

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

NATHALIA AYRES CESTARI

**TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL: ESTUDO
COMPARATIVO DAS NORMAS DOS ARTIGOS 294 E SEGUINTE DO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO ARTIGO 84 DA LEI 12.529/11 (NOVA LEI
ANTITRUSTE)**

UBERLÂNDIA/MG

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

NATHALIA AYRES CESTARI

**TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL: ESTUDO
COMPARATIVO DAS NORMAS DOS ARTIGOS 294 E SEGUINTE DO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO ARTIGO 84 DA LEI 12.529/11 (NOVA LEI
ANTITRUSTE)**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito
Professor Jacy de Assis, da Universidade
Federal de Uberlândia, para fins de
conclusão do Curso de Direito e obtenção do
título de bacharel em Direito, sob orientação
da Professora Doutora Shirlei Silmara de
Freitas Mello.

UBERLÂNDIA/MG

2017

**TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL: ESTUDO
COMPARATIVO DAS NORMAS DOS ARTIGOS 294 E SEQUENTES DO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO ARTIGO 84 DA LEI 12.529/11 (NOVA LEI
ANTITRUSTE)**

NATHALIA AYRES CESTARI

Matrícula: 11221DIR005

Trabalho de Conclusão de Curso julgado adequado para obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final com nota _____, na Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia.

Uberlândia-MG, ____ de _____ 2017.

Professora Dr^a Shirlei Silmara de Freitas Mello

Orientadora

Professor Dr. Jorge Vinicius Salatino de Souza

Banca examinadora

Gustavo Nascimento Tavares

Banca examinadora

Resumo

O presente trabalho tem como principal objetivo analisar de forma comparativa as medidas de urgência do Novo Código de Processo Civil e o artigo 84 da Lei 12.529/11, a Nova Lei Antitruste. O procedimento metodológico utilizado foi o raciocínio dedutivo, com análise à legislação, que ofereceu a base legal, bibliografias, com os fundamentos teóricos imprescindíveis ao estudo, e análise as jurisprudências, que tornam o direito dinâmico e possibilitam que ele acompanhe a realidade social. O Processo Administrativo Antitruste visa garantir a atuação regular do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, respeitando as garantias processuais constitucionais como devido processo legal, contraditório, ampla defesa e eficiência, sendo essencial sua efetividade para a defesa dos interesses difusos e coletivos protegidos pela Lei 12.529/11. Como nem sempre o processo consegue acompanhar a rapidez das relações econômicas, o perigo da demora natural do processo na resposta final pode prejudicar o interesse de toda coletividade, não tendo o processo, portanto, um resultado útil. Desta forma, as medidas de urgência podem ser essenciais para que o Processo Administrativo atenda a sua finalidade de garantir a prosperidade pública. Por conseguinte, respeitadas as peculiaridades do Processo Administrativo Antitruste, será demonstrada a possibilidade de aplicação da tutela de urgência quando necessária e preenchidos os requisitos presentes no Código de Processo Civil, afim de assegurar a efetividade de um provimento estatal a ser produzido em momento futuro, protegendo direitos ameaçados pela demora natural do processo.

Palavras-chave: Processo Administrativo Antitruste; Tutela de Urgência; Efetividade.

Resumen

El presente trabajo tiene como principal objetivo analizar de forma comparativa las medidas de urgencia del Nuevo Código de Proceso Civil y el artículo 84 de la Ley 12.529/11, la Nueva Ley Antimonopolio. El procedimiento metodológico utilizado fue el razonamiento deductivo, con análisis a la legislación, que ofreció la base legal, bibliografías, con los fundamentos teóricos imprescindibles al estudio, y análisis las Jurisprudencias, que hacen el derecho dinámico y posibilitan que él acompañe la realidad social. El proceso administrativo antimonopolio pretende garantizar la actuación regular del Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia, respetando las garantías procesales constitucionales como debido proceso legal, contradictorio, amplia defensa y eficiencia, siendo esencial su efectividad para la defensa de los intereses difusos y colectivos protegidos por la Ley 12.529/11. Como no siempre el proceso puede acompañar la rapidez de las relaciones económicas, el peligro de la demora natural del proceso en la respuesta final puede perjudicar el interés de toda la colectividad, no teniendo el proceso, por lo tanto, un resultado útil. De esta forma, las medidas de urgencia pueden ser esenciales para que el proceso administrativo atienda su objetivo de garantizar la prosperidad pública. En consecuencia, respetando las peculiaridades del Proceso Administrativo Antimonopolio, se demostrará la posibilidad de aplicación de la tutela de urgencia cuando sea necesaria y cumpla los requisitos presentes en el Código de Proceso Civil, a fin de asegurar la efectividad de una provisión estatal a ser producida en un momento futuro, protegiendo derechos amenazados por la demora natural del proceso.

Palabras clave: Proceso Administrativo Antimonopolio; Tutela de Urgencia; Efectividad.

SUMÁRIO

Introdução.....	6
1. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência	9
1.1. Considerações Iniciais	9
1.2. Finalidade, objetivos e destinatários do SBDC	11
1.3. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.....	13
1.4. Secretaria de Acompanhamento Econômico	19
2. Processo Administrativo Federal e seus princípios basilares	20
2.1. Considerações iniciais.....	20
2.2. Contraditório, ampla defesa e devido processo legal	21
2.3. Legalidade, razoabilidade, motivação e publicidade	22
2.4. Verdade material e formalismo moderado	24
2.5. Impessoalidade e moralidade	25
2.6. Eficiência e segurança jurídica.....	25
2.7. Supremacia e indisponibilidade do interesse público	26
3. Tutela Cautelar na Lei 12.529/2011	26
3.1. Considerações Iniciais	26
3.2. Processo Administrativo Antitruste.....	28
3.3. Tutela Cautelar na Defesa da Concorrência	31
4. Tutela de Urgência no Código de Processo Civil (artigos 294 e seguintes)	34
4.1. Considerações Iniciais	34
4.2. Tutelas provisórias no Código de Processo Civil de 2015	35
5. Aplicabilidade da Tutela de Urgência no Processo Administrativo Antitruste	38
5.1. Considerações Iniciais	38
5.2. Aplicabilidade dos artigos 294 e seguintes do Código de Processo Civil no Processo Administrativo Antitruste da Lei 12.529/2011.	40
Conclusão	45
Referências	48

Introdução

A valorização do trabalho humano, bem como a livre iniciativa, são dois postulados básicos da ordem econômica, presentes no artigo 170 da Constituição da República. Com o primeiro, a Carta Magna procura atender a justiça social, conciliando o capital e a valorização do ser humano. O segundo princípio, ponto importante no desenvolvimento deste trabalho, pressupõe a liberdade de exploração das atividades econômicas, sem a necessidade de autorização prévia dos órgãos públicos, com exceção dos casos previstos em lei.

A liberdade de iniciativa e a livre concorrência são direitos fundamentais do sistema econômico brasileiro, garantidos constitucionalmente. Sendo assim, qualquer pessoa pode ingressar no mercado econômico por sua vontade e assumindo o risco, além de concorrer com os que já estão nesse campo e com os que virão. Para garantir e regular esses preceitos, a Lei 12.529/2011, nomeada Lei Antitruste, consagra a necessidade da intervenção do Estado em determinados casos, agindo assim como agente regulador do sistema econômico e atuando de forma a fiscalizar, incentivar e planejar, para que seja evitado o abuso do poder econômico.

Podem ser consideradas manifestações de abuso do poder econômico a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Nestes casos, o direito de toda a coletividade estará sendo prejudicado, e por essa razão, o Estado não poderia deixar de agir. Estas atividades são capazes de gerar um grande desequilíbrio para toda a sociedade, por isso se torna evidente a necessidade da análise da aplicação das tutelas provisórias, previstas no Novo Código de Processo Civil, no processo administrativo federal, visando garantir a efetividade, coesão, razoabilidade e eficiência do processo antitruste, e consequentemente a supremacia do interesse público.

O Processo Administrativo Antitruste visa garantir a atuação regular do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, respeitando as garantias processuais constitucionais como devido processo legal, contraditório, ampla defesa e eficiência. Ocorre, porém, que nem sempre o processo consegue acompanhar a rapidez das

relações econômicas, sendo importante, para tanto, a aplicação de medidas cautelares, para que o mesmo atenda realmente o fim a que se destina. Ademais, o artigo 84 da Lei 12.529/11 trata do poder geral de cautela da Administração Pública.

Sendo a Lei 13.105/2015 – o Código de Processo Civil – extremamente recente, tendo entrado em vigor em março de 2016, é indispensável sua análise e estudo, para que seja aplicada também ao Processo Administrativo de forma subsidiária. A Tutela provisória prevista na citada lei é considerada um mecanismo processual pelo qual o Juiz antecipa a uma das partes um provimento judicial de mérito ou acautelatório antes da decisão final, ou em função da urgência ou da plausibilidade do direito.

A efetividade do Processo Administrativo Antitruste é essencial para a defesa dos interesses difusos e coletivos protegidos pela Lei Antitruste. O perigo da demora natural do processo na resposta final pode prejudicar o interesse da coletividade, não tendo o processo, portanto, um resultado útil. Pois a finalidade do Processo Administrativo é garantir a prosperidade pública, ou seja, o bem dos cidadãos.

Outrossim, a Lei Antitruste estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que visa a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientado pelos direitos constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 12.529/11.

O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. O CADE é autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal. É entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional e possui também um papel preventivo que corresponde à análise das alterações estruturais do mercado, apresentadas sob a forma dos atos de concentração ou qualquer outra forma que possa afetar negativamente a concorrência. Deve o CADE analisar os efeitos desses negócios nos casos em que há a possibilidade de criação de prejuízos ou restrições à livre concorrência e possui o poder de determinar obrigações às empresas como condição para aprovar o negócio em análise ou não aprovar a operação.

É evidente a importância do processo administrativo, e também do papel preventivo do CADE, na garantia da ordem econômica brasileira. Desrespeitados os direitos da livre concorrência, liberdade de iniciativa e do consumidor, toda a sociedade pode ser afetada, gerando um verdadeiro desequilíbrio econômico e impossibilitando a prosperidade pública, finalidade principal do processo administrativo.

Com todo o exposto, fica demonstrada a importância do estudo comparativo das normas do novo CPC e da Lei 12.529/2011, com o devido enfoque na tutela de urgência. O tema do Trabalho de Conclusão de Curso, portanto, se justifica pela extrema atualidade das Legislações citadas, e consequentemente falta de obras doutrinárias atualizadas específicas do assunto, e pelo fato de ser a efetividade do processo administrativo federal um interesse difuso e coletivo.

A defesa à ordem econômica é interesse de toda a coletividade, sendo fundamental, portanto, a atuação da Administração Pública de forma razoável a garantir um processo administrativo idôneo, e consequentemente eficiente, bem como promover a liberdade de iniciativa e livre concorrência.

1. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

1.1. Considerações Iniciais

A Lei 12.529/2011 - a nova Lei Antitruste, também nomeada Lei de Defesa da Concorrência - dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) que é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE)

A Constituição da República de 1988 adotou, em seu artigo 170, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como dois postulados básicos da ordem econômica. Assim, a Carta Magna pressupõe a liberdade de exploração das atividades econômicas, sem a necessidade de autorização prévia do Poder Público, com exceção dos casos previstos em lei, sem descartar a necessidade de atender a justiça social, conciliando o capital e a valorização do ser humano.

Considerando que a liberdade de iniciativa e a livre concorrência são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, o Estado não pode funcionar como observador inerte da movimentação dos sujeitos que desenvolvem relações econômicas; entretanto, também não pode ser considerado um intervencionista. Por conseguinte, o Estado deve ser fiscal do comportamento econômico dos particulares em favor do interesse público, podendo ser considerado um agente regulador do sistema de mercado, atuando de forma a fiscalizar, incentivar e planejar, para que seja evitado o abuso do poder econômico.

Destarte, o SBDC visa prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica, orientado pelos direitos constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei Antitruste. Esta lei possibilita que as empresas possam competir de forma justa. A Constituição Federal determina em seu artigo 173 que o abuso do poder econômico que visar a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros será reprimido. O abuso de poder econômico é o comportamento de uma empresa ou grupo

de empresas que utiliza seu poder de mercado para prejudicar a livre concorrência, por meio de condutas anticompetitivas.

Segundo o artigo 36 da Lei 12.529/2011 uma conduta será considerada infração à ordem econômica, quando sua adoção tiver por objeto ou puder acarretar os seguintes efeitos, ainda que só potencialmente: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; aumentar arbitrariamente os lucros do agente econômico; dominar mercado relevante de bens ou serviços; ou quando o agente econômico estiver exercendo seu poder de mercado de forma abusiva. Como exemplos podem ser citadas as condutas: cartel; preços predatórios; fixação de preços de revenda; restrições territoriais e de base de clientes; acordos de exclusividade; venda casada; entre outras.

O Direito da Concorrência expressa, simultaneamente, o direito público e o privado, possuindo suas próprias particularidades, princípios e institutos, que fazem com que possa ser considerado um microssistema jurídico¹. Todavia, é importante compreender que ele não está isolado e sim é permeado por normas de inúmeros ramos do direito, tal como ocorre, por exemplo, com o direito ambiental e o direito do consumidor. O ordenamento jurídico deve ser visto como uma universalidade, em que as diversas áreas se comunicam e se influenciam, e não como um todo formado por “caixas” totalmente divisíveis e incomunicáveis.

O legislador brasileiro optou por encarregar à Administração Pública de proteger e defender a concorrência através de seus processos e atributos próprios. Por isso, frequentemente a terminologia direito administrativo concorrencial é utilizada, o que também é conveniente, já que os princípios, regras, procedimentos e acordos do Direito Administrativo são norteadores deste microssistema, respeitadas as suas

¹ O conceito de microssistema jurídico é frequentemente utilizado pela doutrina de Direito do Consumidor. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, grandes referências dessa área do direito, esclarecem a definição da terminologia e sua importância neste momento do direito: “O século XX registrou o aparecimento de microssistemas normativos, dotados de lógicas autônomas e ritmos próprios de desenvolvimento, que disciplinam âmbito mais restrito das relações sociais. O microssistema se caracteriza por apresentar princípios específicos, diferentes ou até mesmo contrários aos estabelecidos pelo Código, que passa a se restringir à disciplina dos casos residuais, não contemplados pelo microssistema. A relação entre Código e lei que no século XIX era descrita como relação entre lei geral e norma especial, converte-se agora na relação entre disciplina geral e disciplina residual.” MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1 v. p. 511.

singularidades. O que esta nomenclatura evidencia é que nem o Judiciário, nem os próprios agentes econômicos e sim a Administração Pública é a responsável por regular as atividades capazes de gerar um desequilíbrio econômico.

Importante destacar ainda que a legislação concorrencial acompanhou o desenvolvimento político do país. Assim, a partir da década de 90, a valorização da concorrência, a abertura do mercado, o processo de desestatização e diminuição dos monopólios estatais, exigiram a redução da intervenção do Estado, propiciando a criação das entidades de regulação, substituindo a intervenção direta na economia.

A Lei de Defesa da Concorrência busca legitimar o papel da Administração Pública nesta atividade reguladora. Os processos administrativos devem respeitar a transparência, o contraditório e o devido processo legal, tal como preceitua a Lei de Processo Administrativo federal (LPA). Respeitadas as garantias processuais, as decisões são permeadas por maior segurança jurídica, diminuindo a procura ao Judiciário para sua modificação, propiciando estabilidade no direito concorrencial. Esse é o intuito da Lei Antitruste, trazer efetividade ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

1.2. Finalidade, objetivos e destinatários do SBDC

Cabe ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência viabilizar a liberdade de iniciativa e também a livre concorrência, como medida de democracia no campo econômico. Por conseguinte, a Constituição salvaguarda o que tem se denominado doutrinariamente de liberdade de iniciativa concorrencial, de modo que a livre iniciativa somente é legítima se conciliada com a livre concorrência. A iniciativa que impedir a livre concorrência será contrária a Constituição, lesando a valorização do trabalho e da existência digna.

Segundo Shirlei Silmara de Freitas Mello, a preservação do livre desempenho de mercado, inserida na proteção à ordem econômica é interesse público.² Sendo indivisível, de titularidade indeterminada e que decorre de uma situação fática, é interesse difuso. É, inclusive, interesse público concreto referente ao Estado enquanto

² MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela Cautelar no Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 262.

comunidade e a sua realização diz respeito a toda sociedade civil e implica em direito ao cidadão de provocar o Poder Público para protegê-lo. Exigem ainda publicidade e participação em contraditório no processo, diante do direito plurissubjetivo público dos respectivos titulares de se manifestarem na via processual antes da decisão final.

A finalidade do Direito Público e, conseqüentemente, do Direito Administrativo, é efetivar a prosperidade pública, nela incluindo-se a prosperidade processual, traduzida pela efetividade do caminho normativamente previsto para a aplicação, pela Administração Pública, do Regime Jurídico Administrativo (RJA), que é o conjunto de normas que disciplinam a função administrativa, atividade estatal cujo conteúdo é a aplicação do Direito de ofício ou mediante provocação, a fim de realizar interesse público normativamente previsto.

A Lei Antitruste determinou em seu artigo primeiro que a defesa da concorrência se conduziria baseada nos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa e da concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico, evidenciando assim que toda a coletividade é titular dos bens jurídicos protegidos pelo dispositivo legal.

Assim, consoante depreende Thiago Marrara,

A despeito das variações doutrinárias, constata-se que os objetivos finais (interesses públicos primários) do microsistema concorrencial sobrepõem-se ao objetivo imediato (defesa das boas condições de competição no mercado). Por isso, sob uma ótica dogmática, o sistema de defesa da concorrência não constitui uma ferramenta de defesa absoluta da concorrência, mas sim de promoção de finalidades públicas por meio da gestão ou da regulação intersetorial da concorrência. Nesse sentido, a interpretação literal da expressão “defesa da concorrência”, frequentemente empregada na legislação e na doutrina, deve ceder a uma interpretação teleológica, já que o próprio direito aceita sua relativização em favor dos princípios maiores da ordem econômica.³

Por conseguinte, a LDC tutela os direitos difusos de toda a coletividade, buscando frustrar os desvios ilícitos de poder econômico, proteger os direitos dos consumidores, impedir monopólios e a criação de barreiras impeditivas da livre-iniciativa, incentivar a livre concorrência através do desenvolvimento tecnológico,

³ MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**: Organização, Processos e Acordos Administrativos. São Paulo: Atlas, 2015. p. 25.

qualidade de produtos e estratégias benéficas à sociedade e estimular a liberdade de iniciativa, garantindo assim uma ordem econômica saudável.

É importante ressaltar que o direito administrativo da concorrência possui como ponto primordial as atividades e intervenções de mercado que possam prejudicar os interesses difusos. Com relação a desentendimentos entre particulares e seus interesses individuais, estes deverão buscar a justiça comum para solucionar seus conflitos.

1.3. Conselho Administrativo de Defesa Econômica

No ano de 1945, no governo de Getúlio Vargas, foi editado o Decreto-lei número 7.666 que estabelecia a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE). Consistia em um órgão autônomo, que era presidido pelo Ministro da Justiça. Foi a primeira expressão no Brasil de um diploma legal realmente voltado ao direito administrativo da concorrência e que entretanto foi revogado apenas três meses após a sua edição, com o fim do Governo Vargas.

Neste período a Comissão era composta pelo Procurador Geral da República, Diretor Geral da CADE, um técnico da economia de comprovada idoneidade e competência e um representante das classes produtoras e distribuidoras, do Ministério da Fazenda e do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

Com a revogação do Decreto-lei, permaneceu uma lacuna no âmbito do direito concorrencial que só foi preenchida em 1962 pela Lei 4.137, que sistematizou o direito administrativo da concorrência em seu papel de prevenção e repressão. O CADE passou a ser nomeado de Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, tal como permanece até os dias atuais. Todavia, sua efetividade neste período era irrisória. Segundo Marrara, apenas 11 processos teriam sido julgados pelo CADE de 1962 a 1975.⁴

⁴ “Relata-se que escassos 11 processos teriam sido julgados entre 1962 e 1975, logrando-se uma única condenação. Isso mostra que o CADE mantinha-se como um órgão inoperante, o que, para Forgione, espelhava a “política econômica que era então adotada, incentivadora, sobretudo, das fusões e incorporações e da criação de grandes empresas e conglomerados nacionais”. MARRARA, Thiago. *Op. cit.* p. 32.

Em 1994 foi promulgada a Lei número 8.884 que transformou o CADE em autarquia especial, em que sua principal função era de julgamento. O Conselho era composto por um Procurador Geral, que não tinha direito de voto, seis conselheiros e um presidente, que eram selecionados entre cidadãos de reputação ilibada e notório saber jurídico, que tivessem mais de trinta anos. Após a escolha, havia a sabatina pelo Senado e nomeação pelo Chefe do Executivo.

Contudo, em 2011 foi editada a Nova Lei Antitruste, revogando praticamente todos os dispositivos da Lei número 8.884, trazendo um maior fortalecimento ao CADE, na busca de maior segurança jurídica e com o propósito de diminuir a procura ao judiciário para reforma das decisões manifestadas nos Processos Administrativos concorrenciais.

O CADE é autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal. É entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional e seu funcionamento tem essencial importância ao processo administrativo antitruste. É constituído por três órgãos, sendo eles o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE), Superintendência-Geral (SG) e Departamento de Estudos Econômicos (DEE).

O Departamento de Estudos Econômicos tem a função primordial de elaborar estudos e pareceres econômicos, afim de zelar pelo rigor e atualização técnica das decisões do CADE. O DEE é dirigido por um Economista-Chefe, que pode participar das reuniões do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, sem direito a voto. O Economista-Chefe é nomeado conjuntamente pelo Presidente do TADE e pelo Superintendente-Geral, e deve ser brasileiro, ter notório conhecimento econômico e reputação ilibada.

A Lei não traz especificações do que seria “notório saber” e “reputação ilibada”, consistindo assim em conceitos jurídicos indeterminados⁵ que podem ocasionar

⁵ “Também denominado conceito vago, fluído ou *standard*, o conceito jurídico indeterminado representa um conceito, cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos (Engisch, 1996: 208). Contrapõem-se aos conceitos determinados que são, em geral, numéricos, como conceitos de medida ou valores monetários. A idéia de um conceito vago diferencia-se da de conceito ambíguo. O conceito ambíguo é aquele que tem vários sentidos, portanto, uma vez especificado o contexto em que ele é utilizado superam-se as dificuldades do mesmo. Porém, a dúvida no conceito vago não se origina na falta de informação sobre a situação na qual o mesmo é usado (seu sentido), mas no campo de aplicação de seu conteúdo. Um exemplo clássico de conceito indeterminado é o de calvo (Carrió, 1990: 26). Ninguém consegue precisar quantos fios de cabelo uma pessoa tem de ter (ou não ter) na cabeça para ser qualificado pelo adjetivo. Ademais, há uma imagem paradigmática (Heck) que se consagrou na

interpretações e influências inadequadas, surgindo a imprescindibilidade de se justificar a escolha. Com relação ao notório saber, deve ser analisado o conhecimento na área determinada, neste caso a economia. É necessário analisar a formação acadêmica, produção científica ou o exercício profissional comprovadamente na área. Por reputação ilibada devem ser aplicadas subsidiariamente as condições previstas para elegibilidade de agentes políticos na Lei de Inelegibilidade (Lei Complementar número 64 de 1990) e na Lei Ficha Limpa (Lei Complementar número 135 de 2010), gerando maior segurança jurídica na escolha.

A Lei de Defesa da Concorrência estabelece que o Departamento pode elaborar estudos e pareceres econômicos de ofício ou a requerimento do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou Superintendente-Geral. Importante destacar, porém, que estes estudos e pareceres não possuem poder vinculante, assim as autoridades podem discordar em seus votos e decisões do que dispõe, devendo, porém, fundamentar essa divergência, por representarem provas técnicas.

A Superintendência-Geral é órgão interno do CADE estruturado com um Superintendente-Geral e Superintendentes-Adjuntos. O Superintendente-Geral será selecionado dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, reputação ilibada e notório saber jurídico ou econômico, será sabatinado pelo Senado Federal, nomeado pelo Presidente da República e terá um mandato de dois anos, sendo autorizada uma recondução. Os Superintendentes-Adjuntos são indicados pelo Superintendente-Geral, pois irão auxiliá-lo.

O Superintendente-Geral poderá participar das reuniões do Tribunal do CADE e fazer sustentação oral, mas não terá direito a voto e deverá fazer cumprir as decisões deste órgão. Tem ainda o papel de solicitar ao Economista-Chefe a elaboração de

explicitação da estrutura do conceito indeterminado: trata-se da lâmpada de leitura, em que entre o foco de luz e a escuridão há uma zona cinzenta, ou seja, todo conceito indeterminado pode abranger um núcleo e um halo conceitual (zonas de certeza), possuindo também as zonas intermediárias que têm conteúdos de difícil determinação. (...) Na realidade, faz parte da atividade interpretativa a delimitação concreta (ou seja, em face do caso concreto) dos conceitos jurídicos indeterminados. Expediente largamente utilizado pelo legislador para garantir uma certa abertura do sistema, costuma-se apontar como características dos conceitos jurídicos indeterminados a mutabilidade e o fato de, na maior parte das vezes, prescindir da referência a um objeto." NOHARA, Irene Patrícia. **Conceito Jurídico Indeterminado**. Disponível em <http://direitoadm.com.br/124-conceito-juridico-indeterminado/> . Acesso em 23 jun. 2017.

estudos e pareceres, determinar despesas relacionadas à gestão da Superintendência-Geral e requerer à Procuradoria Federal as providências judiciais referentes ao exercício das competências da SG.

Cabe à Superintendência-Geral monitorar as práticas de mercado afim de prevenir infrações à ordem econômica, fiscalizar o cumprimento das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, conduzir processos administrativos concorrenciais no controle de concentrações econômicas e para imposição de sanções administrativas e processuais incidentais. Deverá instruir os processos administrativos, coletando provas na forma de requisição de documentos, informações e esclarecimentos orais, realização de inspeções e execução mandatos de busca e apreensão autorizados previamente pelo Poder Judiciário. Representada a infração à ordem econômica, deverá remeter o processo instaurado ao Tribunal para julgamento.

A SG exerce uma atribuição educativa, devendo: orientar a sociedade sobre as formas de infração à ordem econômica e o modo de preveni-las, desenvolver pesquisas para direcionar as políticas antitruste e encaminhar a Administração Pública no cumprimento da Lei de Defesa da Concorrência.

Compete também à este órgão recomendar ao Tribunal acordos nos processos de controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento, assim como propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica. Ademais, deverá recorrer de ofício nos processos sancionatórios em que determinar o arquivamento e nos processos de autorização de concentrações impugnados perante o Tribunal.

O Tribunal Administrativo (TADE) possui um presidente e seis conselheiros. Podem participar de suas sessões, sem direito a voto, o Economista-Chefe, o Procurador-Chefe e o Superintendente-Geral. Os conselheiros e o Presidente também serão escolhidos dentre cidadãos, com mais de trinta anos de idade, reputação ilibada e notório saber jurídico ou econômico e serão nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal. O mandato tem duração de quatro anos e não é permitida a recondução. Outrossim, não podem exercer profissão liberal, nem atividade político-partidária, assim como estão impedidos de receber qualquer honorário ou

porcentagens e devem ter dedicação exclusiva, só podendo cumular simultaneamente cargo ou emprego público de professor, tal como previsto constitucionalmente.

O presidente e os conselheiros são livremente nomeados, por conseguinte não precisam ser aprovados previamente em concurso público. Ocorre que a Lei Antitruste prevê hipóteses em que haverá a perda de cargo, evitando assim a livre exoneração por interesses particulares e ímprobos. Conforme o artigo 7º da LDC, perderá o mandato aquele que: faltar três reuniões ordinárias consecutivas ou vinte reuniões intercaladas, ressalvados os casos de afastamento temporário autorizado; for condenado administrativa ou judicialmente por ato de improbidade; sofrer condenação irreversível por crime doloso ou por falta disciplinar nos termos do Estatuto dos Servidores Civis da União; infringir as vedações previstas na Lei Antitruste e for condenado administrativamente por isso; e no caso de decisão do Senado Federal por provocação do Presidente da República.

O Presidente do Tribunal representa externamente o CADE, além de realizar sua gestão geral interna, encaminhando, coordenando e supervisionando suas atividades, assim como também conduz o TADE, ao efetuar os sorteios de distribuição de processos, presidir as reuniões, exercer o voto de desempate em casos de empate e requerer o apoio da SG na realização das atividades essenciais para o cumprimento das decisões do órgão.

Os Conselheiros do TADE devem emitir seu voto nos processos, organizar despachos e decisões nos processos em que for relator, determinar medidas preventivas como a fixação de multa, solicitar informações e documentos necessários ao processo e determinar o sigilo nos casos previstos em lei. Podem ainda propor termo de compromisso de cessação e acordos para a aprovação do Tribunal, requerer à Procuradoria Federal emissão de parecer jurídico e ao Economista-Chefe parecer econômico, quando for o relator do processo.

Segundo Thiago Marrara “sob o aspecto funcional, o TADE exerce competências decisórias, às quais se agregam competências organizacionais, instrutórias e informativas”.⁶ A competência organizacional atribui ao Tribunal a gestão do CADE, tanto em relação aos recursos financeiros, como materiais e humanos. Dentre as

⁶ MARRARA, Thiago. *Op. cit.* p. 39.

funções enquadradas nesta categoria, podem ser citadas: a edição do Regimento Interno do CADE; a proposta orçamentária do Conselho e a elaboração e implementação de disposições administrativas capazes de garantir o cumprimento da Lei Antitruste.

A competência instrutória abrange a possibilidade de contratar a realização de pesquisas, vistorias e exames, de solicitar informações e diligências pertinentes ao cumprimento de suas atividades. Com relação a competência informativa, o TADE tem o dever de esclarecer à população a respeito das formas de infração da ordem econômica e também de informar as partes interessadas de suas decisões no curso dos processos administrativos.

O Tribunal Administrativo possui ainda uma competência deliberativa que compreende as decisões ordinárias e recursais. Neste último caso, exercerá essa função como segunda instância de julgamento das decisões proferidas pela Superintendência-Geral e pelos conselheiros relatores, em casos como a determinação de medidas preventivas.⁷

A Lei 12.529/2011 fortaleceu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e consequentemente seus órgãos, que passaram a ter funções previamente estabelecidas e distribuídas de forma a não invadirem as atribuições específicas de cada instituição. O CADE demonstra constantemente a importância do seu papel na defesa da concorrência julgando descomunais movimentações econômicas, como a fusão de grandes empresas. Possui função preventiva e repressiva, possuindo a atribuição de um agente regulador, com o intuito de proteção dos direitos difusos, mas garantindo a liberdade de iniciativa e a livre concorrência.

⁷ “As decisões cautelares, que se expressam em medida preventiva no processo administrativo concorrencial, estão sujeitas basicamente à decisão ou da Superintendência-Geral (art. 13, XI LDC/2011) ou dos conselheiros do Tribunal (art. 11, IV). Isso não significa que o Tribunal não detenha poderes cautelares a princípio. Ao apreciar o recurso contra a medida preventiva poderá certamente mantê-la, extingui-la ou alterá-la. Esse poder de alteração da preventiva decorre de sua competência para “ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar” (art. 9º, IV). Tal disposição não se refere unicamente às decisões processuais finais. Ela inclui, ainda, poderes cautelares subsidiários aos do conselheiro-relator e da Superintendência. Ademais, não se afigura indevida a atuação subsidiária do Tribunal na ordenação de medidas cautelares caso o conselheiro-relator ou a Superintendência mostrem-se inertes diante de prejuízos significativos ao interesse público. Nesse caso, a ação do TADE para suprir a omissão da SG ou de conselheiro encontra fundamento específico na LPA federal (art.45).” MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Organização, Processos e Acordos Administrativos**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 40.

1.4. Secretaria de Acompanhamento Econômico

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) está vinculada ao Ministério da Fazenda e possui a atribuição primordial de prevenir as violações à ordem econômica, inclusive no tocante ao próprio Estado. Cabe à SEAE possibilitar a concorrência perante a sociedade e órgãos de governo.

A SEAE tem a função de organizar estudos referentes as circunstâncias concorrenciais em setores específicos das atividades econômicas desenvolvidas no país, seja de ofício ou por solicitação do CADE, da Câmara de Comércio Exterior ou do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça. Deve ainda realizar pesquisas que sirvam de fundamentação para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas.

Concerne à Secretaria avaliar proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional e que possam intervir na concorrência, assim como minutas de atos normativos referentes à promoção da concorrência e elaboradas por instituições públicas ou privadas e submetidas à consulta popular. Deverá opinar sobre pedidos de revisão de tarifas e sobre propostas de alterações de atos normativos que sejam relacionados ao direito de concorrência e que sejam de interesse dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

Fica caracterizada a atividade informativa e preventiva da SEAE, que difunde à sociedade, às instituições públicas ou privadas, estudos e explicações a respeito da proteção da concorrência e das condutas que podem ser consideradas anticompetitivas e ilegais, inclusive por meio da produção de materiais elucidativos. A Secretaria realiza ou participa de eventos relacionados ao direito antitruste, divulga ao mercado instruções sobre condutas complexas e atuais e opina em audiências e consultas públicas para a elaboração de atos normativos correlacionados a promoção da concorrência.

2. Processo Administrativo Federal e seus princípios basilares

2.1. Considerações iniciais

O processo é gênero do qual o processo administrativo é espécie. O artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal estabelece o direito de petição como um direito fundamental, assim como o devido processo legal (inciso LIV), o contraditório, ampla defesa (inciso LV) e inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI). Desta forma, o processo previsto constitucionalmente consiste em uma manifestação da democracia.

Com o advento do Estado de Direito Democrático a participação popular foi consagrada como ponto fundamental para a garantia da democracia. Nesta perspectiva, o Estado é meio, que tem a finalidade de garantir a prosperidade pública. A interação popular na gestão e controle dos atos administrativos tende a crescer cada vez mais, com o fortalecimento da democracia.

O processo administrativo é uma forma de diálogo entre o administrado e o Poder Público e demonstra um modo de manifestação da cidadania. O cidadão deve ter o direito de se manifestar e ser ouvido pela Administração Pública e devem ser respeitadas as garantias referentes à teoria geral do processo, tal como a publicidade, defesa e o devido processo legal.

Cretella Júnior⁸ define processo administrativo como o conjunto de iniciativas e diligências executadas pelo órgão competente para apurar situações ou desempenhos que atingem bens juridicamente protegidos, devendo ser instaurado, de ofício ou por representação, o mais breve possível, resultando em uma decisão fundamentada ou no seu arquivamento.

A Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999 disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta. Esta lei foi considerada um grande avanço no combate as práticas autoritárias que permeavam o processo administrativo. Inúmeras vezes a transparência e o contraditório não eram respeitados e colocados em prática. Esta realidade inclusive ocasionou uma maior procura ao

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 103.

Judiciário, devido a ausência de garantias e falta de segurança jurídica. A nomeada Lei Geral de Processo Administrativo (LPA) surge com a intenção de possibilitar maior eficiência ao procedimento e garantir que sua finalidade seja alcançada, tal como esclarece Nohara e Marrara:

São duas as finalidades precípua afirmadas no caput do art. 1º da LPA: (1) a proteção dos direitos dos administrados; e (2) o melhor cumprimento dos fins da Administração. Busca a lei compatibilizar, dentro do espírito exigido pelo Estado Democrático de Direito, prerrogativas da Administração Pública, que foram engendradas para o melhor cumprimento de suas finalidades (como, por exemplo, a autoexecutoriedade dos atos administrativos), com o imprescindível respeito às garantias constitucionais que, por outro lado, protegem direitos e interesses dos administrados, dentro do preceito que impõe que ninguém será privado da liberdade ou dos bens sem o devido processo legal, assegurando-se, por conseguinte, aos litigantes em processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa (cf. Art. 5º, LIV e LV, da CF).⁹

A Administração deve agir conforme o fim social deliberado pela norma legal e levando em consideração a equidade, princípios e analogia. O processo administrativo é um instrumento de tutela do indivíduo diante da ação do Poder Público e ele deve seguir conforme as normas e princípios norteadores do direito administrativo.

Dallari e Ferraz elucidam que os princípios são vetores interpretativos, uma vez que apontam a direção que deve ser observada ao interpretar a norma.¹⁰ Por conseguinte, é essencial que os princípios norteadores do processo administrativo sejam demonstrados.

2.2. Contraditório, ampla defesa e devido processo legal

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República e o artigo 2º, da Lei 9784/99, determinam que serão obedecidos os princípios da ampla defesa e do contraditório. Estes princípios determinam a limitação das atividades da Administração sobre o particular, garantindo que o processo não seja unilateral e unicamente voltado aos interesses administrativos.

⁹ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo**: Lei 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009. p. 3.

¹⁰ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Depreende do princípio do contraditório que a parte tem o direito de se informar a respeito daquilo que lhe foi imputado e de reagir as acusações oferecidas. A ampla defesa pressupõe que a autoridade administrativa deve garantir e propiciar que o direito de defesa seja exercido. Importante ressaltar que o termo “ampla” é utilizado no sentido de enfatizar que o direito do cidadão de se defender não pode ser obstruído, mas o que a lei procura demonstrar é que no processo deve haver o direito de defesa garantido.

O devido processo legal está previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República. Dele se depreende que deve haver o procedimento regular do processo administrativo, sendo respeitadas as garantias constitucionais e legais. Visa proteger as liberdades dos indivíduos da arbitrariedade, o que inclui a proteção de suas propriedades particulares enquanto não houver a procedimento processual idôneo.

2.3. Legalidade, razoabilidade, motivação e publicidade

O princípio da publicidade está previsto no artigo 37, caput, da Constituição da República, que preconiza a transparência das condutas do Poder Público, com a finalidade de viabilizar e incentivar o controle e a participação popular na Administração Pública, afinal, não é possível ter fiscalização sem informação.

O artigo 50 da Lei de Processo Administrativo Federal disciplina a necessidade da motivação nas decisões administrativas. Desta forma, a Administração possui a obrigação de justificar as opções feitas, afinal sua escolha deve ser motivada. A jurisprudência¹¹ tem demonstrado que a prática de atos sem motivação os torna nulos.

¹¹ “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. FIXAÇÃO DE EXERCÍCIO JUNTO AO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. RETORNO À RECEITA FEDERAL DO BRASIL. POSSIBILIDADE. ATO PRECÁRIO. REVOGAÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO. MOTIVAÇÃO. NECESSIDADE. ARTS. 2º E 50 DA LEI 9.784/1999. INEXISTÊNCIA. ILEGALIDADE RECONHECIDA. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Previdência Social que determinou o retorno do impetrante, Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, à Secretaria da Receita Federal do Brasil. Sustenta o impetrante a arbitrariedade e ilegalidade do ato coator, por ausência de razoabilidade, proporcionalidade, motivação e por ser contrário aos interesses públicos. 2. O ato administrativo que determina o retorno do servidor ao seu órgão de origem, mesmo ostentando natureza discricionária, exige a regular motivação, a fim de possibilitar o seu controle de legalidade. Inteligência dos arts. 2º, parágrafo único, inc. I, e 50, I e § 1º, todos da Lei 9.784/1999. Precedentes do STJ. 3. Carecendo de motivação o ato coator, padece de ilegalidade. 4. Segurança concedida, ressalvado o direito da Administração de proferir nova decisão, devidamente motivada, para determinar o retorno do

O artigo 5º, inciso II, da CF, traz a ideia geral de legalidade para todos os indivíduos, determinando que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹² Além disso, o caput do artigo 37 do mesmo diploma legal apresenta a legalidade como um dos princípios aos quais a Administração Pública deve se submeter, devendo toda atividade administrativa ser autorizada por lei, para que seja considerada lícita. A legalidade protege os cidadãos das arbitrariedades das autoridades administrativas e uma de suas formas de expressão é o processo administrativo.

Apesar de não estar previsto constitucionalmente e nem de forma expressa na Lei 9.784/99, entende-se que a razoabilidade é um dos princípios norteadores do direito administrativo e, conseqüentemente, do processo administrativo. A razoabilidade se apresenta através do dever agir da administração respeitando o que é razoável, ou seja, seus atos devem ser condizentes com o que é aceitável. É importante destacar que esse princípio não deve ser interpretado como se a autoridade administrativa pudesse agir conforme entendesse ser correto, sua conduta deve estar de acordo com os padrões normais de aceitabilidade e deve respeitar o princípio da legalidade fundamental ao Estado de Direito.

Vinculado ao princípio da razoabilidade está o da proporcionalidade. As competências administrativas devem considerar a proporção entre os meios e os fins. Carvalho Filho enfatiza que o princípio da proporcionalidade, segundo a doutrina alemã, se apresenta sobre três pilares: o da adequação, em que deve ser ponderada a aptidão do meio escolhido e a finalidade; o da exigibilidade, que leva em consideração a necessidade e se a manifestação escolhida é a menos gravosa em relação aos outros direitos fundamentais; e por último a proporcionalidade em sentido estrito, que abrange a razoável proporção entre as vantagens e desvantagens para alcançar a finalidade.¹³

servidor ao órgão de origem.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 19449 DF 2012/0245833-9, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 27/08/2014, S1 – Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 04/09/2014.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 05 jan. 2017.

¹³ “Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tripla fundamento: 1) **adequação**, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) **exigibilidade**, porque a conduta deve ter-se por necessária, não

No processo administrativo é visível a obrigatoriedade da aplicação do princípio da proporcionalidade, como na hipótese do artigo 65 da Lei 9.784/99 que apresenta que se tornando a sanção aplicada desproporcional ao ato, esta poderá ser revista a qualquer tempo. Além disso, como será visto no próximo capítulo, com relação a tutela cautelar no processo administrativo antitruste, prevista no artigo 84 da Lei 12.529/11, compreende-se que a medida preventiva deve ser escolhida levando em consideração a mais apta e mais branda entre as possíveis, para não causar ao mercado lesão irreparável, demonstrando, por conseguinte, não só o princípio da proporcionalidade, mas também o da razoabilidade.

2.4. Verdade material e formalismo moderado

A Administração Pública deve sempre buscar a verdade real. Desta forma, não deve se conter apenas ao que está presente nos autos, mas investigar como de fato ocorreu a situação. Sendo a garantia do interesse público a finalidade primordial do processo administrativo, é notório que a realidade deve sempre ser averiguada, para que a decisão seja justa.

O artigo 22 da Lei 9784/99 determina que os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, com exceção dos casos previstos legalmente. Destarte, o processo administrativo não está vinculado à uma forma específica, mas também não há que se falar em informalismo, pois há regras e princípios orientadores, que devem ser analisados sob a ótica da razoabilidade, assim como deve-se prezar pela segurança jurídica. O processo é instrumento para que seja alcançado um determinado fim, não é o procedimento em si o mais importante, mas a efetividade de sua decisão. Por isso o legislador optou por não modelar sua sistemática.

havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) **proporcionalidade em sentido estrito**, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens." CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 38.

2.5. Impessoalidade e moralidade

O princípio da impessoalidade designa que os administrados devem ser tratados com igualdade, quando se encontrarem em idêntica situação jurídica. Busca-se evitar o favorecimento de determinado cidadão em detrimento de outro. A função do Estado é garantir o interesse público e por isso, não pode agir de forma a corroborar com o interesse privativo do particular.

O artigo 37, caput, da Constituição Federal prevê expressamente o princípio da moralidade no exercício da atividade pública e o artigo 1º, parágrafo único, inciso IV, da Lei 9.784/99 determina que deve ser levado em consideração os preceitos éticos de probidade, decoro e boa-fé. Se depreende da lei que a Administração Pública deve seguir pela ética, honestidade e lealdade, ou seja, é preciso coibir a imoralidade. Consiste em dever do Estado e direito dos cidadãos que o funcionamento da administração seja conduzido pela moralidade.

2.6. Eficiência e segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica está previsto no artigo 2º, da Lei 9784/99 e pressupõe um certo grau de confiança e estabilidade das relações jurídicas. As decisões administrativas devem ser permeadas de coerência e não de subjetivismo. Certas situações devem ser previsíveis conforme o julgamento de outras idênticas, evitando incertezas. Além disso, determinados institutos precisam ser respeitados, tais como: o direito adquirido, a irretroatividade da lei, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.¹⁴

O princípio da eficiência foi incluído expressamente na Constituição da República pela Emenda Constitucional número 19 de 1998. Com o estabelecimento do Estado democrático o ideal de eficiência já estava intrínseco a finalidade da Administração Pública, mas o legislador percebeu a necessidade de sua inserção devido ao alto grau de burocratização e de má prestação dos serviços públicos.

¹⁴ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Op. cit.* p. 64.

A atividade administrativa deve ser, impreterivelmente, pautada pela eficiência, garantindo que a prestação estatal seja cumprida da melhor forma possível. Este princípio é essencial na garantia da dignidade humana e está intimamente relacionado com a boa administração, que proporciona que as melhores decisões sejam tomadas, com os menores gastos (relação entre custos e benefícios), garantindo que se alcance os resultados mais efetivos.

2.7. Supremacia e indisponibilidade do interesse público

O artigo 2º da Lei 9.784/1999 consagra o interesse público como princípio ao qual a Administração Pública deve obediência. O direito administrativo denomina este princípio de supremacia do interesse público. A função estatal tem como finalidade a prosperidade coletiva, se sobrepondo o interesse público ao particular. Por conseguinte, o Estado possui prerrogativas para exercer essa função, assumindo poderes para cumprir com sua obrigação legal.

A coletividade é titular do interesse público, desta forma ele não pertence ao Estado e por isso não pode este dispor desse direito. O princípio da indisponibilidade do interesse público consagra que a Administração Pública não tem a plena disposição dos bens e direitos públicos, porquanto eles pertençam a sociedade. Demonstrando a aplicação deste princípio, a Lei Geral de Processo Administrativo Federal designa que se no processo administrativo houver renúncia ou desistência do interessado, este deve prosseguir se assim exigir o interesse público (artigo 51, § 2º, da LPA) e que não poderão ser convalidados os defeitos do ato que acarretarem lesão ao interesse público (artigo 55, LPA).

3. Tutela Cautelar na Lei 12.529/2011

3.1. Considerações Iniciais

No direito brasileiro o processo administrativo abarca diferentes espécies, entre elas está incluído o processo administrativo antitruste. Destarte, compreendida a

sistemática do processo administrativo federal e seus princípios primordiais, é possível analisar o procedimento previsto na Lei de Defesa da Concorrência de forma mais ampla e satisfatória.

A Lei 12.529 de 2011 estrutura o SBDC e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, objetivando garantir o adequado desempenho do mercado, com a finalidade fundamental de proteger os interesses de toda a coletividade. Portanto, a Lei Antitruste tutela direitos difusos, que são assim determinados por serem transindividuais (já que seus titulares são indeterminados), indivisíveis, inalienáveis e seus titulares estarem conectados por uma situação de fato.

Os direitos difusos se distinguem dos direitos coletivos e dos individuais homogêneos. Segundo o artigo 81 da Lei 8.078/1990¹⁵, os direitos coletivos são determináveis, indivisíveis e seus interessados estão ligados por uma relação jurídica, enquanto os individuais homogêneos são determináveis, divisíveis e seus interessados derivam de uma origem comum, como por exemplo, nos casos de adquirentes de um modelo de veículo com defeito, ou ainda de consumidores de um produto nocivo à saúde que buscam uma indenização. Os direitos coletivos podem ser exemplificados nos casos de contribuintes de um determinado imposto, um sindicato na defesa dos interesses de seus associados ou na hipótese de nulidade de cláusula de contrato de adesão. O direito ao meio ambiente, à moralidade administrativa, ao patrimônio histórico, à não veiculação de propaganda enganosa ou abusiva, são exemplos de direitos difusos.

O processo é um importante meio de tutela dos direitos difusos, seja ele judicial ou administrativo. A Constituição da República em seu artigo 5º, inciso LV, assegura

¹⁵ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de Setembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

que este será permeado pelo contraditório e ampla defesa, garantindo o devido processo legal. O inciso LVI, também do artigo 5º do mesmo diploma legal, determina ainda que não serão aceitas provas obtidas ilicitamente, enquanto o inciso LX consagra a publicidade dos atos processuais, com exceção dos casos em que o interesse social e a defesa da intimidade exigirem sigilo.

A Lei Antitruste atribui ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a função de salvaguardar o direito difuso à proteção da ordem econômica. Nos casos em que for necessário o processo administrativo antitruste, este deverá ser, assim como o processo administrativo federal, previsto na Lei 9.784 de 1999, mais célere, possuir um formalismo moderado, defender primordialmente o interesse público e estar em conformidade com seus princípios, devendo se conservar as peculiaridades da Lei de Defesa da Concorrência.

3.2. Processo Administrativo Antitruste

O título VI da Lei Antitruste, nomeado “das diversas espécies de processo administrativo”, em seu artigo 48, apresenta seis espécies de procedimentos administrativos para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica. São eles: procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; processo administrativo para análise de ato de concentração econômica; procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

Apesar do título apresentar a expressão espécies de processos, o legislador utiliza-se de diferentes terminologias como procedimento, inquérito e, inclusive, processo, o que parece representar uma tentativa de distinção entre os trâmites previstos na Lei de Defesa da Concorrência. Entende-se, assim, que processo administrativo está sendo utilizado em sentido amplo, mas que há variados regimes jurídicos no controle concorrencial.

Os processos administrativos antitruste são regidos pela Lei 12.529/2011, todavia também estão sujeitos a teoria geral do processo e a teoria geral do processo administrativo. Ademais, o artigo 115 da Lei Antitruste estabelece que aplica-se subsidiariamente aos processos administrativos concorrenciais as disposições do Código de Processo Civil, da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) e da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/1999).

Verifica-se, entretanto, que o texto legal não faz referência ao Código de Processo Penal. Burini compreende que há comunicabilidade e permeabilidade entre os tipos processuais existentes, devendo considerar as peculiaridades do direito material em questão e a teoria geral do processo.¹⁶ É possível constatar a influência do processo penal na Lei de Defesa da Concorrência nos casos dos procedimentos prévios ao processo, tal como ocorre com o inquérito policial, e na atuação dos órgãos concorrenciais *ex officio*. Portanto, na existência de lacunas, as normas do Código de Processo Penal podem ser aplicadas ao processo administrativo antitruste em seu aspecto punitivo.

Os princípios gerais do processo administrativo são aplicados para o processo administrativo antitruste, com algumas ressalvas e particularidades que serão comentadas. O legislador estabeleceu algumas especificidades na Lei de Defesa da Concorrência que possibilitam essa observação.

A liberdade de iniciativa e a livre concorrência são princípios da ordem econômica brasileira. Para que a concorrência seja garantida é preciso que exista a prevenção e repressão ao abuso de poder econômico. O mercado econômico não pode impedir a livre iniciativa e nem causar prejuízo ao consumidor. Há, assim, a indisponibilidade do interesse público e, conseqüentemente, um maior grau de oficialidade no processo administrativo, em detrimento da vontade exclusiva dos particulares.

¹⁶ BURINI, Bruno Corrêa. **Processo Administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista**. São Paulo: FDUSP, 2010. p. 99.

A oficialidade possibilita que a autoridade concorrencial inicie um processo antitruste independentemente de denúncia de terceiros ou de requerimento dos diretamente interessados. Além disso, na pretensão da verdade material, é possível que na fase instrutória a própria autoridade administrativa produza as provas necessárias ou estabeleça que o particular as forneçam em tempo hábil e de forma não onerosa ao procedimento.

Importante destacar que a Administração Pública deve guiar o processo de forma imparcial, respeitando os direitos processuais fundamentais como o contraditório e a ampla defesa. Não está autorizada a conceder a vontade estatal a todo custo, com desrespeito a legalidade e as provas produzidas nos autos pelos particulares. Ademais, o contraditório deve ser assegurado, mesmo não havendo dois particulares com interesses adversos, mas um particular e um órgão da administração pública que está exercendo o papel de parte e julgador, pois esta é uma garantia constitucional.

Convém ainda estabelecer observações com relação ao princípio da publicidade. O acesso ao processo e aos atos processuais consiste na regra geral. A Constituição da República prevê os casos excepcionais em que poderá ocorrer restrições ao princípio da publicidade por motivo de segurança do Estado ou da sociedade e proteção a vida privada, honra e intimidade, direitos que podem ser aplicados às pessoas físicas ou jurídicas.

O direito concorrencial, entretanto, estabelece outra possibilidade em que poderá ser determinado o sigilo. Quando a disponibilização do processo, com todos os dados comerciais e econômicos presentes nos autos, puder viabilizar práticas abusivas e anticoncorrenciais que possam gerar desequilíbrio no mercado, deverá ser considerada a restrição ao princípio da publicidade. Nestes casos em que a confidencialidade se faz essencial, deve ser demonstrada sua real relevância ao andamento do processo, devendo sempre ponderar os benefícios e malefícios, evitando-se o sigilo por motivos insuficientes. Na situação do sigilo ser decretado, é imprescindível, segundo Ticiania

Lima, que as partes diretamente interessadas no processo possam ter “acesso a um mínimo de informações necessário para instruir sua manifestação”.¹⁷

Em razão dos princípios da oficialidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, bem como do alto grau de especificidade e complexidade dos casos analisados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, é inevitável que as autoridades sejam dotadas de poder de polícia, que podem ser verificados nos instrumentos de investigação, instrução e fiscalização.

A Lei Antitruste ampliou as hipóteses legais de instrução e investigação do CADE, como na possibilidade de requisição de esclarecimentos orais, de vista e cópia de peças de inquéritos e processos administrativos de entidades federais, entre outras. Os poderes previstos na antiga legislação também foram mantidos, tais como requisitar vistorias, estudos técnicos, informações e documentos.

Esclarece a legislação antitruste que na avaliação e repressão aos atos de infração, os órgãos estatais concorrenciais possuem poderes para empregar meios investigatórios próprios. Em contrapartida aos poderes investigatórios, a lei prevê os direitos probatórios fundamentais do investigado, assegurando o Estado democrático de direito. É preciso levar em consideração os princípios da razoabilidade, imparcialidade, transparência, legalidade e eficiência.

3.3. Tutela Cautelar na Lei de Defesa da Concorrência

A Lei 12.529/2011 buscou trazer celeridade ao processo administrativo concorrenciais, entretanto, em determinadas circunstâncias, o trâmite normal do procedimento pode causar danos ao processo ou a seu resultado útil e, conseqüentemente, à toda coletividade, prejudicando os interesses difusos. O artigo 84 da Lei Antitruste autoriza a determinação de medida preventiva no controle de condutas infrativas, quando houver indício ou fundado receio de que o mercado possa sofrer

¹⁷ LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. **O processo administrativo no CADE e os problemas da regulação concorrenciais**, 2009, p.119.

lesão irreparável ou de difícil reparação, ou quando o resultado final do processo estiver comprometido.

A Lei Antitruste de 1994 já previa a possibilidade de decretação da medida preventiva, porém estava limitada ao processo administrativo. Atualmente, pode ser instituída no processo administrativo e também na fase do inquérito, demonstrando que foi ampliado o poder cautelar do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Possui competência para sua imposição o Superintendente-Geral e o Conselheiro-Relator.

A medida preventiva será definida pelo Superintendente-Geral no inquérito e na instrução processual, por serem conduzidos pela SG, com exceção dos casos em que o inquérito estiver no Tribunal Administrativo de Defesa Econômica por força de recurso, neste caso, assim como na hipótese do processo administrativo, terá competência o Conselheiro-Relator, de forma monocrática, devido ao caráter de urgência próprio da medida.

A tutela cautelar poderá ser adotada mediante provocação do Procurador-Chefe do CADE, sua manifestação, entretanto, não tem efeito vinculante, afinal a determinação procederá do Superintendente-Geral ou do Conselheiro Relator, dependendo da fase em que estiver o procedimento. O Ministério Público não está incluído no dispositivo legal, porém Marrara entende que é perfeitamente possível que a instituição, através de seus membros, possa solicitar a determinação de preventivas, devido a sua atribuição constitucional de órgão que zela por interesses coletivos e difusos.¹⁸ Ainda poderá requerer a medida preventiva o representante ou o denunciante, que possuem interesse no processo.

Para que a medida preventiva seja imposta é preciso que sejam respeitados os requisitos legais. Deve existir indício ou fundado receio de que o representante, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação. É preciso que seja constatado o *fumus boni iuris*. Segundo Shirlei Mello, o indício consiste na denominação de algo mais complexo que ainda virá, é a evidência

¹⁸ MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**: Organização, Processos e Acordos Administrativos. São Paulo: Atlas, 2015. p. 244.

inicial que leva a conclusão de outra circunstância.¹⁹ O fundado receio é o temor com relação as evidências presentes. O receio de dano deve ser demonstrado objetivamente antes da imposição da medida, de forma a prevenir e precaver o dano de forma temporária antes da decisão final.

Outrossim, é preciso demonstrar o *periculum in mora*, ou seja, que a decisão final pode não ter um resultado útil e não produzir os efeitos práticos esperados. É preciso resguardar que a decisão final do CADE produza plenamente seus efeitos. Demonstrados um ou ambos os requisitos legais, a medida preventiva poderá ser decretada. A autoridade administrativa deverá fundamentar a sua decisão, demonstrando a circunstância que constitua ou possa constituir a lesão e sua conexão com o ato do Representado.

O princípio da razoabilidade preconiza que dentre as medidas preventivas possíveis, é preciso que se escolha a mais branda, ou seja, ela deve ser necessária e adequada. Afinal, a concessão da medida não pode causar um mal maior do que se esta não for concedida, ela deve ser apta, de acordo com o caso concreto, a garantir a finalidade do processo. Autorizar uma medida indevida poderá prejudicar o funcionamento de uma atividade econômica lícita e legal, causando um prejuízo ainda maior. É preciso buscar o equilíbrio de forma efetiva a proteger o mercado e a decisão final do processo administrativo antitruste. A medida preventiva não tem a função de conceder um julgamento antecipado de mérito e nem de prejudicar a instrução processual.

A Lei de Defesa da Concorrência estipula ainda que a medida preventiva deverá estabelecer a imediata cessação da prática abusiva e, quando possível, a reversão a situação anterior. Deve ser determinada multa diária para os casos de descumprimento, variando de cinco mil reais à duzentos e cinquenta mil reais por dia, conforme artigo 39 da citada lei. É importante que a expressão “cessação da prática abusiva” seja interpretada em consonância com os princípios administrativos. Conforme demonstrado, a medida deve ser a mais apta e branda dentre as possíveis. Não necessariamente cessar a prática significa interromper as atividade da empresa, por

¹⁹ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Op. cit.* p. 488.

exemplo. Afinal, esta imposição poderia causar um prejuízo ainda maior, afetando inclusive os trabalhadores que ficarão sem emprego, descumprindo com o dever constitucional de valorização do trabalho humano. Em muitas ocasiões, a medida preventiva deverá propor ajustes à atividade e não sua cessação integral. O representado terá cinco dias da decretação da medida preventiva para interpor recurso voluntário perante o TADE

O intuito da medida preventiva compreende eliminar o perigo de dano e preservar a estabilidade e utilidade do processo. Sua determinação deve considerar primordialmente o interesse público, afinal a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei Antitruste. Analisados os requisitos da necessidade e viabilidade, deverá ser decretada com o propósito de garantir o resultado útil do processo administrativo.

4. Tutela de Urgência no Código de Processo Civil (artigos 294 e seguintes)

4.1. Considerações Iniciais

O novo Código de Processo Civil foi aprovado no Congresso Nacional em 17 de dezembro de 2014, sancionado pela então Presidente da República Dilma Rousseff em 16 de março de 2015 e entrou em vigor em 18 de março de 2016, após longos anos de debates e propostas de modificação. A nova Lei revogou o CPC anterior de 1973, buscando trazer maior modernidade e efetividade ao processo civil, para que ele possa cumprir com seu dever constitucional de solucionar conflitos.

A procura pelo judiciário vem crescendo cada dia mais, são inúmeras as demandas judiciais, ocasionando uma demora excessiva no julgamento da lide. Considerando esta realidade, a Lei número 13.105/2015 busca tornar o processo civil mais célere, objetivo, adequado e efetivo. O novo CPC incentiva a conciliação, unifica os prazos recursais, simplifica a defesa do réu unificando as matérias de defesa na própria contestação, traz uma ordem cronológica para o julgamento, os prazos passam a ser contados em dias úteis, entre outras mudanças.

O intuito da mudança legislativa é viabilizar a dinamicidade e efetividade do processo civil, e também dos outros tantos procedimentos que aplicam subsidiariamente o CPC e demonstram sua inegável importância ao ordenamento jurídico, inclusive no processo administrativo antitruste.

A legislação é recente e muitas indagações a respeito das mudanças trazidas serão sanadas no decorrer de sua aplicação e com o desenvolvimento da doutrina e jurisprudência.

4.2. Tutelas provisórias no Código de Processo Civil de 2015

O Estado-juiz, conforme a situação fática, poderá conceder uma tutela jurisdicional definitiva ou provisória. A doutrina considera a tutela definitiva aquela obtida com base em cognição exauriente, com amplo e profundo debate acerca do objeto do processo, garantindo-se os direitos processuais constitucionais como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

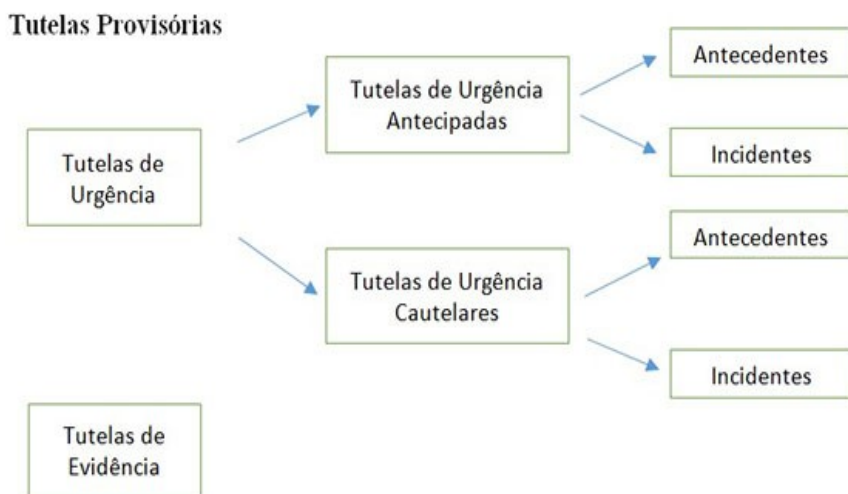
A tutela provisória consiste em uma tutela jurisdicional sumária e não definitiva, em circunstâncias de risco ou embaraço à efetividade do direito, inclusive quando houver abuso de direito de defesa por parte do réu. Para sua decretação exige-se um juízo de probabilidade e não de certeza, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo, conforme fatos e provas novas no processo. Para que seja concedida, o julgador deverá analisar no fato concreto os proveitos e prejuízos que poderá acarretar, pois conforme esclarece Humberto Theodoro Júnior:

É importante ressaltar que são tão nocivos ao princípio da instrumentalidade do processo tanto o *não-deferimento* da medida cautelar, quando realmente cabível e necessária, quanto sua desastrosa *concessão* em conjuntura incompatível com sua destinação específica.²⁰

No novo Código de Processo Civil, a tutela de urgência se subdivide em tutela cautelar e tutela antecipada (satisfativa), mas os requisitos são unificados, nos termos

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito e processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p.44.

do artigo 300. E ambas as tutelas são denominadas tutelas provisórias. O sistema consagrado pelo CPC pode ser assim representado²¹:



As medidas cautelares e antecipatórias derivam das medidas de urgência e possuem um respaldo constitucional nos princípios do direito de ação e de acesso à justiça. Todavia, não é a distinção entre ambas o mais importante. Considerando o princípio da instrumentalidade, o processo deve ser tratado como instrumento para se chegar a algo mais nobre do que o procedimento em si, com a finalidade de concretizar o direito material. A tutela cautelar e a tutela antecipada buscam garantir o pleno exercício do direito de petição, ou seja, direito de provocar o Estado e obter resposta motivada, antes do perecimento do bem da vida a que se refere o direito material invocado.²²

O direito dos cidadãos a apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito em tempo razoável é assegurado na Constituição da República em seu artigo 5º, inciso XXXV, combinado com o inciso LXXVIII. No campo teórico existem distinções entre a

²¹ MENDES, Daniel de Carvalho; AZEVEDO, Adolpho Augusto Lima. **O panorama das tutelas provisórias no novo código de processo civil**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-abr-03/panorama-tutelasprovisorias-cpc> . Acesso em 07 abr. 2016.

²² TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das tutelas de urgência**. São Paulo: RT, 2009. P. 77.

tutela antecipada e a cautelar, mas na prática o julgador deve se atentar a situação de fato e analisar se ela demanda proteção urgente. Por conseguinte, se existir dúvida se a tutela é cautelar ou antecipada, deve ser concedido o direito, mesmo que não tenha sido requerida a tutela considerada mais apropriada para a circunstância apresentada, mas se tenha demonstrado a probabilidade do direito – *fumus boni iuris*. Pois, comum a ambas as formas de tutela de urgência é o receio de dano ou risco ao resultado útil do processo – *periculum in mora*.

Para que seja atribuída a tutela de urgência é preciso que se verifique um fundado receio de que a tutela definitiva possa não ser quantitativamente suficiente ou qualitativamente satisfatória. O raciocínio de fundado receio surge do temor baseado nos indícios manifestados, que devem ser analisados objetivamente, de forma a observar o juízo de probabilidade e verossimilhança. Conforme elucida Mello, a partir da existência provada de alguns fatos é possível concluir que outras situações poderão decorrer daquele primeiro.²³

A tutela jurisdicional é antecipada e o processo é acautelado em caráter temporário, desta forma, as providências cautelares e antecipatórias podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, conforme as alterações ocorridas nas circunstâncias que deram motivo à outorga. As medidas de urgência buscam garantir a efetividade do processo e o acesso à justiça. A decisão que concede a tutela cautelar tem a finalidade de permitir a efetividade da futura decisão de mérito, por isso, deve o juiz considerar a razoabilidade e proporcionalidade, legal e econômica. A tutela antecipada possibilita a realização da pretensão antes da decisão cognitiva exauriente.

Considerando as mudanças ocorridas com o advento do novo Código de Processo Civil, Rogéria Dotti demonstra ao longo de seu texto o avanço na disciplina das tutelas de urgência:

Passados vinte anos, o novo CPC adota um sistema muito mais simples. Ele unifica o regime, estabelecendo os mesmos requisitos para a concessão da tutela cautelar e da tutela satisfativa (probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo). Ou seja, ainda que permaneça a distinção entre as tutelas, na prática os pressupostos serão iguais. Com efeito, o parágrafo único do art. 294 deixa claro que a

²³ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Op. cit.* p. 488.

tutela de urgência é gênero, o qual inclui as duas espécies (tutela cautelar e tutela antecipada). Já o art. 300 estabelece as mesmas exigências para autorizar a concessão de ambas. Mas não é só. Além de um regime jurídico único, outra grande vantagem é a dispensa de um processo cautelar autônomo. Com efeito, a Lei nº 13.105 de 2015 permite que as medidas provisórias sejam pleiteadas e deferidas nos autos da ação principal. A regra é clara: após a antecipação ou a liminar cautelar, o autor terá prazo para juntar novos documentos e formular o pedido de tutela definitiva. Ainda que os prazos sejam distintos (15 dias na antecipação e 30 dias na cautelar) em ambas as hipóteses o pedido principal será formulado nos mesmos autos, sem necessidade de um novo processo ou do pagamento de novas custas processuais.²⁴

A Lei número 13.105/2015 propõe a efetividade da tutela jurisdicional de urgência, não se apegando ao formalismo exacerbado que pode ocasionar a não admissibilidade de um processo por razões instrumentais insignificantes se comparada a importância da tutela pretendida. Ao unificar os requisitos para a concessão da tutela cautelar e da tutela satisfativa, o novo CPC demonstra responsabilidade com os princípios processuais da instrumentalidade e efetividade.

5. Aplicabilidade da Tutela de Urgência no Processo Administrativo Antitruste

5.1. Considerações Iniciais

A antecipação da tutela possui a função de garantir a efetividade do direito de ação. Sua concessão é plausível quando verificado que no tempo transcorrido para a confirmação da tutela definitiva poderá o direito se exaurir. No antitruste, essa questão assume elevada pertinência por compreender a defesa da concorrência, com a finalidade primordial de proteger direitos difusos.

Para que observe as garantias processuais constitucionais e seja dotada de eficácia, a apreciação de um processo administrativo antitruste pode demorar alguns meses, o que é bastante significativo na dinâmica da sociedade globalizada. As relações econômicas são praticamente instantâneas, já o mesmo não ocorre com as operações econômicas analisadas pelo CADE, que tem como finalidade garantir a

²⁴ DOTTI, Rogéria. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada no CPC de 2015: Unificação dos Requisitos e Simplificação do Processo.** Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI218846,101048Tutela+Cautelar+e+Tutela+Antecipada+no+CPC+de+2015+Unificacao+dos>>. Acesso em 13 out. 2016.

eficiência e proteção à concorrência, justificando, portanto, nos casos de real necessidade e viabilidade, medidas de urgência.

O Capítulo IV da Lei 12.529/2011, ao estabelecer os prazos para a hipótese de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, demonstra os motivos pelo qual delonga alguns meses para que seja concluído o julgamento. Da decisão que instaurar o processo administrativo, o representado será notificado para apresentar defesa e especificar provas no prazo de trinta dias, podendo ser dilatado por até dez dias, improrrogáveis, mediante requisição do representado. Após o decurso desse prazo, a Superintendência-Geral terá que apresentar despacho fundamentado determinando a produção de provas que achar pertinente. Concluída a instrução processual, a Superintendência-Geral deverá notificar, em cinco dias úteis, o representado, para que este apresente novas alegações no prazo também de cinco dias úteis. Posteriormente, em até quinze dias úteis a SG remeterá os autos do processo ao Presidente do Tribunal, apresentando relatório em que opinará pelo arquivamento ou pela configuração da infração. Recebido o processo, o Presidente do Tribunal o distribuirá, por sorteio, ao Conselheiro-Relator, que poderá solicitar à Procuradoria Federal junto ao CADE que se manifeste no prazo de vinte dias. O Conselheiro-Relator poderá ainda, em despacho fundamentado, determinar diligências, podendo solicitar que a Superintendência-Geral as realize, no prazo assinado. Após a conclusão das diligências determinadas, o Conselheiro-Relator notificará o representado para em quinze dias úteis apresentar alegações finais. No prazo de quinze dias úteis contados da data de recebimento das alegações finais, o Conselheiro-Relator solicitará a inclusão do processo em pauta para julgamento. Importante compreender que o julgamento de um processo administrativo é inegavelmente mais célere que o processo judicial. Porém, na condição de imediatismo do mercado econômico, há a necessidade de presteza.

O processo administrativo chega ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica instruído pelos requerentes e pelos outros órgãos do SBDC incumbidos desta função. Em determinados casos a instrução vem permeada de evidências que permitem um entendimento provisório se a operação econômica é viável ou não ao direito concorrencial. Com relação a essas hipóteses, há fundamentos convincentes

que permitem que os efeitos do direito tutelado possam ser antecipados de forma integral ou parcial, devendo sempre esta decisão ser fundamentada pela autoridade.

O objetivo da antecipação de tutela é garantir que a decisão final do CADE produza integralmente seus efeitos, evitando que o mercado sofra lesão de difícil reparação ou que o processo não tenha um resultado útil. Será relevante porquanto possibilite a realização de atos materiais, tendo em vista que os efeitos da tutela que serão antecipados são os fáticos ou sociais. Poderá ser muito proveitosa nas situações, por exemplo, de processos administrativos que envolvam atos de concentração, nestas hipóteses a garantia da efetividade do procedimento carecerá da realização de atos que produzam efeitos antes mesmo da prolatação da decisão final, resguardando sua utilidade.

A concessão da antecipação dos efeitos da tutela poderá ocorrer em qualquer momento do processo e não necessariamente no início, pois dependerá da necessidade, reversibilidade e da instrução processual satisfatória. Afinal, as medidas de urgência possuem um caráter excepcional e devem possuir fundamento legal, para que não seja caracterizado abuso de poder por parte da autoridade. No caso do processo administrativo antitruste, a autoridade responsável por determinar a medida preventiva é o Conselheiro-Relator do CADE.

Por conseguinte, o processo administrativo antitruste, assim como pressupõe a teoria geral do processo, deve ter um resultado satisfatório, tendo de ser concedida a tutela a quem comprovou possuir o direito. Na imprescindibilidade da concessão da tutela antecipada, deverá ser analisado o interesse público em questão, pois na defesa da concorrência é o direito de toda coletividade que está comprometido.

5.2. Aplicabilidade dos artigos 294 e seguintes do Código de Processo Civil no Processo Administrativo Antitruste da Lei 12.529/2011.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou a liberdade de iniciativa e a livre concorrência como direitos do sistema econômico brasileiro. Sendo assim, qualquer pessoa pode ingressar no mercado econômico por sua vontade e assumindo o risco, além de concorrer com os que já estão no mercado e com os que

virão. Para garantir e regular esses preceitos, a Lei 12.529/2011, nomeada Lei Antitruste, consagra a necessidade da intervenção do Estado em determinados casos, para a proteção do mercado bem como da livre iniciativa e da livre concorrência.

Desta forma, o Processo Administrativo Antitruste visa garantir a atuação regular do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, respeitando as garantias processuais constitucionais como devido processo legal, contraditório, ampla defesa e eficiência. Ocorre, porém, que nem sempre o processo consegue acompanhar a rapidez das relações econômicas, sendo importante, para tanto, a aplicação de medidas preventivas.

Na determinação da medida preventiva mais apta, o instituto da tutela de urgência previsto do Código de Processo Civil, pode ser muito útil para que o processo administrativo de defesa da concorrência atenda realmente o fim a que se destina. O artigo 84 da Lei 12.529/2011 trata do poder geral de cautela da Administração Pública, como pode ser verificado:

Art. 84. Em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do CADE, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

§ 1º Na medida preventiva, determinar-se-á a imediata cessação da prática e será ordenada, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 39 desta Lei.

§ 2º Da decisão que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário ao Plenário do Tribunal, em 5 (cinco) dias, sem efeito suspensivo.²⁵

A efetividade do Processo Administrativo Antitruste é essencial para a defesa dos interesses difusos e coletivos protegidos pela Lei Antitruste. O perigo da demora natural do processo na resposta final pode prejudicar o interesse da coletividade, não tendo o processo, portanto, um resultado útil. Pois a finalidade do Processo Administrativo é garantir a prosperidade pública, ou seja, o bem dos cidadãos. Sendo assim, a medida da tutela de urgência poderá ser utilizada no Processo Administrativo

²⁵ BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

quando necessária e preenchidos os requisitos presentes no Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 300:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.²⁶

Sendo a Lei 13.105/2015 – o Código de Processo Civil – extremamente recente, tendo entrado em vigor em março de 2016, é indispensável sua análise e estudo, para que seja aplicada também ao Processo Administrativo de forma subsidiária. A Tutela provisória prevista na citada lei é considerada um mecanismo processual pelo qual o Juiz antecipa a uma das partes um provimento judicial de mérito ou acautelatório antes da decisão final, ou em função da urgência ou da plausibilidade do direito. No artigo 294 do CPC/2015, a tutela provisória encontra-se prevista como gênero que contempla as seguintes espécies: tutelas de urgência e tutelas de evidência. A tutela de urgência se subdivide em tutela de urgência cautelar e tutela de urgência antecipada, que podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental.

No exercício do poder de polícia, a tutela de urgência visa à atuação estatal instantânea, no objetivo de resguardar decisão de mérito posterior. Em seu artigo 74, inciso II, a Constituição da República legitima o dever de autotutela dos Poderes constituídos, a fim de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como, da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

O princípio da eficiência determina que a Administração Pública deve buscar o máximo aproveitamento possível dos meios de atuação disponíveis, superando

²⁶ BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 jan. 2017.

formalidades burocráticas em atenção ao interesse público.²⁷ A eficiência, como princípio administrativo expresso, tem como fim reforçar a necessidade de melhor atuação da Administração, incrementando a mera reflexão estática sobre o adequado uso das suas prerrogativas.

A Administração deve observar, além dos princípios fundamentais da boa administração e da imparcialidade três critérios: economicidade, eficiência e eficácia, que estão diretamente relacionados ao conceito de boa administração. Economicidade significa otimização de resultados em face dos meios disponíveis; eficiência indica o cotejo entre recursos empregados e resultados obtidos, ao passo que eficácia se compreende pela comparação entre resultados obtidos e objetivos programados, reportando-se à relação entre planejamento e materialização da função. O processo administrativo necessita ser um processo de resultados, devendo a eficiência ser buscada verdadeiramente.

Desse modo, a eficiência se desdobra nos seguintes elementos, no magistério de Egon Bockmann Moreira: **celeridade**, valor que “impõe que os atos processuais sejam praticados no mais curto espaço de tempo possível, de forma contínua e coordenada”, respeitando duração razoável; **simplicidade**, que indica que o processo deve revestir-se de formalidades razoáveis e necessárias ao alcance da finalidade colimada; **finalidade predefinida**, expressa pela instauração e manutenção de processos administrativos consistentes, cujos objeto e escopo condizem com o regime jurídico administrativo; **economia processual**, que preconiza o máximo de resultado na aplicação do direito com o menor emprego possível de atividades processuais; por derradeiro, proclama-se **efetividade**, significando a concretização dos fins processuais, por meio da aplicação da verdade material, que obriga o julgador a buscar o que mais se aproxima da realidade fática para que, em última análise, resguarde-se o resultado útil da marcha processual.²⁸

²⁷ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.99.

²⁸ MOREIRA, Egon Bockman. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9784/99**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 208 - 221.

A proposta do emprego das medidas de urgência previstas no Código de Processo Civil ao processo administrativo de defesa a concorrência não tem o intuito de judicializar tal procedimento. O processo antitruste, assim como outras medidas mencionadas na Lei 12.529/2011, consistem na forma adequada de proteção à concorrência. Entretanto, possibilitando a Lei de Defesa da Concorrência o uso de medidas cautelares e a aplicação subsidiária do CPC, o instituto das medidas de urgência pode ser um importante ponto de apoio e referência na aplicação da medida preventiva mais apta a garantir o processo administrativo.

Destarte, a tutela de urgência é medida processual cuja finalidade é assegurar a efetividade de um provimento estatal a ser produzido em momento futuro, protegendo direitos ameaçados pela demora natural do processo. O processo deve ser o direito em ação e não obstáculo à realização dos direitos, ele deve ter um resultado útil, sendo essa a importância da tutela de urgência, que tem a finalidade de garantir a efetividade, coesão, razoabilidade e eficiência do processo, bem como seu resultado útil e jurídico. É direito da coletividade que o processo administrativo federal apresente-se como um instrumento de obtenção do máximo possível de resultado com o emprego do mínimo possível de recursos, o que inclui o processo administrativo antitruste.

Conclusão

Conforme demonstrado, é notória a importância do processo administrativo, e também do papel preventivo do CADE, na garantia da ordem econômica brasileira. Desrespeitados os direitos da livre concorrência, liberdade de iniciativa e do consumidor, toda a sociedade pode ser afetada, gerando um verdadeiro desequilíbrio econômico e impossibilitando a prosperidade pública, finalidade principal do processo administrativo.

Constata-se a relevância do estudo comparativo das normas do novo Código de Processo Civil e da Lei de Defesa da Concorrência, com o devido enfoque na tutela de urgência. A defesa à ordem econômica é interesse de toda a coletividade, sendo fundamental, por conseguinte, a atuação da Administração Pública de forma razoável a garantir um processo administrativo idôneo, e consequentemente eficiente, bem como promover a liberdade de iniciativa e livre concorrência.

Ademais, a adoção de medida cautelar no Processo Administrativo Antitruste é permitida expressamente pela Lei 12.529 de 2011. Esta permissão está esculpida em seu artigo 84, que dispõe que se houver indício ou fundado receio de que, direta ou indiretamente, o representado cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo, a Administração Pública poderá adotar medida preventiva. Assim sendo, a finalidade das medidas tomadas pelo Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica consiste essencialmente em resguardar a plena produção dos efeitos da decisão final do CADE.

A tutela estatal da ordem econômica deve efetivamente garantir plenas condições de obtenção tempestiva da proteção requerida. No antitruste, tratando-se das condutas consideradas como infração à ordem econômica presentes no artigo 36 da Lei 12.529/2011 e considerando o alto potencial lesivo das práticas à sociedade, deve a autoridade ser dotada de instrumentos realmente eficazes no sentido de proporcionar uma imediata reparação do dano causado ou evitar um possível dano evidente.

A tutela de urgência será aplicada no processo civil se demonstrada a probabilidade do direito – *fumus boni iuris* – e o receio de dano ou risco ao resultado útil do processo – *periculum in mora*. Esta medida consiste no direito de provocar o Estado e obter uma resposta motivada antes do perecimento do direito ou antes que ocorra uma patente injustiça.

Destarte, presentes os requisitos autorizadores, é justificada a utilização do instituto da tutela de urgência no Processo Administrativo Antitruste, salvaguardando os interesses da coletividade e também dos agentes econômicos no exercício do livre poder de mercado, direito garantido constitucionalmente. Afinal, a iniciativa que impede a livre concorrência é contrária a Constituição e lesa a valorização do trabalho e, consequentemente, a existência digna. Portanto, cabe ao ente estatal viabilizar a liberdade de iniciativa e também a livre concorrência, como medida de democracia no campo econômico. A liberdade de iniciativa concorrencial estabelece que a livre iniciativa somente é legítima se conciliada com a livre concorrência.

Condutas como cartel, preços predatórios, fixação de preços de revenda, restrições territoriais e de base de clientes, acordos de exclusividade e venda casada são consideradas infrações à ordem econômica, que prejudicam a livre concorrência e consequentemente trazem um grande desequilíbrio econômico à coletividade. Por isso, inequívoco que a Lei Antitruste protege direitos difusos e coletivos, possuindo o CADE ampla relevância social na garantia do direito concorrencial.

Desta forma, o Processo Administrativo Antitruste deve ter um resultado útil, para a manutenção do equilíbrio do direito econômico. E, sendo a tutela de urgência medida processual que tem por finalidade assegurar a efetividade de um provimento estatal a ser produzido em momento futuro, protegendo direitos ameaçados pela demora natural do processo, esta possui importante papel na garantia da efetividade, coesão, razoabilidade e eficiência do processo, incluindo nesta perspectiva o processo administrativo previsto na Lei Antitruste.

Considerando o princípio da instrumentalidade, e do formalismo moderado aplicado ao processo administrativo, não será o procedimento em si o mais relevante no processo, este deve ser tratado como instrumento para se chegar a algo mais nobre e

essencial, que é concretizar o direito material. Em conformidade com os princípios norteadores do Direito Administrativo, é direito da coletividade que o Processo Administrativo Antitruste apresente-se como um instrumento de obtenção do máximo possível de resultado com o emprego do mínimo possível de recursos, atendendo aos princípios da eficiência, da eficácia e da economicidade, bem como da boa administração.

Referências

BARBOSA, Ana Carolina Borba Lessa. **As Medidas de Urgência como elemento de avaliação da duração razoável de um processo temporalmente justo**. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=553>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 05 jan. 2017.

_____. **Lei 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 de jun. 2017.

_____. **Lei 9.784, de 29 de Janeiro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 03 dez. 2016.

_____. **Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

_____. **Lei 13.105, de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 jan. 2017.

BURINI, Bruno Corrêa. **Processo Administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista**. São Paulo: FDUSP, 2010 (tese de doutorado).

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CORDOVIL, Leonor et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 2014. 7 volumes. Vol.1 – Teoria Geral e Princípios.

DOTTI, Rogéria. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada no CPC de 2015: Unificação dos Requisitos e Simplificação do Processo**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI218846,101048Tutela+Cautelar+e+Tutela+Antecipada+no+CPC+de+2015+Unificacao+dos>>. Acesso em 13 out. 2016.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo Administrativo**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FORGIONI, Paula. **Fundamentos do antitruste**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira et al (Org.). **Novo CPC: reflexões e perspectivas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

GILBERTO, Andre Marques. **O processo antitruste sancionador: aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil**. SP: Lex Editora, 2010.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da Tutela de Urgência: A redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

LIMA, Ticiania Nogueira da Cruz. **O processo administrativo no CADE e os problemas da regulação concorrencial brasileira**. São Paulo: FDUSP, 2009 (dissertação de mestrado).

MACEDO, Elaine Harzheim et al. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 2015. Disponível em: https://nayrntoledo.files.wordpress.com/2016/01/novo_cpc_annotado_2015.pdf. Acesso em: 22 mar. 2016

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1 v.

MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Organização, Processos e Acordos Administrativos**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela Cautelar no Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. Tutela de urgência no processo administrativo federal (Lei nº 9.784/99): fundamentos, parâmetros e limites. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. (Org.) **Direito e Administração Pública: Estudos em Homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 459-493.

MENDES, Daniel de Carvalho; AZEVEDO, Adolpho Augusto Lima. **O panorama das Tutelas Provisórias no Novo Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-abr-03/panorama-tutelasprovisorias-cpc>. Acesso em 07 abr. 2016.

MOREIRA, Egon Bockman. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9784/99**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**: Legitimidade: Finalidade: Eficiência: Resultados. BH: Fórum, 2008.

NOHARA, Irene Patrícia. **Conceito Jurídico Indeterminado**. Disponível em <http://direitoadm.com.br/124-conceito-juridico-indeterminado/> . Acesso em 23 jun. 2017.

_____. **Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Reforma administrativa e burocracia**: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo**: Lei 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009.

TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das tutelas de urgência**. São Paulo: RT, 2009.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira**: A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito e processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

_____. (Org.). **Novo CPC Fundamentos e Sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.