Ao tratar da ordem econômica, o artigo 170 do texto constitucional de 1988 acabou por garantir o livre desenvolvimento do sistema de mercado, ao consagrar em seu texto os princípios da propriedade privada, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica.

Por outro lado, e como todo e qualquer direito, tais princípios não ostentam caráter absoluto, mas possuem uma dimensão relativa de peso ou de importância, de modo que devem ser ponderados, no caso concreto, com os princípios da soberania nacional, da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do meio ambiente, bem como da redução das desigualdades regionais e sociais.

Nesse ponto, vale ressaltar que, na qualidade de princípios, os valores acima enunciados devem ser submetidos à lógica da ponderação, de modo que, com base no juízo de proporcionalidade e de razoabilidade elaborados pelo intérprete, se possa chegar à solução mais adequada ao atendimento dos fins da norma.

No que se refere à proteção da ordem econômica, a atenta leitura do texto constitucional permite concluir que o constituinte de 1988 fez clara opção pela consagração de um modelo capitalista fundado na valorização do trabalho e na busca pelo pleno emprego¹⁹, de modo que os excessos do capitalismo e da busca pelo lucro não ocorra em prejuízo à dignidade da pessoa humana, o qual, por sua vez, se apresenta como o princípio vetor de todo ordenamento jurídico.

A livre concorrência, embora inegavelmente ostente a natureza de um valor normativo consagrado pelo texto constitucional, não resulta naturalmente das forças do mercado, carecendo, assim, de certa intervenção estatal para sua garantia e efetiva concretização.

Trata-se, assim, de um valor que deve ser objeto de contínua proteção estatal, seja por meio do adequado desenvolvimento normativo do referido princípio, seja através da consagração de instituições do aparato estatal voltadas à atribuição de defender a concorrência entre os agentes econômicos.

É importante registrar que a concorrência está voltada à proteção do livre mercado, uma vez que não resulta de um processo natural de ajuste entre agentes econômicos.

Partindo dessa premissa, costuma-se acertadamente afirmar a existência de certo compromisso entre a proteção ao mercado e o intervencionismo estatal. Quanto ao tema, vale ressaltar o magistério doutrinário de SANTIAGO²⁰, para quem, em concordância com a postura de Eros Roberto Grau, o mercado atua como mecanismo de coordenação do processo econômico:

[...] o mercado subsiste, preservado, como um mecanismo de coordenação do processo econômico, pois é justamente no clima de mercado que se encontram as condições mais propícias de dinamização dos dois valores juridicamente protegidos fundamentais do capitalismo: propriedade privada dos bens

19 A evolução história da proteção à concorrência no Brasil pode ser bem evidenciada a partir da leitura do seguinte trecho doutrinário: “A partir da Constituição de 1934, surgiram os primeiros rudimentos da política antitruste no Brasil, sob a influência de uma nova concepção de Estado de Bem-Estar Social. Foi pela Constituição de 1946, contudo, em seu artigo 148, que se criou base para a promulgação de uma lei antitruste, sendo instituído o princípio da repressão aos abusos do poder econômico. A Constituição Federal de 1946 dispôs que a lei reprimiria toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, que tivessem por finalidade dominar o mercado e eliminar a concorrência, aumentando, arbitrariamente os lucros (Artigo 48). Em continuidade, foi editada, em 10 de setembro de 1962, a Lei 4.137, que conceituou as formas de abuso, atribuindo, para tanto, a competência ao Cade, regulamentando seu procedimento administrativo e o processo judicial. Atualmente, desde o advento da Constituição Federal de 1988, houve previsão, em capítulo próprio, dos princípios da atividade econômica, consoante artigo 170. Verifica-se, assim, evidente conteúdo de predominância neoliberal, vez que exalta a livre iniciativa e a propriedade privada. De acordo com Ramim (2005, p. 31), o artigo supracitado determina que a economia brasileira deve organizar-se segundo regras do livre mercado, respeitando-se a liberdade de iniciativa econômica. Diz ainda que, dentro de uma ordem capitalista do século 20, a norma constitucional busca conciliar valores antagônicos, apoiando a organização da economia brasileira tanto no capital como no trabalho, assumindo caráter normativo e conformador da realidade socioeconômica subjacente, planejando transformá-la a partir de políticas públicas.” (STOLZ, SCREMIN; DAUDT, 2006. p. 136-137).

20 SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da Concorrência*. Salvador: Juspoivm, 2008. p. 25.

de produção e liberdade de iniciativa econômica. Por isso mesmo é que afirmo a existência de um certo comprometimento entre intervencionismo econômico e mercado, eis que aquele está voltado à preservação deste. Desde tal visão, o mercado nutre-se do intervencionismo.

Enquanto bem de proteção jurídica, é importante registrar que o mercado configura uma instituição social e jurídica que não pode se desenvolver a partir de suas próprias leis, sem qualquer regulação, sob pena de se legitimar que a busca incessante pelo maior lucro possível acabe por minar a manutenção de um saudável ambiente concorrencial entre os agentes econômicos que nele atuam, em prejuízo à defesa do consumidor, do meio ambiente e, em última análise, da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Figueiredo²¹ destaca, a respeito do tema, que:

Concorrência é a ação competitiva desenvolvida por agentes que atuam no mercado de forma livre e racional. Isto é, trata-se da disputa saudável por parcela de mercado entre agentes que participam de uma mesma etapa em ciclo econômico (produção <-> circulação <-> consumo). Assim, deve o Estado intervir de forma a garantir que a competição entre os concorrentes de um mesmo mercado ocorra de forma justa e sem abusos (monopólio, oligopólio, truste, cartel, etc.), garantindo-se, assim, o equilíbrio entre a oferta e a procura, bem como a defesa da eficiência econômica.

Cuida-se, assim, da proteção conferida pelo Estado ao devido processo competitivo em sua Ordem Econômica, a fim de garantir que toda e qualquer pessoa que esteja em condições de participar do ciclo econômico de determinado nicho de nossa economia dele possa, livremente, entrar, permanecer e sair, sem qualquer interferência estranha oriunda de terceiros.

Em continuação, prossegue o autor:

[...] depreende-se que a regra é a liberdade de exercício da atividade econômica, como corolário da livre-iniciativa, na qual o Estado não deve interferir na manifestação volitiva de seus cidadãos para tanto. Todavia, isso não significa que o Estado, nos casos em que se evidencie interesses da coletividade, não possa regular a atividade econômica, impondo requisitos para seu exercício racional, atuando, inclusive, com poder de polícia administrativa para fazer valer e efetivar suas medidas, devendo tal dispositivo ser interpretado de forma sistemática com os demais preceitos constitucionais de direito econômico²².

Dignas de nota também são as conclusões tecidas por GRAU²³ no que se refere ao papel do ordenamento jurídico como mecanismo de regulação das relações econômicas travadas no mercado:

21 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 63,

22 Ibidem, p. 70-71.

23 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 31.

- (i) A sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o Direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhes são próprias;
- (ii) Essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma de Direito Positivo, Direito posto pelo Estado;
- (iii) Este Direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos

Não se quer com isso – e nem esse é o propósito do presente trabalho – defender o intervencionismo desmensurado do Estado como solução para as naturais imperfeições e desníveis de poder econômico existentes no mercado. Ao contrário, a Constituição da República garante, conforme já mencionado, a livre iniciativa como um valor fonte a ser observado pela ordem jurídica brasileira.

O que se quer afirmar é justamente a necessidade de, em certos casos, o aparelho estatal intervir com vistas a garantir a efetiva implementação das condições adequadas de concorrência dentro do mercado. Nesse ponto, cabe ao CADE, no plano administrativo, atuar como ente estatal incumbido da tutela e preservação do direito constitucional ao ambiente concorrencial equilibrado.

Assim, a livre atuação dos agentes de mercado pode ser restringida pela atuação estatal, na medida em que o Estado pode utilizar-se de normas jurídicas, da instituição de monopólios e do estabelecimento de direitos de propriedade industrial como elementos voltados à proteção de bens jurídicos pertencentes à toda a coletividade, como é o caso da proteção ao sadio ambiente concorrencial no mercado.

Ao discorrer sobre a defesa da ordem jurídica contra o abuso do poder econômico que prejudique a livre concorrência, o constituinte acabou por consagrar a necessidade de formulação de um microssistema legal e institucional voltado para a defesa da concorrência enquanto um valor fonte do ordenamento jurídico.

Esse microssistema, intitulado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, tem como principal ator o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia responsável a tutelar, em última instância no plano administrativo, o ambiente concorrencial marcado pela adequada competição entre os agentes econômicos que atuam no mercado.

Nesse contexto, não há dúvidas de que o princípio da livre concorrência destina-se a garantir a proteção à economia de mercado.

Ao tratar da proteção à livre concorrência, GRAU²⁴, com inegável propriedade, afirma que:

A livre concorrência é pela Constituição de 1988 erigida à condição de princípio. Como tal contemplada no art. 170, IV, compõe-se, ao lado de outros, no grupo do que tem sido referido como ‘princípios da ordem econômica’. Trata-se, como já anotei, de princípio constitucional impositivo (Canotilho). A afirmação principiológica da livre concorrência no texto constitucional é instigante.

De uma banda porque a concorrência livre – não liberdade de concorrência, note-se – somente poderia ter lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico. Este, no entanto – o poder econômico – é não apenas um elemento da realidade, porém um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra o princípio. O § 4º do art. 173 refere ‘abuso do poder econômico’. Vale dizer: a Constituição de 1988 o reconhece. Não que não devesse fazê-lo, mesmo porque a circunstância de não o ter reconhecido não o condão de bani-lo da realidade. Apenas, no entanto, tendo-o reconhecido, soa estranha a consagração principiológica da livre concorrência. Para que tal não corresse, em presença da consagração do princípio, haveria o mencionado §4º de dispor: ‘A lei reprimirá os abusos decorrentes do exercício da atividade econômica...’. O que, não obstante – repito – seria inteiramente em vão: nem por isso o poder econômico deixaria de se manifestar no mundo real – mundo do ser – a braçadas.

Em seguida, o renomado autor explica a proteção constitucional à livre concorrência no contexto da organização do mercado:

Deveras, não há oposição entre o princípio da livre concorrência e aquele que se oculta sob a norma do §4º do art. 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como princípio da repressão aos abusos do poder econômico e, em verdade – porque dele é fragmento – compõe-se no primeiro. É que o poder econômico é a regra e não a exceção. Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor. A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas, convertidas, porém, na dinâmica de sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural²⁵.

A defesa da livre concorrência envolve inegável proteção de caráter constitucional. Como consectário dessa afirmação, pode-se afirmar que compete ao CADE agir na salvaguarda do interesse público e, em última análise, na proteção da dignidade da pessoa humana.

24 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 205-206.

25 Ibidem, p. 206.

É o que resulta das considerações oriundas de Forgioni²⁶:

O texto da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, entre nós, meio, instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, 'assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social'. José Alexandre Tavares Guerreiro, mesmo antes do advento da Constituição de 1988, já via a proteção da concorrência como serviçal de um bem maior, o interesse coletivo, a ordem pública.

[...]

O caráter instrumental da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, §4º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, V). Essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, em obediência ao caput do art. 170 e ao art. 3º.

Como já escrevemos em conjunto com Eros Roberto Grau, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são instrumentais da promoção da dignidade humana. A Constituição do Brasil, em seu todo, persegue objetivos mais amplos e maiores do que, singelamente, o do livre mercado.

A livre concorrência e a livre iniciativa constituem princípios que, dotados de caráter constitucional, assumem a condição de direitos fundamentais de terceira dimensão, na medida em que se objetiva, com a sua proteção, tutelar interesses pertencentes à coletividade.

A respeito do interesse coletivo associado à proteção da concorrência, vale destacar o seguinte posicionamento de Figueiredo²⁷:

Observe-se que a defesa da concorrência é tema afeto não só à economia nacional, mas matéria de interesse coletivo, afeta a toda a sociedade. Isso porque a manutenção salutar da ordem econômica e, consequentemente, do próprio Estado, dentro das políticas estabelecidas pelo Poder Público, está intimamente relacionada à garantia de competição harmônica dos agentes econômicos que nele atuam.

Por conseguinte, entende-se toda a ação de disputa saudável por espaço em determinado mercado relevante realizada entre agentes competidores entre si. É competição pela preferência dos consumidores, realizada entre fornecedores ou produtores de bens iguais ou semelhantes. Trata-se, assim, do esforço empreendido pelo Estado na defesa da eficiência de seu mercado interno e de sua Ordem Econômica. Isto é, a garantia que o Poder Público assegura a seus agentes privados que melhor operem no mercado, no sentido de dar ao consumidor final acesso a bens, produtos

26 FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 186.

27 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 214-215.

e serviços qualitativamente diferenciados, por preços quantitativamente mais em conta. Com o fomento da competição, aumentando-se naturalmente o número de agentes privados concorrentes entre si, o Estado promove a pulverização do poderio econômico entre os mesmos, de forma que nenhum consiga impor sua vontade sobre os demais, tampouco sobre o Poder Público. Evita-se, assim, desequilíbrio que possam conduzir a estruturas monopolizadas ou oligopolizadas, bem como a captura de interesses.

A defesa da concorrência, dentro de um contexto político-social, não é um fim em si mesmo, mas um meio pelo qual se busca criar uma economia eficiente, por meio do estabelecimento de políticas públicas e de um ordenamento jurídico específico para tanto. Em um sistema econômico eficiente, os cidadãos dispõem da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis e, conseqüentemente, os indivíduos desfrutam de um nível máximo de bem-estar econômico. O objetivo final da defesa da concorrência, portanto, é tornar máximo o devido processo competitivo e, por corolário, o nível de bem-estar econômico da sociedade. Economias competitivas são, também, uma condição necessária para o desenvolvimento econômico sustentável de uma Nação a longo prazo [...].

Ainda a respeito do tema, são dignas de nota as seguintes lições de Ferraz Junior²⁸:

O princípio da concorrência significa, *prima facie*, que a potencialidade deve ser aberta, em sentido normativo, a todos. Em si, o mercado é cego em face dos indivíduos, sendo, ao revés, um instrumento a serviço da coletividade. Por meio do mercado a sociedade impõe uma ordem à livre iniciativa. Por meio do mercado a sociedade impõe uma ordem à livre iniciativa. O princípio da concorrência, por seu lado, garante, em nome da coletividade, o exercício da livre iniciativa a qual exige, como qualquer direito fundamental, o estabelecimento de seus limites.

As fusões, aquisições e incorporações atuam como instrumentos voltados à organização do mercado, podendo gerar efeitos positivos ou negativos sobre o bem-estar da coletividade. Caso criem sinergias e economias de escala, associadas à redução de custos e preços dos bens e serviços em favor do consumidor, conclui-se que o negócio jurídico gera efeitos positivos para a concorrência. É possível, entretanto, que as restrições à concorrência surgidas a partir do negócio entabulado sejam maiores do que os benefícios gerados pelo ajuste, na medida em que os processos de associação entre empresas podem ocasionar a formação de posições dominantes no mercado, circunstância que se afigura

28 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Concorrência como tema constitucional*: política de Estado e de governo e o Estado como agente normativo e regulador. Revista do Ibrac. São Paulo, v. 16, p. 169-186, 2009. p. 74.

potencialmente hábil a ensinar a criação de indesejáveis condições para o exercício abusivo do poder de mercado pelas empresas que participaram do processo de integração.

Vê-se, dessa forma, que a tutela da concorrência está indissociavelmente relacionada com a proteção de um interesse coletivo. Dotado de direito constitucional de natureza fundamental, eis que relacionado à proteção à ordem econômica, a tutela da livre concorrência garante que os benefícios de uma economia de mercado sejam estendidos a toda a coletividade. Pode-se concluir que se está a tratar, de fato, de um direito fundamental de natureza difusa que objetiva proteger a sociedade de situações que possam configurar abuso do poder econômico com vistas ao exercício do domínio de mercado.

O CADE tem a missão de tutelar, no regular exercício de suas atribuições institucionais, a concorrência enquanto direito fundamental de terceira dimensão que, ostentando natureza difusa, está voltado à proteção de toda a coletividade.

Essa peculiaridade de proteção ao bem-estar social – atinente à atuação institucional do CADE – deve nortear o exame da natureza jurídica da intervenção da mencionada autarquia federal nas ações judiciais em que não figure originalmente como parte, quando objetivem discutir a proteção à concorrência.

4 O PODER JUDICIÁRIO NA AMBIÊNCIA DEMOCRÁTICA: O DEVER DE PRESTAR CONTAS À SOCIEDADE

A democracia é usualmente compreendida apenas em sua perspectiva formal, voltada para o direito de expressão da vontade da maioria na instituição de representantes eleitos. Trabalha-se, nesse plano, com a perspectiva de um governo democraticamente instituído pelo povo.

Ocorre que a democracia não se esgota na representatividade política dos interesses públicos por cidadãos legitimamente eleitos pela comunidade social. Embora a eleição, indubitavelmente, represente, desde o advento do Estado Moderno, importante vertente formal da aplicação da democracia, é certo que o princípio democrático encerra sentidos, formas e projetos distintos no corpo social.

Diante disso, pode-se construir uma acepção de democracia que, em uma perspectiva material, remeta o intérprete à ideia de respeito aos direitos das minorias e à efetiva e concreta participação na formação das decisões de poder proferidas pelo Estado.

Em um primeiro plano, cumpre tratar da perspectiva democrática de respeito às diferenças, ou seja, de respeito às individualidades e opções que cada indivíduo pode adotar em um contexto social marcado pelo pluralismo. A democracia envolve, nessa perspectiva, os conceitos

de diversidade e de tolerância. A aceitação das diferenças, incluindo o reconhecimento de direitos aos grupos minoritários, é característica essencial de um Estado Democrático²⁹.

A segunda vertente, de natureza complementar à primeira, há de ser compreendida com mais vagar, dada a íntima relação com os propósitos do presente trabalho.

Nesse último plano, é importante registrar que a democracia também reclama o reconhecimento do direito à efetiva, direta e concreta participação nas decisões de poder pelos indivíduos, manifestada pelo pleno exercício da cidadania e por mecanismos de inclusão social e política.

Para Habermas³⁰, o princípio democrático:

[...] destina-se a amarrar procedimentos de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente [...]. O princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis.

Com base na teoria do agir comunicativo, o filósofo Habermas parte do discurso e da linguagem para propor a aplicação de uma democracia deliberativa, que se estrutura a partir de uma realidade discursiva que supera a radical divisão estrutural existente na sociedade entre dominantes e dominados e atua como um mecanismo voltado à legitimidade material da atuação estatal.

Propõe-se, a partir disso, a estruturação de uma democracia deliberativa, que prestigie a deliberação no processo de tomada de decisão a partir da teoria do discurso, da institucionalização de procedimentos e das condições de comunicação com as opiniões públicas informalmente constituídas³¹.

Assim, pode-se, com Habermas, pensar no Direito como sendo um instrumento necessário da experiência social, mas, sobretudo, imprescindível para a vivência governada pela razão, enquanto razão comunicativa, em

29 Disso resulta que o direito contemporâneo passou a tratar de diversos microsistemas normativos voltados à proteção de minorias, seja em função da idade, raça, sexo, ou mesmo de alguma condição de hipossuficiência detida por determinados grupos sociais e identificada como relevante no meio social.

30 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de F. B. Siebeneichler. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 145.

31 Ibidem, p. 21.

lugar da irracionalidade e do atomismo sociais. É assim que o Direito se anela à ideia de ser uma prática social de deliberação, compartilhamento e estabelecimento de referenciais do agir comum; é, certamente, linguagem, codificada ao nível normativo, comprometida com salvaguarda da liberdade, o que só é possível por meio do exercício de escolhas entre valores diversos, para que comportamentos se tornem socialmente vinculativos, consentindo-se a sobrevivência da coesão social e o crescimento das perspectivas de alcance da justiça na vida compartilhada por uma comunidade linguística³².

Essa perspectiva de legitimidade material da decisão política estatal decorre da aproximação das instâncias de poder estatal com os valores compartilhados por aqueles que efetivamente são seus titulares e, por via de consequência, com a aceitação racional de uma ordem jurídica que guarde consonância com os ideais de justiça, ética e moral predominantes no corpo social.

O título alemão [...] remete diretamente à dupla natureza do direito moderno: sua facticidade e sua validade, isto é, de uma parte um constrangimento factual imposto pela aplicação, pelo Estado, do direito e pela ameaça de sanções, constrangimento que implica a legalidade dos comportamentos; de outra parte, uma obediência às normas motivada pela validade legítima delas, isto é, com base em pretensões à validade normativa intersubjetivamente reconhecidas. A factualidade e a validade não formam um ‘amálgama indissolúvel’, como no caso das certezas do mundo vivo ou das instituições arcaicas ou tradicionais que se subtraem a toda discussão e para as quais o factual possui a força do sagrado e do inquestionável. A factualidade própria à materialidade mesma do aparelho judiciário e dos mecanismos de sanções e própria ao monopólio da forma detida pelo Estado está ligada à legitimidade de procedimentos e de legislação que pretendem a racionalidade, na medida em que garantem a liberdade e a autonomia dos cidadãos.

A democracia moderna apoia-se, assim, neste duplo espectro da validade jurídica: a aceitação da ordem jurídica e a aceitabilidade racional dessa ordem³³.

Nesse contexto, o princípio da democracia evolui para assumir função primordial no processo de legitimação do poder, em prestígio aos mecanismos diretos de participação popular, ao invés da simples participação indireta do povo em um formal processo eleitoral.

Essa definição acaba por conduzir a sociedade à necessidade de aperfeiçoamento dos canais diretos de participação social nas decisões políticas, em um processo de constante incremento da democracia deliberativa na pós-contemporaneidade.

32 BITTAR, Eduardo C. B., ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10 ed. revista e atualizado. São Paulo: Atlas, 2012. p. 522.

33 DUPEYRIX, Alexandre. *Compreender Habermas*. São Paulo: Loyola, 2012. p. 141-142.

De fato, a democracia não pode ser utilizada, de forma ideológica, apenas como norma simbólica que se esgote no exercício periódico do direito de voto. A representatividade democrática passa atualmente por um processo de crise. Dogma do constitucionalismo liberal, a delegação autorizou o representante eleito a agir como bem entendesse, dispensando-o de prestar contas à sociedade por ser o fiel detentor dos interesses da maioria que o escolheu³⁴ e, por isso, não logrou cumprir a finalidade de garantir a correspondência entre a atuação estatal e a vontade popular.

A democracia simplesmente formal e a representatividade indireta, oriunda do exercício do voto, acabou por revelar-se insuficiente para a caracterização de um Estado como efetivamente democrático. Na verdade, a evolução do tema tem indicado que a efetiva democracia não pode dispensar a criação de mecanismos ou de canais procedimentais que viabilizem o exercício da participação popular direta no processo de tomada de decisão política e administrativa.

Esse processo de crise de representatividade está a reclamar o aperfeiçoamento dos mecanismos de participação direta dos cidadãos na vida do Estado em todas as esferas do poder estatal, inclusive no âmbito do Poder Judiciário. Ao considerar a democracia como elemento qualificador do Estado Brasileiro, o legislador constituinte não fez qualquer distinção entre os poderes constituídos quanto à incidência concreta e efetiva desse preceito. Quer-se com isso dizer que os pressupostos atinentes à legitimação democrática do poder estatal aplicam-se não apenas aos Poderes Legislativo e Executivo como também ao Poder Judiciário.

É justamente a partir dessas premissas que se tem propugnado, em período mais recente, o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle democrático dos atos praticados pelo Poder Judiciário pela sociedade. Os membros do Poder Judiciário, embora, no Brasil, não sejam eleitos pela população, indubitavelmente exercem parcela do poder estatal, razão pela qual se faz necessário o aperfeiçoamento de instrumentos voltados ao controle da atuação estatal pela população que custeia e, ao mesmo tempo, é destinatária da prestação do serviço jurisdicional.

Da aplicação do princípio democrático à atuação do Poder Judiciário resultam duas vertentes fundamentais.

A primeira está intimamente relacionada à garantia de transparência de sua atuação, seja no plano administrativo³⁵, que também

34 O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? In: *Novos Estudos - CEBRAP*, São Paulo, n. 31, 1991, p. 31.

35 No âmbito de sua atuação administrativa, a sujeição do Poder Judiciário às regras de transparência em sua atuação assemelham-se, em muito, àquelas aplicáveis aos demais poderes da República. A título exemplificativo, vale ressaltar que o Poder Judiciário tem suas contas sujeitas a controle interno e externo; submete-se às regras de admissão de pessoal por concurso público; sujeita-se às regras próprias da contratação pública por licitação e deve dar a necessária publicidade às decisões adotadas, as quais, além de motivadas, devem guardar consonância com o interesse público e são passíveis, inclusive, de controle jurisdicional. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os mecanismos de

é exercido pelo Poder Judiciário, seja no âmbito do exercício da atividade jurisdicional propriamente dita³⁶.

A previsão de novos direitos e garantias constitucionais pelo texto constitucional de 1988 permitiu, ao lado das garantias ofertadas à magistratura, a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário, que, preenchendo um vazio institucional deixado pelos demais Poderes da República, passou a desempenhar nítido papel político sobre temas mais variados, que incluem a definição de certos limites ao exercício das políticas governamentais por quem detém a representatividade decorrente do voto popular.

Embora não sejam eleitos pelo povo, não há dúvidas de que, em um ambiente democrático, o exercício do poder também se dá de forma representativa, razão pela qual deve também o Poder Judiciário prestar contas de sua atuação à sociedade.

Sem embargo de representar um poder político, o Judiciário tem características bem diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para ser desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis.

É certo, contudo, que o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Embora tal assertiva não se afaste do conhecimento convencional, a verdade é que a percepção concreta desse fenômeno é relativamente recente. O distanciamento em relação à sociedade, à opinião pública e aos meios de comunicação fazia parte da tradição de isenção e de autopreservação do Judiciário. Embora a intenção fosse a da reserva e da virtude, a consequência foi uma disseminada incompreensão acerca do papel e da importância das instituições judiciais³⁷.

A publicidade da decisão constitui mecanismo voltado, dessa forma, a assegurar a prestação de contas da atuação do Poder Judiciário para o cidadão que detém, no contexto do Estado Democrático, a titularidade de todo o poder. Além disso, assegura a transparência da motivação adotada,

controle administrativo dos membros do Poder Judiciário passaram por sensível aprimoramento, inclusive no que se refere ao controle da frequência, eficiência, produtividade e local de residência dos magistrados.

36 Mesmo na esfera do exercício da jurisdição, as decisões judiciais proferidas devem observar os princípios da publicidade e da motivação, de modo a se permitir o controle da justiça e da adequação da decisão adotada pelas próprias partes e, em última análise, pela própria sociedade.

37 BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade e constitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 425.

constituindo, dessa forma, instrumento de participação democrática no processo. Ciente dos motivos e do raciocínio desenvolvido pelo magistrado para chegar a determinada conclusão, permite-se às partes o exercício do controle da atuação jurisdicional ao assegurar-lhes a impugnação concreta e específica dos fundamentos adotados pela decisão recorrida. Também resta viabilizado, ainda que de forma indireta, o controle social do teor da decisão pela opinião pública, na medida em que o ato jurisdicional, enquanto decisão emanada do poder estatal, deve sujeitar-se à avaliação crítica da sociedade como consectário do exercício das liberdades de opinião e de manifestação do pensamento garantidas constitucionalmente.

A segunda vertente diz respeito ao incremento dos mecanismos de participação ativa da sociedade civil no processo de tomada de decisão, inclusive a que apresenta natureza jurisdicional. Como decisão emanada do Estado, a democracia impõe o efetivo exercício da cidadania no processo de tomada de decisão jurisdicional.

Lúcidas as observações de FERNANDES³⁸ quando destaca que:

Avança a ideia de que o provimento, como ato estatal, não se dirige apenas a autor e réu, mas a toda comunidade, que tem interesse na correta administração da justiça. A própria legitimação do provimento decorre da possibilidade de que outros possam trazer a juízo informações necessárias para a correta apreensão daquele trecho da realidade que é objeto de apreciação processual. O processo não é só procedimento e contraditório; é procedimento, contraditório e participação.

CATONNI DE OLIVEIRA³⁹ traduz com bastante precisão que o direito de participação constitui fonte de legitimação da decisão judicial:

O que garante a legitimidade das decisões são antes garantias processuais atribuídas às partes e que são, principalmente, a do contraditório e a ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões. A construção participada da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público e fundamentalmente das partes e dos seus advogados.

Essas constatações impõem ao operador do direito a defesa incessante de um modelo de jurisdição cada vez mais aberto e participativo, em ordem a consagrar os pressupostos da participação democrática tanto das partes como de terceiros que de alguma forma se relacionam com o objeto do processo na formação do convencimento da decisão estatal a ser proferida.

38 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 43.

39 CATONNI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 78-79.

5 A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA COMO FUNDAMENTO TEÓRICO DA PARTICIPAÇÃO DOS INTERESSADOS NO PROCESSO

A escola mineira de direito processual defende a necessidade a necessidade de se estabelecer um perfil mais participativo da sociedade no processo, ou seja, um modelo processual mais cooperativo, dotado de bases democráticas de participação nas decisões judiciais. Com os olhos mais voltados para os direitos fundamentais firmados na Constituição da República, propõe-se a adoção de um modelo em que os sujeitos processuais sejam agentes construtores e, ao mesmo tempo, destinatários finais do provimento jurisdicional.

A principal corrente de pensamento dessa nova concepção processual reside na teoria neoinstitucionalista do processo, que busca associar a concepção de processo aos ideais de democracia e de constitucionalismo. Fundada na ideia de democracia deliberativa da teoria de Habermas, a teoria objetiva assegurar maior participação dos sujeitos processuais no processo de formação da decisão judicial.

A partir de uma perspectiva democrática, a teoria neoinstitucionalista compreende a vinculação entre o processo e a adoção de procedimentos abertos que legitimem a participação na formação da decisão judicial. Trata-se, no dizer do próprio autor, de uma “teoria institucionalista da processualidade procedimentada na qual se abre (ad infinitum) a todos o espaço de criação, recriação e aplicação das pretensões de validade jurídica de toda a normatividade [...]”⁴⁰. Nesse sentido, a democracia, enquanto um processo aberto e indeterminado, acaba por envolver uma “procedimentalidade teoricamente processualizada a caracterizar a preservação discursiva do equilíbrio político pelo nexum institucionalista da decisão não autoritária”⁴¹.

Prossegue, logo em seguida, o autor:

A democracia seria incompatível com o constitucionalismo se este não apontasse um paradigma teórico da processualidade para a sua própria caracterização hermenêutica que o tornasse devido na escritura constitucional a tal ponto de garantir as diferenças (pluralismo) pela igualdade de discutibilidade infinita no espaço da procedimentalidade tecnicamente estruturada segundo os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa. O que comprometeria a existência da democracia seria mesmo um desenrolar de opiniões por mecanismos não constitucionalizados em que se admitisse o absurdo majoritário, por uma retórica desabrida, de suprimir liberdade, igualdade e dignidade, e ainda assim se imaginar fruir de uma presunçosa democracia. Não há uma ratio

40 LEAL, Rosemiro Pereira Leal. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 166.

41 Ibidem, p. 164-165.

populis reveladora de uma democracia adormecida na consciência dos homens, como não há uma ratio pretoriana descobridora privilegiada da pax mundi já adrede decidida no leito das sociedades humanas⁴².

Partindo da premissa de que o processo não pode ser visualizado por meio de simples pressupostos lógicos, tais como a relação jurídica processual, a autonomia da ação e a instrumentalidade do processo, a teoria neoinstitucionalista vê o instituto do processo como mecanismo voltado a assegurar a realização da justiça e do bem-estar social. Nesse prisma, o processo deixa de ser compreendido como simples instrumento de resolução de conflitos para atuar como elemento viabilizador dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

No direito democrático, não se concebe instituição como o que tem validade em si mesmo por uma vontade social diluída na corrente vitalista de valores so-ciais a impor a personificação das idéias governativas (organais) da sociedade ou das coisas integrantes do patrimônio ético-moral e econômico do mundo da vida social, porque instituir, na procedimentalidade democrática, é um decidir advindo de uma teoria processual de abertura ampla, isonômica e discursiva na formação da opinião e da vontade como fonte jurídica legitimadora do exercício da normatividade daí resultante⁴³.

A decisão judicial, segundo a teoria em referência, deixa de emanar de forma vertical do magistrado para ser compreendida como o resultado do discurso argumentativo entabulado pelas partes como elemento necessário e preparatório da decisão final.

Assim, o processo como instituição constitucionalizadora e constitucionalizada de direitos também se oferece, no Estado de direito democrático, por garantia teórica de seus conteúdos paradigmáticos, ao debate total de fiscalidade de incidência, preservação e aperfeiçoamento de seus próprios princípios, com os quais é promovida a estabilidade legitimadora da atuação provimental em todos os níveis da judicacionalidade. De conseguinte, não é qualquer teoria procedimental que se compatibiliza com a teoria do direito democrático, mas aquela processualmente institucionalizada como referente lógico-jurídico-constitucional (devido processo constitucional) equivalente a uma teoria argumentativa que seja, mediante a instauração judicial de procedimentos (devido processo legal), auto-includente de todos os destinatários da normatividade no âmbito de pleno exercício e confirmação dos direitos fundamentais como agentes de sua própria integração social. Afasta-se, assim, uma jurisdição constitucional guardiã e paternal dos direitos que se faça pela atividade dos juízes (assembleia de especialistas) que, em nome de uma razão

42 LEAL, op. cit., p. 165.

43 Ibidem, p. 188-189.

estratégica que entende ilusórios ou decorativos os direitos fundamentais processualmente constitucionalizados, pudessem forjar uma realidade em louvor a uma artificiosa ‘paz social’ sistêmica em nome de todos sustentada por uma jurisprudência de valores topicamente axiomatizada⁴⁴.

Nesse contexto, a teoria neoinstitucionalista do processo defende a adoção de uma processualidade democrática construída a partir de procedimentos discursivos voltados a garantir a participação do cidadão como modelo hábil a assegurar a legitimidade e justiça da decisão judicial. Por meio da adoção de um procedimento fundado no discurso como elemento fundante do próprio direito democrático, qualifica-se, assim, o processo como instituição constitucionalizada submetida a controle popular, o qual, por sua vez, atua no sentido de legitimar os procedimentos adotados como estruturas técnicas de argumentação jurídica:

A aplicação dos pressupostos da legitimidade democrática ao sistema processual acaba por revelar a necessidade de construção da decisão judicial a partir da oitiva daqueles que, de alguma forma, possam contribuir para a adequada resolução da lide, retirando-se do magistrado a atual função de intérprete único e exclusivo dos textos normativos:

Nesse ponto, a efetivação dos direitos e garantias fundamentais requer não apenas a ação efetiva do magistrado, mas sobretudo a adoção de um constante diálogo entre os atores do processo e a sociedade. O Estado-juiz deixa de ser o agente monopolizador da decisão jurisdicional e, em última análise, do próprio processo, na medida em que, a partir de uma teoria da processualidade democrática, se propõe a adoção de uma nova visão de processo fundada na participação inclusiva dos interessados na atividade processual.

6 A PARTICIPAÇÃO DOS INTERESSADOS NO PROCESSO ENQUANTO GARANTIA DE LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL

Nessa perspectiva, a decisão judicial passa a ser visualizada como o resultado de um discurso construído dentro de uma instância de poder, que deve, em razão disso, ser legitimada pela ampla participação tanto dos agentes do processo e, em determinados casos, de outros interessados no processo de tomada de decisão pelo magistrado.

Esse fenômeno assume especial relevância quando se está a tratar de processos que objetivam a tutela de direitos coletivos e difusos, pertencentes a um conjunto indeterminado de pessoas e, em certos casos, a toda a coletividade.

A crise de representatividade que tem marcado a sociedade pós-contemporânea espalha-se para o processo, de modo a tornar questionável

⁴⁴ LEAL, op. cit., p. 172.

a exclusiva legitimação de determinada instituição para, em nome de todo o povo, expressar processualmente os seus interesses. A legitimidade extraordinária de determinados e exclusivos atores processuais também passa a ser questionável, notadamente quando se observa a possibilidade de entidades representativas da sociedade civil organizada também participarem de forma direta na formação do convencimento judicial.

Nesse sentido, a efetiva e material legitimidade das decisões judiciais que discutem a tutela dos direitos pertencentes à toda a coletividade passa pela instrumentalização de canais efetivos de participação dos reais titulares desses interesses na formação da decisão judicial, em um contexto de reconstrução dos processos reais de formação da vontade política e da opinião pública no processo⁴⁵.

A participação cada vez mais inclusiva das partes e de terceiros que possivelmente possam vir a sofrer os efeitos da decisão na formação do convencimento do magistrado. O direito de influenciar o magistrado e de participar do provimento jurisdicional passa a constituir verdadeiro fator de legitimação do ato decisório a ser proferido.

A par dessa realidade cada vez mais inclusiva, tem-se chamado a atenção para a necessidade de oitiva, pelo magistrado, de atores da sociedade civil especializados em determinados temas trazidos ao processo, notadamente aqueles que ostentam natureza técnico-especializada. Suplantou-se o velho dogma de que o magistrado teria condições de apreciar, de forma isolada e distante da sociedade, toda e qualquer matéria que lhe é posta sob apreciação, de modo a se prestigiar a participação da sociedade no processo⁴⁶. Essas novas perspectivas consolidaram as bases teóricas para o incremento da participação de outros atores da sociedade civil no processo nos casos em que se verificar a existência de uma relação de pertinência entre sua atuação e o tema discutido na lide e assumem posição significativamente importante para a análise da questão relativa à natureza jurídica da atuação do CADE nos processos que envolvam a defesa da concorrência.

45 Não se quer, com isso, afirmar que a opinião pública e posicionamentos adotados pela mídia devam determinar o posicionamento a ser adotado pelos magistrados na condução do processo e na resolução dos conflitos que lhe são postos à apreciação. Pretende-se apenas garantir que instâncias representativas da sociedade civil organizada possam ter o efetivo direito de expor, de forma direta e imediata, o seu posicionamento jurídico a respeito de determinado conflito de interesses coletivo posto à apreciação do Poder Judiciário. Quanto ao ponto, é importante registrar que, de fato, a justiça não deve pautar-se necessariamente pela prevalência das posições majoritárias, na medida em que a tutela aos direitos fundamentais, notadamente quando se está a tratar de um espaço democrático, está voltada, muitas vezes, à proteção aos direitos das minorias.

46 O novo código de processo civil reforça essa postura de diálogo constante que deve existir entre o magistrado e os demais sujeitos processuais ao trazer previsão interessante relacionada à necessidade de oitiva prévia das partes antes da adoção de um fundamento novo pelo magistrado. Nesse sentido, dispõe o artigo 10 do novo CPC que: "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício".

7 UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 118 DA LEI Nº 12.529/2011

A hermenêutica contemporânea inclui a legítima e democrática participação dos interessados na aplicação da norma. Nesse ponto, não há dúvidas de que a determinação do sentido do texto normativo também não pode ser empreendida de forma isolada, mas deve resultar de um processo de debate que é próprio da sociedade democrática, de modo que não se afigura razoável dispensar a participação ativa também dos interessados na produção concreta do fenômeno jurídico.

Com efeito, aqueles que serão afetados diretamente pela aplicação da norma “podem, legitimamente, auxiliar na definição da prestação estatal necessária, que vai satisfazer a disposição constitucional de direito fundamental e atender ao que determina a norma constitucional hermeneuticamente produzida”⁴⁷.

Essa perspectiva democratizante da construção da norma jurídica concreta é bem desenvolvida, no plano teórico, por Peter Häberle, para quem a atividade interpretativa deve dar-se no contexto de uma sociedade aberta de intérpretes, na qual se reconhece que, além dos intérpretes oficiais, tais como juízes e tribunais de um país, também devem ser admitidos como legítimos hermeneutas do fenômeno jurídico – mais precisamente do texto constitucional – todos os agentes conformadores da realidade.

Quanto ao tema, adverte Häberle⁴⁸ que:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...] A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. [...] Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

No plano da jurisdição, faz-se necessário registrar que a adoção de uma metodologia processual atenta aos valores democráticos passa pelo reconhecimento desse novo modelo de hermenêutica participativa, que assegure a formação da decisão judicial a partir de bases eminentemente

47 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A Administração Pública brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Brasília: CEAD/UnB, 2012. p. 12.

48 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 13.

democráticas. A questão passa pelo reconhecimento de que as situações jurídicas de direito material deduzidas em juízo apresentam, muitas vezes, natureza complexa e/ou relevante impacto social, circunstâncias que também atuam no sentido de reclamar a participação de atores sociais e/ou estatais na construção da decisão judicial a partir de uma visão aberta e democratizante do processo hermenêutico.

É justamente a partir dessa perspectiva aberta e pluralística da hermenêutica constitucional contemporânea que se pretende lançar bases para uma proposta de interpretação do artigo 118 da Lei nº 12.529/2011, com vistas à identificação da natureza jurídica da intervenção do CADE nas demandas judiciais que envolvam a defesa da concorrência.

O objeto do presente trabalho consiste na identificação da natureza jurídica da intervenção do CADE em demandas voltadas à tutela da concorrência. Está-se a tratar, portanto, prioritariamente dos casos em que a autarquia mencionada intervém como terceiro em lide originariamente constituída por partes diversas.

Nesse ponto, o artigo 118 da atual Lei nº 12.529/2011 reproduziu a disposição anteriormente existente no artigo 89 da revogada Lei nº 8.884/94 para afirmar que “nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

A análise de alguns pontos parece não oferecer maiores obstáculos ao intérprete por ocasião do afazer hermenêutico.

Em regra, a intervenção do CADE no processo é facultativa, conforme resulta da análise do próprio dispositivo legal. De todo modo, é possível que o juízo solicite ao CADE que apresente elementos ou dados específicos sobre eventual processo administrativo, situação na qual a autarquia não poderá se recusar a fornecê-las, o que implicaria em desobediência ao comando judicial. Não obstante o caráter facultativo, em regra, da intervenção, é certo que a intimação judicial do CADE nessas demandas é obrigatória⁴⁹. Com efeito, a intimação do CADE para intervir no feito assume, à luz da perspectiva democrática de participação dos atores sociais envolvidos com a temática que constitui objeto do processo, a condição de fator de legitimidade da própria decisão judicial a ser proferida.

Outra questão aparentemente simples, e que encontra unanimidade na doutrina e na jurisprudência pátria, diz respeito à possibilidade de intervenção do CADE tanto em demandas de natureza individual quanto de natureza coletiva. A legislação não fez qualquer distinção quanto ao ponto. Associado a isso, registre-se que a autarquia federal poderá fornecer contribuições importantes para o deslinde da causa mesmo nos casos em que a demanda envolver litígio entre agentes econômicos particulares.

49 BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 332-333.

Bueno⁵⁰, ainda ao tratar do então vigente artigo 89 da Lei nº 8.884/94, que continha redação idêntica ao texto normativo ora analisado, esclarece que:

O art. 89 da Lei n. 8.884/94, diferentemente do que se dá, por exemplo, com os arts. 57, 118 e 175 da Lei n. 9.469/96, o Código de Propriedade Industrial, é amplo o suficiente para autorizar o ingresso do CADE em qualquer ação (individual ou coletiva, v. item 8.7) que diga respeito a quaisquer bens tutelados por aquela lei.

Assim, qualquer situação que possa ser entendida como violadora, pelo menos em tese, dos bens relativos à ordem econômica e, mais especificamente, em práticas abusivas de mercado, cartelização, prejudicar a livre concorrência ou resultar em dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, enfim, os bens resguardados pela Lei n. 8.884/94, deve justificar a possibilidade de atuação do CADE em juízo para os fins do art. 89 da referida lei. Pouco importa qual seja a ação ajuizada. O que interessa, para a intervenção do CADE, é que a ação diga respeito aos bens materiais regulados por aquele específico diploma legislativo.

Dessa forma, desde que o objeto litigioso do processo esteja voltado à proteção da concorrência, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito.

Nesse ponto, cumpre registrar que a distinção entre demandas de natureza individual e coletiva apresenta certa relevância para o exame mais aprofundado da questão.

No plano da tutela coletiva, a ação civil pública assume a condição de instrumento processual adequado à tutela da concorrência e à proteção da ordem econômica, conforme resulta, inclusive, da análise da redação contida no artigo 1º, inciso V, da Lei nº 7.347/1985. A natureza coletiva do direito envolvido reclama a intervenção do CADE, autarquia que detém papel institucional relevante na proteção à concorrência enquanto direito pertencente a toda a coletividade.

A despeito da natureza coletiva do direito protegido, é plenamente possível que a violação à concorrência provoque danos a concorrentes específicos que não participaram da prática da conduta ilícita, circunstância que pode dar ensejo à propositura de demandas de natureza individual voltadas à reparação civil dos danos causados por aqueles que incorreram na prática de infração contra a ordem econômica. Nesse ponto, o artigo 47 da atual Lei nº 12.529/2011 legitima a defesa de direitos individuais ou individuais homogêneos perante o Poder Judiciário por meio de demanda judicial na qual, indiscutivelmente, o CADE também deverá ser chamado a intervir.

50 BUENO, op. cit., 2006. p. 334-335.

Dessa forma, o ingresso do CADE pode ocorrer tanto em demandas individuais quanto nas ações coletivas, desde que a temática concorrencial constitua o objeto da relação jurídica processual na qual a autarquia é chamada a intervir.

Admitido o caráter facultativo da intervenção do CADE, como regra geral, e a possibilidade de intervenção tanto em demandas individuais quanto coletivas, a questão mais sensível que se coloca, diante da leitura do artigo 118 da Lei nº 12.529/2011, parece ser a seguinte: a legislação tratou da intervenção do CADE realmente como assistente, nos moldes em que o instituto da assistência foi desenhado no Código de Processo Civil Brasileiro?

O tema torna-se ainda mais instigante quando se observa que: a) a legislação foi recentemente modificada, tendo o legislador brasileiro optado por manter a redação na forma como existente na legislação anterior; b) a jurisprudência do STJ está longe de chegar a um consenso sobre a questão⁵¹.

É certo que, diante da expressão literal e, ao mesmo tempo, da redação lacônica do dispositivo, a problemática exposta parece impor desafios ao intérprete na identificação da essência da intervenção do CADE nessas demandas. A formulação de uma proposta coerente de resolução da controvérsia exposta passa pela observância de alguns pressupostos que podem atuar no sentido de contribuir para a elucidação dessa questão.

O primeiro deles corresponde à precisa diferenciação entre o instituto da assistência prevista no Código de Processo Civil e o tipo de contribuição que se espera que o CADE forneça nas demandas judiciais que tratam da proteção à ordem econômica.

O assistente, tal como previsto nos artigos 50 a 55 do atual Código de Processo Civil, constitui sujeito processual que, diante do interesse jurídico apresentado, intervém em demanda alheia com vistas a auxiliar uma das partes na demanda, chamada de assistido. O assistente tem interesse, dessa forma, na obtenção do êxito judicial do assistido.

No âmbito da tutela da concorrência, notadamente quando estão em jogo interesses individuais e pedidos de reparação civil de danos particulares por outros concorrentes, o CADE não intervém para auxiliar quem quer que seja em sua pretensão individual. Essa constatação atrai a formulação de um segundo pressuposto relevante para o deslinde da questão, correspondente à natureza institucional do CADE e à dimensão coletiva do bem jurídico que o ordenamento jurídico lhe incumbiu tutelar. O papel de ente público ostentado pela autarquia impõe obstáculos sensíveis à atuação judicial da Fazenda Pública em prol do interesse individual de alguma das partes.

51 Confira-se, a propósito: AgRg no REsp 1125981/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 05/03/2012.

Didier Junior⁵² corretamente aponta, a respeito da questão, que a assistência de qualquer das partes pelo CADE implicaria “tomar partido de interesse individual, fugindo da vetusta regra da impessoalidade da administração”. No mesmo sentido, Cabral (2004, p. 25), ao tratar especificamente da intervenção da autarquia antitruste, também pontua que “certamente não se trata de assistência, por não há qualquer interesse jurídico do Cade nestes litígios vez que [...] inexistente relação jurídica material entre o Conselho e as partes envolvidas”.

Não se pode esquecer que o assistente tem interesse direto no resultado da ação, ao passo que o CADE tem um compromisso institucional com a tutela da concorrência enquanto direito constitucional fundado em bases eminentemente coletivas.

Por fim, há de se registrar que o ingresso do assistente na lide, embora esteja voltado à obtenção do êxito judicial pelo assistido, também tem o objetivo de tutelar, mesmo que de forma reflexa, interesse jurídico próprio, demonstrado pelo interveniente como condição para sua admissão no feito. Na situação ora retratada, o CADE não tem interesse na defesa de interesse patrimonial próprio ou de alguma das partes envolvidas. Detém, ao contrário, interesse institucional em ver preservadas as condições estruturais mais adequadas no mercado para o exercício da livre iniciativa e da livre concorrência enquanto expressões de um direito constitucional pertencente à coletividade.

Essa circunstância é plenamente elucidada pela seguinte passagem doutrinária:

[...] buscamos redesenhar o conceito de ‘interesse jurídico’ para nele compreender situações como esta, descrita expressamente pelo art. 89 da Lei n. 8.884/94, onde, a toda evidência, o ingresso do CADE não se baseia na mesma qualidade de ‘interesse jurídico’ daquele que um assistente (simples ou litisconsorcial) precisará demonstrar para ingressar em algum processo pendente. Muito menos porque o objetivo da intervenção do assistente nesses casos é tutelar, mesmo que de forma reflexa, direito subjetivo próprio, assim entendido aquele que diz respeito à sua própria esfera jurídica.

O que importa destacar nesta sede é que a necessária alteração de qualidade do interesse jurídico, passando a ser um interesse que transcende a esfera patrimonial e de direitos tangíveis pelos seus titulares – subjetiva e individualmente considerados –, passando a ser um interesse público (no sentido de difuso pela sociedade) ou, como preferimos, um interesse

52 DIDIER JUNIOR, Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal n. 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal n. 6.385/1976). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 115, p. 151-163, 2003. p. 158.

institucional (item 5.8 do Capítulo 6), há necessidade de transformar a própria modalidade da intervenção⁵³ [...].

Desses aspectos resulta a incongruência entre o papel de simples assistente do CADE em demandas voltadas à reparação de danos causados a terceiros por violações à ordem econômica.

Isso não quer dizer que a atuação do CADE não tenha algum valor para a resolução do conflito. Como se disse anteriormente, o estágio contemporâneo de evolução da dogmática processual civil retirou a presunção de onisciência imposta ao magistrado por ocasião da prestação jurisdicional. A complexidade da matéria concorrencial, associada à representatividade pública da autarquia, parece recomendar a intervenção do CADE como auxiliar do juízo no processo de tomada de decisão, situação que é reforçada pelo atual contexto de democratização da participação de terceiros no processo judicial.

O “amicus curiae” traz elementos importantes para auxiliar o juízo na adequada resolução da lide, seja em virtude de sua representatividade no seio social, seja em face de sua área especializada de atuação. Com efeito, além de traduzir um adequado sistema de representação de interesses sociais perante o Poder Judiciário, o ingresso do amicus curiae no feito aprimora a decisão judicial a ser proferida e contribui para a legitimação da decisão estatal proferida⁵⁴. Mesmo nas demandas de caráter individual, o CADE pode fornecer ao juízo informações que o auxiliem na resolução de demandas que envolvam discussões concorrenciais mais complexas e questões técnicas especializadas. Temas como mercado relevante, participação de mercado, integração vertical, sobreposição horizontal, eficiências econômicas, rivalidade, condições de entrada no mercado e contestação internacional, dentre outros, dificilmente estão ao alcance do magistrado no exercício cotidiano do honroso mister que envolve a sua função. Além disso, não se pode esquecer que também pode revelar-se útil ao magistrado a juntada aos autos da decisão administrativa eventualmente adotada pelo CADE no caso posto à apreciação do Poder Judiciário ou mesmo em casos análogos, além do fornecimento de subsídios ao juízo sobre o caráter anticoncorrencial da conduta.

Assim, tem-se que a função desempenhada pelo amigo da Corte no processo é justificada tanto pela representatividade pública, social ou institucional por ele exercida quanto pelo caráter complexo e especializado

53 BUENO, op. cit., 2006, p. 327.

54 Nesse ponto, não se pode perder de vista que o instituto tem notável relação com uma perspectiva democrática da participação dos interessados no processo. Sob uma perspectiva pluralística, a intervenção do amigo da Corte confere sentido essencialmente democrático à participação no processo. Nesse caminhar de ideias, há de se registrar que o novo Código de Processo Civil confere dimensão ainda mais ampla à figura do amicus curiae ao contemplar o instituto em seu artigo 322. Ao possibilitar o ingresso do amicus curiae em qualquer processo, independentemente do juízo perante o qual tramite, o novo CPC avança no sentido de reconhecer a importância da representatividade social, de bases eminentemente democráticas, na formação do convencimento do julgador.

da matéria posta à apreciação do Poder Judiciário. Nesse ponto, não há dúvidas de que o CADE preenche ambos os requisitos para ser admitido como *amicus curiae* nos feitos que versem sobre a temática concorrencial.

Nesse sentido, o papel desempenhado pelo CADE no processo parece ajustar-se à figura do auxiliar do juízo, ou seja, de um “*amicus curiae*” especializado em matéria concorrencial. A autarquia federal ingressa em juízo com vistas a fornecer elementos necessários para a formulação da decisão judicial pelo magistrado, e não para auxiliar alguma das partes na obtenção da vitória judicial. Na verdade, a autarquia federal pode prestar informações ao juízo sobre o tema, por meio do fornecimento de elementos técnicos direcionados a subsidiar o Poder Judiciário na formulação da análise desse pedido de reparação civil, sem qualquer vinculação ou interesse com o resultado concreto e específico do processo.

O viés democrático de participação dos sujeitos no processo de formulação da decisão judicial, próprio da teoria neoinstitucionalista do processo, associado ao caráter aberto da hermenêutica jurídica contemporânea, atua no sentido de reforçar, sob o ponto de vista teórico, o raciocínio aqui empreendido.

Bueno⁵⁵ chega à mesma conclusão quando ressalta, com bastante propriedade, que:

[...] Por que falar em assistência, instituto tradicional do nosso direito e que ainda serve a um sem-número de situações práticas, se o requisito primeiro para sua admissão não se faz presente no caso concreto? Se o ‘interesse jurídico’, característico da assistência, não é o mesmo interesse jurídico de outrora? Não, pelo menos, no adequado contexto em que a questão deve ser analisada e compreendida.

Como as respostas a essas questões só podem ser no sentido de que não há sentido em usar, indistintamente, um mesmo nome para designar duas realidades diversas, é que apresentamos nossa proposta de passar a nominar casos que tais por outro *nomen iuris*. Com o intuito confessado de distinguir hipóteses em que há diferenças sensíveis, importantes e, na nossa visão, absolutamente próprias suas, que as caracterizam como tais. E, se há diferenças entre esses elementos, entre essas características há, com certeza, diferenças entre regimes jurídicos. Embora o nome, propriamente, seja o menos importante, oportuno nominar diferentemente coisas que, ainda que tenham alguma proximidade, representam alguma evolução; que são, pelo menos na atualidade, coisas diversas. Aí, a exemplo do que já consignamos nos diversos itens que compõem este capítulo, o emprego do nome *amicus curiae*. Nome que, de resto, não deve ser tido como ‘arbitrário’ ou ‘aleatório’. Trata-se de

55 BUENO, op. cit., 2006. p. 327-328.

uma escolha que tem raízes bem profundas no direito estrangeiro e que, de uma forma ou de outra, vem, aos poucos, sendo comentada pela nossa doutrina e pela nossa jurisprudência.

Com efeito, a atuação do CADE envolve a tutela de um interesse público e institucional, que não se confunde com o interesse jurídico individual, de raízes civilistas e patrimoniais que caracterizam a intervenção do assistente nos moldes tradicionais do instituto consagrado pelo Código de Processo Civil.

No âmbito das demandas coletivas, cabe novamente enfatizar que a ação civil pública constitui o instrumento adequado para a proteção à ordem econômica no ordenamento jurídico brasileiro. Daí porque tudo o que se disse a respeito da natureza jurídica da intervenção do CADE enquanto auxiliar direto do juízo na resolução da demanda, e não como simples assistente de alguma das partes, é plenamente aplicável na esfera coletiva de tutela jurisdicional desse valor fundamental.

Em suma, nas demandas coletivas voltadas à tutela judicial da concorrência, a ótica de proteção desse valor fundamental também se desloca para o seio da preocupação com a coletividade, razão pela qual a relevância da atuação processual do CADE nessa esfera assume proporção ainda mais significativa. É que o debate em torno de direitos coletivos reclama o reconhecimento da crescente participação daqueles que estejam social ou institucionalmente envolvidos com a temática posta no processo.

Com efeito, em se tratando de autarquia federal instituída com o propósito de reprimir o abuso de poder econômico e garantir a livre concorrência entre os agentes no mercado, e de demanda judicial na qual a decisão a ser proferida ultrapassa a esfera jurídica das partes que integram a relação jurídica processual para alcançar dimensões extraprocessuais bastante significativas, é certo que a expertise do CADE passa a constituir vetor fundamental de auxílio para a resolução da demanda coletiva posta à apreciação do Poder Judiciário. A função da autarquia como amigo da Corte prestigia, nesse ponto, o caráter fundamental e coletivo do próprio objeto de proteção discutido na demanda.

Uma peculiaridade, entretanto, resta evidente diante da leitura da própria legislação que rege a tutela coletiva no Brasil: as autarquias federais, dentre as quais se inclui o CADE, detêm legitimidade extraordinária para, no interesse da coletividade, a propositura de ação civil pública voltada à proteção da ordem econômica, conforme resulta da análise do artigo 5º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85. Assim, uma vez proposta a ação por outro colegitimado, como o Ministério Público, por exemplo, nada impede que o CADE ingresse posteriormente no polo ativo da demanda, de modo que esse ingresso resulte na formação de um litisconsórcio ativo. Nesse caso, o CADE passa a figurar como assistente litisconsorcial do autor na demanda, e não como propriamente

como *amicus curiae*, dada a singularidade do modelo de legitimidade extraordinária concorrente instituído pelo ordenamento jurídico brasileiro no sistema de tutela coletiva de direitos.

A depender da postura a ser adotada pelo CADE em juízo, pode a autarquia intervir como auxiliar do juízo ou como assistente litisconsorcial do autor da demanda coletiva. Isso porque nem sempre se logra obter a desejável congruência entre os posicionamentos externados pelas diversas instituições a quem o ordenamento jurídico outorgou a representatividade de interesses públicos⁵⁶. Dessa forma, embora seja raro, é factível que, em uma ação civil pública, o CADE não concorde com a pretensão deduzida em juízo por algum dos colegitimados para sua propositura, ocasião em que não assistirá o autor da demanda coletiva, mas poderá atuar como *amicus curiae*, de modo a expor seu posicionamento institucional e, além disso, fornecer elementos voltados a subsidiar a tomada de decisão pelo magistrado no processo.

Diante dessas considerações, pode-se concluir que, tanto nas ações individuais quanto nas ações coletivas que discorram sobre questões concorrenciais, o CADE intervém como *amicus curiae*, e não como assistente de qualquer das partes. No âmbito da tutela coletiva, é certo que a autarquia federal, por ostentar a qualidade de colegitimado para sua propositura, também pode integrar o polo ativo da demanda, na formação de uma espécie de litisconsórcio ativo facultativo ulterior, caso em que a intervenção ostentará a natureza de assistência litisconsorcial.

A solução proposta resulta da consagração de um modelo hermenêutico aberto, que prestigia uma postura dialógica entre o magistrado e diversos atores afinados com a temática que constitui objeto do processo, em uma perspectiva procedimental cada vez atrelada à participação da sociedade no processo de formulação da decisão estatal, em atenção aos valores que são próprios do Estado Democrático de Direito. Também se coaduna com a percepção de que a concorrência ostenta natureza pública, eis que jungida à natureza coletiva da proteção à ordem econômica, a reclamar a interação cada vez mais coesa e harmônica entre os diversos entes estatais incumbidos de sua proteção, dentre os quais figuram em caráter principal o Poder Judiciário, o Ministério Público e o próprio CADE.

56 Um exemplo bem ilustra o que foi dito: é o caso da controvérsia que se instaurou no setor varejista de produtos farmacêuticos, incluindo farmácias e drogarias da cidade de Fortaleza/CE, quanto à legitimidade ou não da política de concessão de descontos empreendida pelas Drogarias São Paulo e Pague Menos. Enquanto o Ministério Público e o Sindicato de Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Ceará - SINCOFARMA, por meio de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, limitaram os descontos pelas drogarias a apenas 15% (quinze por cento), o que ocasionou, inclusive, a propositura de ação civil pública no intuito de ver o instrumento cumprido, o CADE entendeu, ao julgar o processo administrativo de averiguação preliminar nº 08012.000219/2005-02, que inexistia a prática de dumping, tampouco de preço predatório no mercado, de modo que cada drogaria poderia promover sua política de descontos, de forma individualizada, sem qualquer limitação. O CADE interveio na ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Ceará, encontrando-se atualmente a questão pendente de apreciação no Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.342.229).

O debate concernente à democratização do processo viabiliza o desenvolvimento de canais procedimentais voltados à garantia de maior participação dos interessados na formação do convencimento do magistrado em torno do tema controvertido que é posto à sua apreciação. A atuação do CADE como *amicus curiae* reflete, portanto, o fortalecimento de uma postura processual direcionada ao fortalecimento da postura processual a ser desempenhada pela autarquia federal em uma temática indiscutivelmente complexa, que apresenta evidente repercussão coletiva e que, em última análise, corresponde a um valor tido como fundamental pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, a percepção de que o CADE desempenha o relevante papel de *amicus curiae* constitui a solução que prestigia, a um só tempo, a natureza das atribuições institucionais desempenhadas pela autarquia federal e o caráter fundamental do direito constitucional que é objeto de proteção. Nesse ponto, a relevância da tutela constitucional da livre concorrência e o desenvolvimento dos institutos processuais relacionados à participação de terceiros em ações, notadamente das que ostentam natureza coletiva, conduzem à percepção de que o CADE desempenha o relevante papel de auxiliar o magistrado na formulação da decisão judicial que compõe o litígio posto à sua apreciação, situação jurídica que não se coaduna com a natureza de um simples assistente de uma das partes litigantes do processo.

Em conclusão, é importante registrar que a admissão do CADE enquanto *amicus curiae* no processo, e não de simples assistente de uma das partes envolvidas na demanda, tem o efeito de, em uma perspectiva consequencialista de análise, criar incentivos para que o próprio ente federal intervenha em maior número de casos, tornando-se elemento fundamental para o aperfeiçoamento das decisões judiciais e, por via de consequência, para o aprimoramento da aplicação do direito antitruste e da tutela da concorrência no Brasil.

8 CONCLUSÃO

Os desenvolvimentos teóricos e dogmáticos da aplicação dos institutos da intervenção de terceiros e do *amicus curiae* no âmbito do processo civil brasileiro resultam de um processo de democratização da participação dos atores que estejam social e institucionalmente vinculados à temática que constitui objeto do processo judicial.

Associado a essa perspectiva de análise, há de se registrar que as atribuições institucionais do CADE e o caráter coletivo do valor fundamental a ser protegido não se coadunam com a atuação processual da autarquia federal como simples assistente de uma das partes envolvidas no litígio.

O exame da questão reclama, de fato, a adoção de uma postura hermenêutica aberta, comprometida com a proteção aos valores fundamentais consagrados pelo ordenamento constitucional. Nesse

ponto, resulta manifesta a compreensão no sentido de que o ingresso do CADE no processo pode ser interpretado como uma forma de intervenção assemelhada à figura do “amicus curiae” no processo.

Feitas essas considerações, cumpre destacar, à guisa de conclusão, que o novo Código de Processo Civil parece trazer contribuições importantes para a sustentação da tese defendida ao longo do presente trabalho.

O novo código consubstancia a proposta de um novo modelo de processo, de cunho cada vez mais participativo, que prestigia a colaboração das partes na formação de uma decisão justa. A constante postura de diálogo que deve existir entre o magistrado e os demais sujeitos processuais é reforçada pelo artigo 10 do novo estatuto, que traz previsão interessante relacionada à necessidade de oitiva prévia das partes antes da adoção de um fundamento novo pelo magistrado.

Ademais, o artigo 322 do novo CPC expressamente viabiliza o ingresso do amicus curiae em qualquer fase do processo, de modo a consagrar a importância da participação de terceiros como mecanismo direcionado ao exercício de uma relevante função de auxílio ao magistrado na formulação de sua decisão. Ao possibilitar o ingresso do amicus curiae em qualquer processo, independentemente do juízo perante o qual tramite, o novo diploma normativo avança no sentido de reconhecer a importância da representatividade social de determinados interesses, em bases eminentemente democráticas, na formação do convencimento do julgador.

O CADE, como entidade judicante, atua mediante apreciação de matérias que ostentam natureza complexa, cabendo-lhe fornecer ao magistrado elementos que propiciem a correta solução para o litígio que lhe é posto à apreciação. A complexidade e o caráter técnico das questões enfrentadas constituem aspectos que legitimam a qualificação da autarquia antitruste como amicus curiae, na medida em que tem sua atuação voltada ao fornecimento ao juízo de elementos e dados especializados que versem sobre a proteção à higidez do ambiente concorrencial.

Nesse sentido, conclui-se que o artigo 118 da recente Lei nº 12.529/2011 não comporta interpretação literal, mas deve ser examinado à luz do viés democrático de participação de interesses sociais e institucionais no processo, do papel institucional desempenhado pelo CADE e da relevância do direito fundamental tutelado em juízo, pressupostos que não se compatibilizam com a atuação da autarquia federal como simples assistente de uma das partes interessadas sob o ponto de vista patrimonial no resultado do litígio.

Interpretado de forma sistemática com o artigo 322 do novo Código de Processo Civil, não há dúvidas de que o artigo 118 da Lei nº 12.529/2011 pode ser compreendido como a base normativa da intervenção processual do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A Administração Pública brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Brasília: CEAD/UnB, 2012.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; DIAS, Rita. (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade e constitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006a.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Antônio do Passo. Pelas Asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial: uma análise dos institutos similares. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais v. 117, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 15. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

CATONNI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal n. 8.884/1994) e da Comissão de

Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal n. 6.385/1976). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 115, 2003.

DUPEYRIX, Alexandre. *Compreender Habermas*. São Paulo: Loyola, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Concorrência como tema constitucional: política de Estado e de governo e o Estado como agente normativo e regulador. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 16, 2009.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de F. B. Siebeneichler. v I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira Leal. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

MAIA, Rousiley C. M. Redes cívicas e Internet: do ambiente informativo denso às condições da deliberação pública. In: EISENBERG, José; CEPIK, Marco (Orgs). *Internet e política*: teoria e prática da democracia eletrônica. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 26. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A democracia na América*. Tradução, prefácio e notas: Neil Ribeiro da Silva. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1998.

TOURAINÉ, Alain. *O que é a democracia?* 2. ed. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996.

TROCKER, Nicolò. *Processo e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.