



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

Monografia

ALEXANDRE HORN PUREZA OLIVEIRA

CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E DECISÃO NO PROCESSO

ADMINISTRATIVO NO CADE:

Uma análise da mudança da definição de mercado relevante

Brasília

2023

ALEXANDRE HORN PUREZA OLIVEIRA

CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E DECISÃO NO PROCESSO

ADMINISTRATIVO NO CADE:

Uma análise da mudança da definição de mercado relevante

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito

Orientadora: LÍlian Manoela Monteiro Cintra de Melo

Brasília

2023

ALEXANDRE HORN PUREZA OLIVEIRA

**CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E DECISÃO NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO NO CADE:**

Uma análise da mudança da definição de mercado relevante

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
como requisito para a obtenção do grau de
bacharel em Direito

Brasília, 15 de fevereiro de 2023

Banca Examinadora:

Lílian Manoela Monteiro Cintra de Melo
Orientadora

Leonardo Peres da Rocha e Silva
Membro

Guilherme Favaro Corvo Ribas
Membro

AGRADECIMENTOS

Em relação a este trabalho, tenho muito a agradecer à Professora LÍlian Cintra de Melo, pelo tempo, orientação e valiosas contribuições, ao Leonardo Rocha e Silva, por ter me permitido trilhar o caminho sem o qual eu nunca teria chegado ao tema desta monografia, e ao Doutor Guilherme Ribas, por gentilmente ter aceitado o convite para compor minha banca examinadora.

Em minha vida, o primeiro agradecimento vai para os meus pais, Anne e Aarão, e o meu irmão, Adriano, pelo suporte incondicional de sempre. Sem os três, não poderia ter chegado aonde cheguei, e muitos menos dar passos além. Agradeço à Julia, que já esteve presente em momentos tão importantes da minha trajetória, por todo o apoio, motivação e torcida.

Também agradeço a toda minha família, especialmente aos meus avós, aos meus amigos e aos professores que tive. Um incentivo, conselho, ensinamento ou inspiração a menos poderia ser o suficiente para eu não estar onde estou, contente com a conclusão da minha graduação e animado pelo que vem pela frente.

The ship wherein Theseus and the youth of Athens returned from Crete had thirty oars, and was preserved by the Athenians down even to the time of Demetrius Phalereus, for they took away the old planks as they decayed, putting in new and stronger timber in their places, insomuch that this ship became a standing example among the philosophers, for the logical question of things that grow; one side holding that the ship remained the same, and the other contending that it was not the same.

— Plutarch, *Life of Theseus*

RESUMO

O presente trabalho possui o objetivo de discutir a aplicabilidade do princípio da correlação entre acusação e decisão no âmbito do processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. A hipótese é que, não obstante o silêncio da Lei nº 12.529/2011 sobre a questão, a observância do princípio da correlação é imperativa no âmbito do processo administrativo no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O princípio da correlação foi apresentado como uma decorrência necessária do devido processo legal e, mais imediatamente, das garantias da imparcialidade e do contraditório. A fim de esclarecer o que significa a exigência de correlação entre a acusação e a decisão no processo administrativo concorrencial, foram realizados apontamentos sobre o objeto e a aplicação da regra da identidade do objeto nesse tipo de processo. Além de abordar o princípio da correlação no processo administrativo no CADE de modo geral, foi discutida, especificamente, a questão da possibilidade de mudança da definição de mercado relevante ao longo do processo.

Palavras-Chave: Princípio da Correlação – Direito Concorrencial – Processo Administrativo – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

ABSTRACT

This paper aims at discussing the applicability of the principle of correlation between accusation and decision within the administrative proceedings for the imposition of administrative sanctions for violations of the economic order. The hypothesis is that, despite the silence of Law No. 12.529/2011 regarding this issue, the observance of the correlation principle is imperative within the administrative proceedings before the Administrative Council for Economic Defense (CADE). The correlation principle was presented as a necessary consequence of the due process of law and, more immediately, of the guarantees of impartiality and of an adversarial proceeding. In order to clarify what is meant by the need for correlation between the accusation and the decision in the administrative competition proceedings, notes were made about the object and the application of the rule of identity of the object in this type of proceeding. In addition to addressing the correlation principle in the administrative proceeding before CADE in general, the issue of the possibility of altering the definition of relevant market during the proceeding was specifically discussed.

Keywords: Correlation Principle - Competition Law - Administrative Proceeding - Administrative Council for Economic Defense

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. APLICABILIDADE DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E DECISÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO CADE.....	16
1.2 Devido processo legal	19
1.3 Imparcialidade.....	21
1.3.1 Imparcialidade e sistemas processuais	23
1.4 Contraditório	26
1.4.1 Contraditório formal	26
1.4.2 Contraditório efetivo	27
1.4.2.1 Contraditório efetivo e o direito de influência.....	28
1.4.2.2 Contraditório efetivo e a vedação à decisão surpresa	29
1.4.3 Contraditório e ampla defesa	30
1.5 Correlação entre acusação e decisão	32
1.5.1 Correlação entre acusação e decisão como decorrência do princípio da imparcialidade e do sistema acusatório	34
1.5.2 Correlação entre acusação e decisão como decorrência do contraditório	35
1.6 Conclusão do capítulo.....	36
2. OBJETO E IDENTIDADE DO OBJETO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO CADE.....	38
2.2. Objeto do processo	39
2.2.1 Conteúdo da pretensão processual.....	42
2.2.2 Objeto do processo e objeto de conhecimento do julgador	44
2.3 Pretensão processual administrativa	45
2.4 Aproximação com o processo penal: objeto do processo como objeto da imputação.....	47
2.4.1 Conceito de fato processual.....	50
2.5 Regra da identidade.....	53
2.6 Conclusão do capítulo.....	56
3. A MUDANÇA DA DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO CADE	59
3.2 Mercado relevante	61
3.2.1 A definição de mercado relevante no processo administrativo no CADE	62
3.2.2 A definição de mercado relevante e a categorização dos ilícitos concorrenciais na jurisprudência do CADE	64
3.3 A mudança da definição de mercado relevante e o princípio da correlação.....	67

3.3.1	A definição de mercado relevante como elemento do fato processual.....	69
3.3.2	Independência entre relevância processual e relevância para a configuração de infração à ordem econômica	70
3.3.3	Distinção entre prejuízo à tese defensiva e prejuízo ao exercício do contraditório pela defesa.....	72
3.4	Conclusão do capítulo.....	74
CONCLUSÃO.....		76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		78

INTRODUÇÃO

O princípio da correlação entre acusação e decisão é uma garantia amplamente estudada no direito processual penal, onde é mais comumente chamado de princípio da correlação entre acusação e sentença, mas também de princípio da congruência ou princípio da vinculação temática do juiz.¹ O mesmo princípio é encontrado no âmbito do direito processual civil, campo no qual também recebe diversos nomes.² Esse princípio, em uma acepção genérica, determina que, em regra, deve haver uma correspondência entre a decisão e o objeto do processo, de modo que a decisão deve resolver todo o objeto do processo e apenas o objeto do processo.³ O objeto do processo é definido em sua peça inaugural, ou seja, na denúncia ou queixa-crime no processo penal e na petição inicial no processo civil. A forma como o princípio da correlação é aplicado no processo penal e no processo civil varia, principalmente, em razão do que é, em última instância, considerado o objeto do processo nesses dois âmbitos. Porém, a ideia de que o objeto é definido na peça inicial do processo e que a decisão final do processo deve ser congruente ao objeto permanece a mesma.

O presente trabalho propõe-se a refletir sobre a seguinte pergunta de pesquisa: o princípio da correlação entre acusação e decisão deve ser observado no âmbito do processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica⁴ que tramita perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)? A hipótese é que a resposta deve ser afirmativa, ou seja, que o objeto definido na nota técnica de instauração

¹ A importância desse princípio para o direito processual penal pode ser constatada a partir da verificação dos diversos trabalhos monográficos sobre tema. A título exemplificativo, é possível mencionar: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre Acusação e Sentença**. 5ª ed. rev. atual. e ampl., 2022; CAPELA, Fábio. **A Correlação entre Acusação e Sentença**. Curitiba: Juruá, 2008; MALAN, Diogo Rudge. **A Sentença Incongruente no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003; FERNANDES, Antonio Scarance. A Correlação entre Imputação e Sentença no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 18, nº 85, p. 324-352, jul./ago., 2010.

² Na área do direito processual civil, também é possível encontrar obras dedicadas a tratar precipuamente desse princípio. É possível mencionar, por exemplo: ZOTARELI, Daniel Menegassi. **A Regra da Correlação à Luz do Código de Processo Civil**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020; MACHADO, Marcelo Pacheco. **A Correlação no Processo Civil: Relações entre demanda e tutela jurisdicional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. CÂMARA, Alexandre Freitas. Princípio da Correlação entre Demanda e Sentença no Direito Processual Civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, nº 44, p. 9-19., nov., 2006.

³ OLIU, Alejandro Abal. La Congruencia en la Perspectiva del garantismo Procesal. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 25, nº 99, p. 43-71, jul./set., 2017, p. 44.

⁴ Ao longo deste trabalho, as expressões “processo administrativo no CADE” e “processo administrativo concorrencial” serão utilizadas para fazer referência exclusivamente ao processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. Desse modo, afirmações realizadas utilizando essas expressões não têm a pretensão de serem aplicáveis também a outros tipos de processos e procedimentos que tramitam perante o CADE.

do processo administrativo pela Superintendência-Geral do CADE, que é a peça inaugural do processo administrativo no CADE,⁵ não pode ser posteriormente alterado.

Esclarece-se que, neste trabalho, a questão da correlação entre acusação e decisão será estudada levando em consideração apenas o seu aspecto objetivo, ou seja, o aspecto referente ao objeto do processo. Não será discutido o seu aspecto subjetivo, que se relaciona com mudanças nos polos do processo. Além disso, o foco será a possibilidade de alteração dos fatos imputados, não sendo objeto de enfoque a possibilidade de nova capitulação legal dos fatos imputados.

Enfrentar o problema da correlação entre acusação e decisão no processo administrativo no CADE é relevante tendo em vista que essa questão não é endereçada na Lei nº 12.529/2011 e que pouco se tem escrito sobre o assunto. Isso contribui para que as questões práticas relacionadas ao princípio da correlação surgidas em processos administrativos no CADE sejam enfrentadas com pouca profundidade e sem referência aos fundamentos jurídicos que baseiam as posições adotadas. Isso acontece tanto quando há o reconhecimento da impossibilidade da mudança do objeto do processo administrativo como quando há o entendimento pela sua não ocorrência.

Por exemplo, o problema da mudança do objeto do processo administrativo concorrencial foi enfrentado no voto vogal do Conselheiro Roberto Pfeiffer no Processo Administrativo nº 08012.004086/2000-21, proferido em 2005, no qual os representados alegaram que, apesar de o processo administrativo ter sido instaurado para apurar suposta prática de divisão de mercado por meio da discriminação de preços, passou-se a investigar também a conduta de uniformização de preços. Mesmo sem referência expressa a algum dispositivo legal ou princípio processual específico, o Conselheiro votou pela impossibilidade de alteração do objeto do processo nos seguintes termos:

dou razão às Representadas no que tange à indevida alteração do objeto da demanda. (...) não vislumbrei na nota técnica que precedeu a instauração do Processo Administrativo imputação que falasse em uniformização de preços e vejo uma distância muito grande entre fixação discriminatória de preços para obtenção de uma divisão territorial por um lado e por outro a fixação uniforme de preços, até uma contradição entre você discriminar para alguns clientes e você uniformizar preços, entendendo-as como absolutamente contraditórias.⁶

⁵ Nos termos do artigo 69 da Lei nº 12.529/2011.

⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro Roberto Pfeiffer no Processo Administrativo nº 08012.004086/2000-21. Brasília, 23 de setembro de 2005. Apesar do reconhecimento da ocorrência da mudança do objeto do processo administrativo no caso em questão, assim como da sua inadequação,

Problema relacionado ao princípio da correlação entre acusação e decisão também surgiu nos embargos de declaração no Recurso Voluntário nº 08700.004935/2020-31, interposto contra decisão que indeferiu medida preventiva pleiteada no Processo Administrativo nº 08700.007396/2016-14, instaurado para investigar a prática de cobrança de tarifa comumente conhecida como *Terminal Handling Charge 2*. O Tribunal do CADE havia dado provimento ao recurso voluntário para determinar que a empresa representada se abstivesse de cobrar taxas referentes ao Serviço de Segregação e Entrega de contêineres (SSE). A empresa representante opôs, então, embargos de declaração em face dessa decisão, argumentando que essa havia sido omissa em relação à cobrança de outras taxas. A empresa representada no processo administrativo, por sua vez, argumentou que os embargos de declaração opostos buscavam incluir no escopo da medida preventiva deferida anteriormente taxas que não faziam parte do objeto do processo administrativo. No julgamento dos embargos de declaração em 2021, o voto do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann enfrentou essa questão tão somente com uma referência ao brocardo latino *da mihi factum, dabo tibi ius* (dá-me os fatos que te darei o direito), nos seguintes termos:

a cobrança a título de SSE e/ou “segregação”, a cobranças das taxas “levante”, “armazenagem” e “pesagem” consiste em controvérsia trazida à baila nestes autos, a teor da máxima da mihi factum, dabo tibi ius, como evidenciam as diversas petições protocoladas e os documentos trazidos (e.g., NFs) pela Localfrio, e a decisões emitidas pela SG, considerando-se, ainda que a APM alterou a nomenclatura das cobranças feitas perante a Embargante, conforme mencionado anteriormente. Nesse sentido, afasto a alegação da APM acerca da suposta “extrapolação do escopo da investigação” e dos “elementos ultra petita” dos Embargos, sendo de rigor a análise das cobranças pelos serviços de segregação e/ou SSE, levante, armazenagem e pesagem nestes autos.⁷

Esses julgados, entre outros que poderiam ser citados,⁸ demonstram a relevância de uma análise mais detida da incidência do princípio da correlação no processo administrativo concorrencial.

o Conselheiro Roberto Pfeiffer entendeu que isso não implicava a nulidade do processo, uma vez que subsistia a alegação quanto à divisão de território por meio da discriminação de preços. Mesmo com a divergência do Conselheiro Roberto Pfeiffer em relação à fundamentação, o Conselheiro, na conclusão de seu voto, acompanhou o voto do Relator, que reconheceu a ocorrência de fixação de preços de revenda. A decisão foi tomada por maioria, nos termos do voto do Relator. Os demais membros do Tribunal do CADE sequer abordaram a questão da mudança do objeto do processo em seus votos.

⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann nos embargos de declaração no Recurso Voluntário nº 08700.004935/2020-31. Brasília, 11 de março de 2021. O voto do Conselheiro foi unanimemente acompanhado pelo Tribunal do CADE.

⁸ Questões relacionadas ao problema da correlação entre acusação e decisão também foram enfrentadas, por exemplo, nos seguintes votos: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto da Conselheira Ana Frazão nos embargos de declaração no Processo Administrativo nº 08000.009354/1997-82. Brasília, 25 de fevereiro de 2015; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. da Conselheiro Lenisa Prado no

Tendo em vista que a temática do princípio da correlação é consideravelmente menos desenvolvida no âmbito do direito processual administrativo,⁹ o enfretamento da pergunta posta inevitavelmente requererá a realização de aproximações com estudos realizados nas searas do direito processual penal e do direito processual civil. Neste trabalho, deu-se preferência às aproximações com o direito processual penal, não apenas em razão da reconhecida similaridade entre o direito administrativo sancionador e o direito penal,¹⁰ mas também pelo fato de que, como será demonstrado ao longo do texto, os estudos sobre o objeto do processo penal são mais úteis para auxiliar na definição do objeto do processo administrativo concorrencial.

Depois de serem realizadas considerações gerais sobre o princípio da correlação entre acusação e decisão no processo administrativo no CADE, o trabalho se voltará para uma questão mais específica, que é mudança na definição de mercado relevante durante o curso do processo administrativo. Os principais apontamentos realizados nessa etapa do texto têm a pretensão de serem aplicáveis tanto em casos de condutas coordenadas quanto em casos de condutas unilaterais. O objetivo dessa parte do trabalho é dúplice: demonstrar uma aplicação mais específica e concreta de ideias trabalhadas primeiramente de forma mais geral e abstrata e retratar a relevância prática da questão discutida.

A escolha pelo foco na alteração da definição de mercado relevante se deu por três motivos que fazem da mudança da definição de mercado relevante um foco proveitoso para a discussão sobre a correlação entre acusação e decisão no âmbito do processo administrativo no CADE. O primeiro deles é a importância do conceito de mercado relevante no direito concorrencial. O segundo é o fato de, em outras jurisdições, decisões de autoridades concorrenciais já terem sido anuladas judicialmente em razão de a decisão final da autoridade ter mudado o escopo dos mercados afetados pela conduta investigada que havia sido definido em uma etapa anterior do processo administrativo. O terceiro fator motivador é o Tribunal do

Processo Administrativo nº 08700.008751/2015-83. Brasília, 24 de fevereiro de 2021; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro Celso Femandes Campilongo no Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05. Brasília, 9 de janeiro de 2002.

⁹ Isso não significa, entretanto, que o princípio é completamente negligenciado nos estudos do processo administrativo. Por exemplo, o princípio da congruência é apontado como aplicável ao processo administrativo em FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 4ª ed. rev. atual. e ampl., 2020, p. 349-350. A ideia de que deve haver uma congruência entre a decisão e o “conteúdo do processo” é expressa em: MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais, a Lei nº 9.784/199 e o Código de Processo Civil/2015**. 5ª ed. atual., rev. e aum. de acordo com o Código de Processo Civil/2015. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 433.

¹⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Sancionador e Penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza e JÚNIOR, Laerte I. Marzagão (coords.). **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 107-111.

CADE já ter se manifestado pela possibilidade de mudança da delimitação de mercado relevante durante o curso do processo administrativo, em aparente conflito com o princípio da correlação.

O primeiro capítulo demonstrará como o princípio da correlação entre acusação e decisão pode ser considerado uma decorrência do devido processo legal e um corolário de ao menos duas outras garantias processuais cujas as aplicações no âmbito do processo administrativo no CADE dificilmente poderiam ser questionadas: as garantias da imparcialidade e do contraditório. Após considerações iniciais sobre a aplicação do devido processo legal no âmbito da atividade administrativa, serão analisados os conteúdos das garantias da imparcialidade e do contraditório, bem como as relações de cada uma dessas garantias com o princípio da correlação.

O segundo capítulo, que ainda tratará da aplicação do princípio da correlação no processo administrativo no CADE em termos gerais, buscará definir mais precisamente o que significa dizer que deve haver uma correlação entre acusação e decisão no processo administrativo concorrencial. Essa questão liga-se ao problema da chamada “regra de identidade do objeto do processo”, cujo o enfrentamento requererá, primeiramente, a definição do objeto do processo administrativo concorrencial. Tendo em vista que os estudos sobre o objeto do processo são pouco desenvolvidos no direito processual administrativo, essa parte do trabalho partirá, inicialmente, de conclusões alcançadas no âmbito do direito processual civil, onde se deram os primeiros estudos profundos sobre o objeto do processo. A partir do momento em que os apontamentos realizados pelos processualistas civis se mostrarem de pouca utilidade para a definição mais precisa do objeto do processo administrativo no CADE, será proposto um paralelo com os estudos desenvolvidos no âmbito do direito processual penal.

O terceiro capítulo tratará especificamente da questão da mudança na definição de mercado relevante durante o curso do processo administrativo no CADE. Nesse capítulo, será realizado o estudo de um caso, o Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64, no qual o Tribunal do CADE se manifestou pela possibilidade de alteração da definição de mercado relevante após a instrução processual. O principal objetivo desse capítulo é realizar um cotejo dos diversos argumentos apresentados pelo Tribunal do CADE para justificar a viabilidade de se alterar a delimitação de mercado relevante com as ideias desenvolvidas nos dois primeiros capítulos para, a partir daí, realizar alguns apontamentos relevantes sobre a questão.

Ao final, será realizada uma conclusão geral sobre as principais ideias desenvolvidas ao longo do trabalho.

1. APLICABILIDADE DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E DECISÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO CADE

O princípio da correlação entre acusação e decisão, que exige uma correspondência entre a decisão e o objeto do processo, definido em sua peça inicial, é amplamente conhecido, debatido e aplicado no âmbito do direito processual penal. A ideia subjacente ao princípio encontra-se inscrita em conhecidos adágios: *sententia debet esse conformis libello* (a sentença deve mostrar-se congruente ao pedido), *non valet sententia lata de re non petita* (não vale a sentença proferida sobre o que não se pediu), e *ne eat iudex ultra – et extra – petitum partium* (não vá o juiz além, ou fora, do pedido das partes). Pela doutrina moderna, o princípio da correlação já foi apontado como inserto no centro de toda a problemática do devido processo penal brasileiro.¹¹ A relevância do princípio da correlação no processo penal também é reconhecida pela jurisprudência pátria. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que

Ninguém pode ser punido por fato que não lhe foi irrogado, eis que a denúncia fixa os limites da atuação do magistrado, que não poderá decidir além ou fora da imputação, sob pena, como visto, de violação ao princípio da congruência, ou correlação entre acusação e sentença penal. (...) Trata-se de relevante princípio processual, assim como o contraditório, a ampla defesa, a inércia da jurisdição e o devido processo legal.¹²

Apesar da importância do princípio da correlação para o direito processual penal, não há regra alguma, no Código de Processo Penal (CPP), estabelecendo explicitamente que a sentença deve ser congruente ao objeto do processo. No entanto, ao tratar da legislação processual penal, o legislador preocupou-se, ao menos, em estabelecer, no artigo 384 do CPP, que, caso seja demonstrado, durante a instrução processual, que a peça acusatória deixou de definir o objeto do processo adequadamente, caberá ao órgão acusador aditar a denúncia ou queixa, alterando o objeto do processo. Tendo em vista a insuficiência da lei processual penal para lidar com todos os problemas envolvendo a correlação entre acusação e decisão, tem sido apontado que, quando esses problemas não puderem ser resolvidos com base na previsão legal, devem ser resolvidos com base nos princípios processuais constitucionais¹³ e diversos trabalhos

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 25.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 129.284. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 17 de outubro de 2017.

¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. op. cit., 2010, p. 344; BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 149-150.

têm sido desenvolvidos para demonstrar como esses problemas devem ser endereçados adequadamente.¹⁴

Já no âmbito da Lei nº 12.529/2011, além de não haver previsão determinando expressamente que a decisão do Tribunal do CADE deve guardar correlação com a acusação feita pela Superintendência-Geral do CADE, sequer há regra similar à prevista no artigo 384 do CPP, a qual exige o aditamento da denúncia ou queixa-crime para que haja a inclusão de um fato novo no objeto do processo.

A insuficiência da legislação concorrencial brasileira no tocante ao tema poderia ser mitigada, como ocorre no processo penal, com o desenvolvimento de estudos doutrinários sobre o assunto, que demonstrassem como as diversas questões práticas relacionadas ao princípio da correlação podem ser resolvidas à luz dos princípios processuais. Porém, verifica-se que em relação ao processo administrativo no CADE, e aos processos administrativos sancionadores em geral, não há um corpo de estudos robusto que aponta imediatamente para a necessidade de aplicação do princípio da correlação entre acusação e decisão.

A ausência de estudos sobre a aplicabilidade da correlação entre acusação e decisão no processo administrativo sancionador pode ser vista como um sintoma do fato, constatado por Helena Regina Lobo da Costa, de que a evolução do direito administrativo sancionador positivo no Brasil ocorreu de forma desvinculada ao desenvolvimento de uma teoria geral desse fenômeno.¹⁵ Como apontado pela autora, a atividade sancionatória administrativa foi comumente tratada pela doutrina nacional como uma manifestação do poder de polícia, sem o devido aprofundamento sobre questões como as características do ilícito administrativo, os limites do poder sancionatório estatal, a natureza da sanção e, o ponto mais relevante para o presente trabalho, as garantias processuais correspondentes.

Ao mesmo tempo em que é possível se constatar a ausência de uma teoria geral própria do direito administrativo sancionador, é possível notar a proximidade desse ramo do direito com o ramo do direito penal, tendo em vista os institutos jurídicos com que ambos trabalham,¹⁶

¹⁴ Uma análise detida de como os problemas relacionados à correlação entre acusação e decisão podem ser resolvidos com base em princípios processuais pode ser encontrada em: BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 121-133.

¹⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. op. cit., 2014, p. 110.

¹⁶ Ibidem, p. 112; BAROSSO, Luís Roberto. Devido Processo Legal e Direito Administrativo Sancionador: Algumas Notas Sobre os Limites à Atuação da SDE e do Cade. In: RODAS, João Grandino (coord.). **Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 118-122.

esse segundo ramo sim com uma teoria geral, tanto sobre direito material quanto sobre direito processual, desenvolvida ao longo de séculos. Especificamente no âmbito processual, a similaridade entre o processo administrativo sancionador e o processo penal, decorrente do fato de ambos os processos buscarem averiguar a ocorrência de um ilícito (de caráter administrativo, em um caso, e penal, no outro), ponderar as circunstâncias em que o ilícito ocorreu e aplicar as sanções pertinentes ao culpado pela prática do ilícito, é constatada, ao menos, desde a primeira metade do século passado.¹⁷

A similaridade entre o direito administrativo sancionador e o direito penal tem sido utilizada para justificar a aplicação de institutos e garantias tipicamente consideradas como sendo de direito penal e de direito processual penal no âmbito do processo administrativo sancionador em geral,¹⁸ bem como no contexto específico do processo administrativo no CADE.

Nesse sentido, Ana Frazão, em livro sobre o direito da concorrência, defende que o direito administrativo sancionador deve ser guiado pelas garantias típicas do direito penal.¹⁹ Vicente Bagnoli e José Inácio Gonzaga Franceschini, ao tratarem especificamente dos processos administrativos no CADE, afirmam que a “*proximidade entre as instituições penais e administrativas e os respectivos ilícitos, inegavelmente, tende a ocasionar a aplicação, em certas situações, de princípios e institutos jurídicos do Direito Penal e do Processo Penal no Direito Administrativo*”.²⁰ Também em obra afeita ao direito concorrencial, Paulo Burnier aponta que alguns princípios do direito penal, dentre eles princípios processuais, ganham relevo no terreno do direito administrativo sancionador.²¹

¹⁷ Essa similaridade é apontada, por exemplo, por Villar y Romero: em VILLAR Y ROMERO, José Maria. **Derecho Procesal Administrativo: procedimiento administrativo. recursos de agravios y procedimiento contencioso administrativo**. 2ª ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948., p. 55.

¹⁸ Alguns autores destacam que isso não significa a aplicação de artigos das legislações penais ao processo administrativo sancionador. Nesse sentido: NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2006, p. 166. Outros autores afirmam que isso sequer significa a aplicação de princípios do direito penal e do processo penal no processo administrativo sancionador, mas sim a aplicação de princípios que regem toda a manifestação do poder punitivo estatal. A propósito: DE MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 105.

¹⁹ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 259.

²⁰ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Direito concorrencial**. Coleção tratado de direito empresarial, vol. 7. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 723.

²¹ SILVEIRA, Paulo Burnier da. O Direito Administrativo Sancionador e o Princípio Non Bis In Idem na União Europeia: Uma releitura a partir do caso “grande stevens” e os impactos na defesa da concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, vol. 2, nº 2, p. 5-22, 2014, p. 16.

O objetivo desse capítulo é questionar se a correlação entre acusação e decisão é um desses institutos trabalhados tipicamente no âmbito do direito processual penal cuja aplicação no âmbito do processo administrativo sancionador é não somente possível, mas devida, como já defendido em alguns trabalhos.²² O foco, tendo em vista o escopo do trabalho, será a aplicação desse princípio em um tipo específico de processo administrativo sancionador, que é o processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica.

Feitas essas considerações iniciais, partir-se-á, a seguir, de uma análise da cláusula do processo devido legal, para, passando pelas importantes garantias processuais que dela decorrem, chegar-se até a necessária aplicação do princípio da correlação entre acusação e decisão no âmbito do processo administrativo no CADE. Optou-se por focar no princípio da correlação como uma decorrência imediata dos princípios da imparcialidade e do contraditório, que já foram apontados como sendo os princípios mais importantes do processo penal moderno,²³ e que, como será defendido a seguir, também devem ser considerados de suma relevância para o processo administrativo concorrencial.

1.2 Devido processo legal

A Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez na história constitucional brasileira, contemplou uma cláusula de devido processo legal. O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O devido processo legal se presta a limitar o poder estatal e estabelecer garantias aos indivíduos diante de todas as manifestações do Estado, incluindo a Administração Pública.²⁴

Uma das principais consequências da necessária observância do devido processo legal no exercício das atividades administrativas é a constatação de que há “a substituição do ato

²² GUARDIOLA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios Processuais No Direito Administrativo Sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, vol. 109 p. 773-793, jan./dez., 2014, p. 786.

²³ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

²⁴ BAROSSO, Luís Roberto. op. cit., 2012, p. 113.

*pelo processo como principal categoria operativa da dogmática administrativa*²⁵ ou, em outras palavras, *“exigência de atuação administrativa mediante processualidade”*.²⁶ Ada Pellegrini Grinover destaca a ênfase dada, no direito administrativo contemporâneo, à noção de processualidade que, além de transpor os princípios do devido processo legal para a atuação administrativa, fixa imposições mínimas relacionadas ao *modus operandi* da administração.²⁷

Ao menos para a atividade estatal que pode resultar em privação de liberdade ou bens, incluída aqui a atividade sancionadora da Administração Pública, a Constituição Federal estabelece expressamente que deve haver a observância de processo estabelecido em lei. Além disso, o texto constitucional não se satisfaz com a simples observância de um processo legalmente previsto, é necessário se observar o denominado devido processo legal, que possui determinadas exigências.²⁸

Segundo Nelson Nery Jr., o devido processo legal é *“o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécie”*.²⁹ Em sentido parecido, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco entendem que o devido processo legal *“pode ser desdobrado em um rico leque de garantias específicas”*.³⁰ Diferentes autores costumam elencar diferentes princípios e garantias como corolários do devido processo legal no âmbito do direito processual civil, do direito processual penal e do direito processual administrativo.

Embora diversos princípios e garantias possam ser considerados como decorrências do devido processo legal, a Lei nº 12.529/2011 faz referência expressa somente ao contraditório e a ampla defesa. Apesar disso, deve-se entender que todas as garantias do devido processo legal são aplicáveis ao processo administrativo em que há litigantes, especialmente aos processos administrativos sancionadores,³¹ como é o caso do processo administrativo no CADE.

²⁵ BINENBOJM, Gustavo. O Direito Administrativo Sancionador e o Estatuto Constitucional do Poder Punitivo Estatal Possibilidades, Limites e Aspectos Controvertidos da Regulação do Setor de Revenda de Combustíveis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, p. 468-491, 2014, p. 480.

²⁶ MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 79.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 21.

²⁸ DE MELLO, Rafael Munhoz. op. cit., 2007, p. 225.

²⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 6ª ed. São. Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 31.

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Mealheiros Editores, 2009, p. 89.

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., 2016, p. 22.

Abordando essa questão especificamente no âmbito do direito concorrencial, Vicente Bagnoli e José Inácio Gonzaga Franceschini defendem que o processo administrativo no CADE não pode caminhar de modo contrário às normas constitucionais, de modo que a Lei nº 12.529/2011 está (ou ao menos deveria estar) ancorada em todas as garantias do devido processo legal.³² Além disso, os autores destacam o fato de que a Lei nº 9.784/1999, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo no CADE,³³ estabelece em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso I, que, nos processos administrativos, deve ser observada a atuação conforme a lei e o Direito. Segundo os autores:

A norma infraconstitucional subsidiária consagrada na Lei de Processo Administrativo não teve o condão, de, tão somente, garantir o direito do acusado de infração à ordem econômica à ampla defesa e ao contraditório, mas, antes, de consagrar o *due process of law* em sua inteireza, do qual aqueles direitos são apenas corolários, embora, como outros, de vital importância.³⁴

A constatação de que todas as garantias derivadas do devido processo legal são aplicáveis ao processo administrativo para a imposição de sanções por infrações à ordem econômica não é suficiente para afirmar, ao menos de forma automática e acima de qualquer dúvida razoável, que esse tipo de processo deve observar o princípio da correlação entre acusação e decisão. É necessário se admitir que o princípio da correlação entre acusação e decisão não é unanimemente elencado como uma decorrência imediata do devido processo legal.

Não obstante a isso, é possível argumentar, como se fará a seguir, que a correlação entre acusação e decisão é uma consequência necessária de outras garantias processuais que muito dificilmente poderiam deixar de ser identificadas como corolários do devido processo legal e cujas aplicações no âmbito do processo administrativo no CADE já foram mais amplamente reconhecidas: o princípio da imparcialidade e o princípio do contraditório.

1.3 Imparcialidade

O texto constitucional não prevê expressamente o princípio da imparcialidade, seja no âmbito do processo judicial ou do processo administrativo. No entanto, em relação ao processo judicial, a Constituição, visando a garantir o julgamento por um juiz imparcial, estabeleceu que

³² BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. op. cit., 2018, p. 728.

³³ Nos termos do artigo 115 da Lei nº 12.529/2011.

³⁴ BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. op. cit., 2018, p. 727.

as partes devem ser julgadas pelo juiz natural, em seu artigo 5º, XXXVII e LIII, e estabeleceu vedações aos magistrados, em seu artigo 95, parágrafo único.

Para além das previsões constitucionais voltadas a assegurar a imparcialidade do juiz, é notado pela doutrina que um juiz parcial seria uma contradição em termos.³⁵ Sendo o processo um método de heterocomposição de conflitos, isso é, um método no qual o conflito é solucionado por um terceiro, não pelas partes, é fundamental que o processo seja decidido por alguém que é imparcial (ou seja, não parte).³⁶

Desse modo, firmou-se entendimento no sentido de que a imparcialidade seria uma garantia constitucional implícita.³⁷ Além disso, como nota Ada Pellegrini Grinover, “*a Constituição assegura, expressamente, o devido processo legal, do qual deflui, inegavelmente, o direito a um juiz imparcial*”.³⁸ Nelson Nery Júnior, que também enxerga a imparcialidade como uma decorrência do devido processo legal, aponta a sua aplicabilidade ao processo administrativo concorrential.³⁹ Já foi destacada a inutilidade de um processo administrativo se não se garantisse aos litigantes a imparcialidade na tomada de decisão.⁴⁰

Para buscar assegurar a imparcialidade do órgão julgador, é importante que as situações que possam levantar suspeitas de parcialidade sejam previstas e vedadas.⁴¹ Em relação ao processo administrativo, isso foi feito por meio do artigo 18 da Lei nº 9.784/1999,⁴² aplicável subsidiariamente aos processos que tramitam perante o CADE, que estabelece hipóteses de impedimento da atuação de servidor ou autoridade no âmbito do processo administrativo.

Porém, para garantir que o julgador se porte de maneira imparcial, não basta criar hipóteses de impedimento e suspeição. É necessário também que a disciplina do processo adotada permita a preservação da imparcialidade do julgador,⁴³ uma vez que a própria maneira

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo: III série: estudos e pareceres de processo penal**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 198.

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 40.

³⁷ Ibidem, p. 40.

³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., 2013 p. 198.

³⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Impedimento e suspeição de conselheiro do CADE no processo administrativo da concorrência. **Revista de Processo**, vol. 100, out./dez., 2000, p. 211-213.

⁴⁰ FERRAZ, Sergio e Dallari, Adilson Abreu. op. cit., 2020, p. 349-350.

⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2015, p. 40.

⁴² Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I - tenha interesse direto ou indireto na matéria; II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 373.

como o processo é conduzido pode comprometê-la. A seguir será abordada a relação entre as condições para a efetivação da imparcialidade e os sistemas processuais.

1.3.1 Imparcialidade e sistemas processuais

A distinção tradicional entre sistemas processuais adotada no âmbito do processo penal e também usualmente aplicada no contexto de processos administrativos sancionadores baseia-se na separação entre sistemas inquisitórios e sistemas acusatórios. Como será visto a seguir, ao longo do tempo, o primeiro desses sistemas foi considerado como mais, e o segundo como menos, garantidor da imparcialidade do julgador.

O sistema inquisitório, que tem sua origem histórica no modelo adotado pelo direito canônico a partir do século XIII,⁴⁴ surge com a finalidade máxima de alcançar a verdade real. Para atingir a verdade real, todos os meios de prova, inclusive a tortura, eram considerados admissíveis no contexto de um inquisitório.⁴⁵

É comum distinguir o sistema inquisitório do acusatório com base na titularidade atribuída ao órgão da acusação: no modelo inquisitorial as funções de acusar e julgar são congregadas em uma só pessoa ou órgão, ao contrário do que acontece no sistema acusatório, no qual há pessoas ou órgãos distintos responsáveis por cada um desses papéis.⁴⁶

Em um processo inquisitório, o acusado não é enxergado como sujeito que atua e tem o direito de intervir no processo, mas meramente como o objeto de investigação.⁴⁷ Uma vez que não é necessário ou desejável que o acusado interfira no processo, sequer há necessidade de publicidade dos atos processuais.⁴⁸ No contexto do processo inquisitório, não é a participação das partes que legitima a decisão alcançada ao final do processo, mas a suposta justiça e

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 31-32.

⁴⁵ MALAN, Diego Ruge. op. cit., 2003, p. 63-64; REZENDE. Maurício Correa de Moura. Mecanismos Inquisitivos do Processo Administrativo Disciplinar Federal (Lei Federal nº 8.112/1990). **Revista de Direito Administrativo: RDA**, Rio de Janeiro, nº 274, p. 235-272, jan./abr., 2017, p. 240.

⁴⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey 2005., p. 8.

⁴⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 32.

⁴⁸ REZENDE. Maurício Correa de Moura. op. cit., 2017, p. 240-241.

correção da decisão construída com base na verdade real. É por esse motivo que, como aponta Maurício Correa de Moura Rezende, o sistema inquisitório

faz do julgador própria parte do processo, interessado no resultado da demanda, e empenhando esforços em achar todos os elementos que possam garantir que o julgamento final seja o melhor, o mais aperfeiçoado, mais completo juízo que se possa ter, diante de uma apreensão o quão mais holística possível dos fatos.⁴⁹

A principal crítica ao sistema inquisitório é o comprometimento da imparcialidade do julgador. É comumente apontado pela doutrina que o sistema inquisitório incide em um “erro psicológico” ao assumir que uma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como acusar e julgar.⁵⁰ Segundo Gustavo Badaró, a quebra da imparcialidade decorre do fato de o julgador que formula a acusação vincular-se psicologicamente à causa, perdendo a objetividade no julgamento.⁵¹ Essa vinculação ocorre porque, em um sistema inquisitório, a convicção sobre a culpabilidade do réu é formada aprioristicamente na mente do inquisidor, que passa então a investigar a hipótese já formulada tão somente para corroborar o juízo negativo que formulou sobre o acusado.⁵²

As mesmas preocupações da doutrina processual penal sobre a acumulação das funções de acusar e julgar em um único órgão são refletidas nos estudos do direito processual administrativo. Por exemplo, Marçal Justen Filho, ao tratar de processos administrativos, afirma que “[é] usual que o desenvolvimento da investigação produza o surgimento de sentimentos inconscientes acerca da condenação ou da absolvição, o que se traduz em redução da objetividade da avaliação do caso concreto”.⁵³

No âmbito específico do direito concorrencial, já foi apontado, em outras jurisdições nas quais as funções de investigar, acusar e julgar são aglutinadas na mesma autoridade, que a autoridade concorrencial opera com um viés acusatório. Uma das razões apontadas para isso é a existência de um viés confirmatório, ou seja, a tendência psicológica de procurar evidências que confirmam uma crença pretérita.⁵⁴ Esse problema certamente é agravado caso, além de serem desempenhadas pela mesma autoridade, as funções de julgar e acusar sejam realizadas

⁴⁹ Ibidem, 243.

⁵⁰ MALAN, Diego Ruge. op. cit., 2033, p. 68.; LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 42.

⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 433.

⁵² MALAN, Diego Ruge. op. cit., 2003, p. 63.

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., 2014, p. 366; DE MELLO, Rafael Munhoz. op. cit., 2007, p 230-233.

⁵⁴ WILS, Wouter P.J.. The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: a legal and economic analysis. **World Competition**, vol 27, nº 2, p. 201-224, 2004.

pelo mesmo órgão da autoridade. No contexto do direito concorrencial brasileiro, a concentração de funções em um único órgão já foi apontada como sendo problemática.⁵⁵

Embora não seja o foco deste tópico, vale destacar que, além de quebrar a imparcialidade do julgador, é possível se considerar o sistema inquisitório como incompatível com o contraditório. Nesse sentido, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco chamam o processo inquisitório de um processo “não contraditório”.⁵⁶ Similarmente, Aury Lopes Jr. ressalta que, em um sistema inquisitório, “*não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória*”.⁵⁷

Em contraposição ao sistema inquisitório, há o sistema acusatório, que tem como uma de suas principais características a separação das funções de acusar e julgar em figuras distintas. A instituição de um sistema acusatório serve, ao menos, a dois propósitos.

Primeiramente, o sistema acusatório visa a garantir que o órgão julgador atue de forma imparcial.⁵⁸ Com a finalidade de resguardar a imparcialidade do órgão julgador, esse deve se abster de qualquer ato que possa ensejar um pré-julgamento e deve se manter, durante todo o curso do processo, uma equidistância das teses apresentadas pelas partes.⁵⁹ Conforme Jacinto Coutinho, o sistema acusatório deixa pouco espaço para que o juiz primeiramente decida para depois sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a versão dos fatos que fundou a sua decisão.⁶⁰ Nos estudos sobre o processo administrativo, tal como nos estudos sobre o processo penal, tem sido destacada a importância da separação dos órgãos acusadores e julgadores para garantir a imparcialidade do julgador.⁶¹

Além disso, apenas em um sistema acusatório as partes possuem efetivas condições de influenciar o convencimento do julgador. Desse modo, além de criar condições para que o

⁵⁵ Nesse sentido, Guilherme Favaro Corvo Ribas aponta que a acumulação, na Superintendência-Geral do CADE, das funções de investigador, acusador e julgador das matérias de sua competência, o que engloba todas as questões a serem decididas durante a instrução probatória, antes do processo ser remetido ao Tribunal do CADE para julgamento, gera impactos negativos no processo administrativo no CADE, estando entre esses o comprometimento da imparcialidade do órgão, em: RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **Processo Administrativo de Investigação de Cartel**. São Paulo: Singular, 2016, p. 168-176.

⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRIONVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. op. cit., 2009, p. 64.

⁵⁷ LOPES JR, Aury. op. cit., 2015, p. 42.

⁵⁸ Ibidem, 2015, p. 44.

⁵⁹ MALAN, Diogo Rudge. op. cit., 2003, p. 87.

⁶⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. op. cit., 2001, p. 32.

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., 2014, p. 366.

jugador atue de maneira imparcial, o sistema acusatório pode ser entendido como um pressuposto necessário para o exercício do contraditório,⁶² que será abordado a seguir.

1.4 Contraditório

A ideia de contraditório era tradicionalmente associada ao processo judicial.⁶³ Contudo, qualquer discussão doutrinária sobre a sua incidência ou não no âmbito do processo administrativo foi posta a termo, uma vez que a Constituição Federal de 1988 garantiu o contraditório, bem como a ampla defesa, aos litigantes em processo administrativo. Além disso, embora não fosse necessário, tendo em vista a previsão constitucional, a Lei nº 12.529/2011 prevê expressamente que processo administrativo para a imposição de sanções por infrações à ordem econômica é um processo em contraditório.

Hodiernamente, a garantia do contraditório possui posição de notável prestígio e relevância, sendo apontada como essencial para a regularidade do processo e para a justiça das decisões.⁶⁴ Ilustra bem esse ponto o pronunciamento de Ada Pellegrini Grionver, ao tratar da incidência do contraditório no âmbito do processo administrativo, no sentido de que “[s]em que o diálogo entre as partes anteceda ao pronunciamento estatal, a decisão corre o risco de ser unilateral, ilegítima e injusta: poderá ser um ato de autoridade, jamais de verdadeira justiça”.⁶⁵ Entretanto, esse não foi sempre o caso. Essa posição de primazia do contraditório é fruto de uma ressignificação que esse princípio sofreu nas últimas décadas. Breves comentários sobre a evolução da significação do contraditório, bem como apontamentos sobre a sua relação com o princípio da ampla defesa, serão realizados abaixo.

1.4.1 Contraditório formal

O modelo processual que se consolidou na Europa ao longo dos séculos XVII e XVIII buscou estabelecer a concepção do juiz como um burocrata e da atividade jurisdicional como

⁶² LOPES JR, Aury. op. cit., 2015, p. 43-44; MALAN. Diogo Rudge. op. cit., 2003, p. 87.

⁶³ MEDAUAR, Odete. p. cit., p. 97.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 538.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., 2016, p. 23.

algo previsível, fungível e controlável.⁶⁶ Isso implicou um distanciamento da dialética e uma desconfiança em relação ao diálogo, valorizados em outros momentos da história processual europeia.⁶⁷ Desse modo, até o final do século XIX, momento histórico em que ainda perdurava a concessão de amplos poderes instrutórios e da direção formal do processo ao juiz, com pouca valorização da atuação das partes, o contraditório se resumia ao que ficou conhecido pelo binômio informação-reação ou informação-manifestação.⁶⁸ Os dois componentes do binômio são explicados por Antônio Passo Cabral nos seguintes termos:

O primeiro braço deste binômio é o direito de informação (Recht auf Benachrichtigung). Com efeito, o contra-ataque de um dos sujeitos do processo depende da ciência necessária do gravame sofrido ou potencial, sendo absolutamente imperativo o conhecimento acerca da realização e consequência dos atos processuais, materializado pelos mecanismos de comunicação previstos no processo, notadamente a citação, as intimações e as cartas (rogatória, precatória e de ordem). Ligado à ciência dos atos está o segundo polo que compõe o núcleo essencial do princípio, a garantia de expressão (ou de reação) no processo (Recht auf Äusserung [sic] [recte Äußerung]). As partes têm direito de manifestar-se sobre os elementos fáticos e jurídicos contidos nos autos, sendo-lhes facultadas as vias oral e escrita através de seus advogados ou mesmo pessoalmente quando dispensada a capacidade postulatória.⁶⁹

Ou seja, para assegurar o contraditório, de acordo com essa visão, basta que as partes sejam informadas de todos os atos processuais praticados e a que as partes tenham a oportunidade de se manifestar em face desses atos. Não há qualquer tentativa de garantir que as manifestações surtam algum efeito sobre o provimento final a ser dado pelo Estado. Posteriormente, a concepção de contraditório, fundada no binômio informação-reação, que ficou conhecida como a ideia de “contraditório formal”, passou a ser considerada como sendo insuficiente.

1.4.2 Contraditório efetivo

O surgimento e o desenvolvimento da compreensão de que o contraditório como a mera ciência dos atos do processo e a possibilidade de contraditá-los é indevidamente limitada, assim como a busca por uma nova concepção de contraditório, são relacionadas por muitos autores

⁶⁶ PEIXOTO, Ravi. Os caminhos e descaminhos do princípio do contraditório: a evolução histórica e a situação atual. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 294, p. 121-145, ago., 2019, p. 125.

⁶⁷ Ibidem, p. 122-125.

⁶⁸ ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório Participativo: evolução, impactos no processo civil e restrições. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 279, p. 19-40, mai., 2019, p. 22.

⁶⁹ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 126, ago., 2005, p. 61.

com o desenvolvimento de uma democracia participativa⁷⁰ ou de uma democracia deliberativa.⁷¹ Independentemente de como se queria denominar a teoria democrática que resultou em uma revitalização do contraditório, o fato é que se passou a perceber que as decisões são atos de poder, imperativos e inevitáveis, independentemente das vontades de seus destinatários, de modo que os seus efeitos apenas podem ser considerados democraticamente legítimos se seus destinatários tiverem tido a oportunidade de participar de sua formação.⁷²

Firmou-se a ideia de que, em uma democracia, o exercício do poder legitima-se por meio do debate, do diálogo, da troca de argumentos racionais.⁷³ Desse modo, uma decisão tomada ao fim de um processo desconsiderando a argumentação apresentada pelas partes carece de legitimidade em um âmbito verdadeiramente democrático. Diante dessa perspectiva, foi alcançado o entendimento de que pouco valem as manifestações das partes no processo se as manifestações não são levadas em consideração pelo órgão julgador.

1.4.2.1 Contraditório efetivo e o direito de influência

A partir do aumento de influências de teorias democráticas focadas na participação e na deliberação sobre os estudos acerca do processo, buscou-se não um contraditório formal, mas um contraditório efetivo. Um contraditório efetivo não é satisfeito apenas com o binômio informação-reação, o “conteúdo mínimo do contraditório”, mas requer outros elementos, com destaque para o direito de influência.⁷⁴

Entende-se atualmente que é necessário que as manifestações das partes tenham o real poder de influenciar na decisão adotada ao final processo. Desse modo, contraditório não passa a ser apenas conhecer e reagir, mas também “*participar do processo e influir nos seus rumos*”.⁷⁵ Nesse sentido, Gilmar Mendes, ao tratar do contraditório, soma ao direito de informação e ao direito de manifestação o “*direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf*

⁷⁰ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2019, p. 126-127.

⁷¹ CABRAL, Antonio do Passo. op. cit., 2005, p. 62, nota de rodapé 6.

⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II, 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 32.

⁷³ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2019, p. 126-127.

⁷⁴ Ibidem, p. 127.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. op. cit., 2022, 539.

Berücksichtigung), *que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas*”.⁷⁶

Disso decorre que o contraditório não permanece se dirigindo apenas as partes, mas também ao julgador,⁷⁷ que passa a ser obrigado a levar em consideração a argumentação das partes.⁷⁸ Além disso, não é suficiente que o juiz considere em seu íntimo a argumentação apresentada pelas partes, ele também é obrigado a explicitar suas razões e expor por que motivo rejeitou os argumentos das partes, caso o tenha feito, que conduziram à conclusão oposta.⁷⁹ Assim, há uma revalorização do diálogo, que faz com que o julgador passe a ser, também, participante do diálogo processual.⁸⁰

1.4.2.2 Contraditório efetivo e a vedação à decisão surpresa

Uma outra decorrência do contraditório efetivo, intimamente relacionada com o direito de influência, é a proibição do julgador decidir com base em fundamentos em relação aos quais as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar, ou seja, a vedação à “decisão surpresa” ou “de terceira via”.⁸¹

Durante certo tempo, foi comum entender-se que as decisões deveriam ser construídas exclusivamente pelo julgador, noção essa refletida nos famosos brocardos latinos *iura novit curia* (o juiz conhece o direito) e *da mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos que te darei o direito).⁸² É possível perceber que uma decisão baseada em um fundamento sobre o qual as partes não se manifestaram é simplesmente a convicção inicial, ou, em outros termos, a preconceção, do julgador. Decisões construídas dessa forma são incompatíveis com a concepção do contraditório como garantia de influência nas decisões, uma vez que, sob a

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET, Pedro Branco. **Curso de Direito Constitucional**, 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 483.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. op. cit. 2022, p. 539.

⁷⁸ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2019, p. 128.

⁷⁹ ROQUE, Andre Vasconcelos. op. cit., 2019, p. 31-32.

⁸⁰ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2019, p. 128.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. op. cit., p. 539-540.

⁸² Ao menos o segundo desses já foi utilizado em alguns votos de conselheiros do CADE. Nesse sentido: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann no Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60, Brasília, 12 de agosto de 2020; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann nos Embargos de Declaração no Recurso Voluntário nº 08700.004935/2020-31. Brasília, 11 de março de 2021.

perspectiva dessa garantia, as partes devem poder demonstrar o equívoco do raciocínio alcançado solitariamente pelo julgador.⁸³

Sobre o tema, chama atenção o fato de que, no caso de uma decisão surpresa, a única forma de as partes se insurgirem contra o fundamento que não foi previamente debatido por elas é por meio de recurso, o que muitas vezes pode ser inviável.⁸⁴ A inviabilidade de recurso é especialmente preocupante no que diz respeito às decisões do Tribunal do CADE em processos administrativos para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, uma vez que as decisões do Tribunal do CADE são definitivas no âmbito do Poder Executivo,⁸⁵ sendo cabível apenas a interposição de pedido de reapreciação ou de embargos de declaração, que não têm, em regra, o condão de rediscutir a decisão.

Sobre a aplicabilidade da vedação à decisão surpresa no âmbito de processos administrativos perante o CADE, Nelson Nery Junior destaca que “*não se admite que o litigante seja pego de surpresa (Überraschungsentscheidungen), que não saiba o porquê da decisão expressada no voto do Conselheiro*”.⁸⁶

Tendo sido expostas as principais dimensões da garantia do contraditório, cumpre verificar a relação desse princípio com a ampla defesa.

1.4.3 Contraditório e ampla defesa

A relação entre o contraditório e a ampla defesa, previstos no mesmo dispositivo constitucional, é intricada, não sendo tarefa singela distinguir o conteúdo desses dois princípios.⁸⁷

Alguns autores, parecendo focar ainda principalmente no conteúdo mínimo do contraditório, identificam o contraditório com o exercício da ampla defesa. Nesse sentido, Alexandre de Moraes indica que:

Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o

⁸³ ROQUE, Andre Vasconcelos. op. cit., 2019, p. 25.

⁸⁴ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2019, p. 132.

⁸⁵ Nos termos do artigo 9º, § 2º, da Lei nº 12.529/2011.

⁸⁶ NERY JUNIOR, op.cit., 2005, p. 179.

⁸⁷ ROQUE, Andre Vasconcelos. op. cit., 2019, p. 120.

contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.⁸⁸

Por outro lado, há quem identifique a ampla defesa como a concretização do ideal de legitimação por meio participação das partes no processo projetado pelo contraditório.⁸⁹

Também há, ao menos no âmbito do direito processual civil, quem argumente, como faz, por exemplo, Fredie Didier Jr., que, com a evolução da dimensão substancial do contraditório, a ampla defesa e o contraditório passaram a formar um “*amálgama de um único direito fundamental*”.⁹⁰

No entanto, enxergar o contraditório e a ampla defesa como absolutamente indissociáveis não parece ser adequado, uma vez que cada um deles pode, ao menos em determinados contextos, ser exercido de forma desconexa do outro.

Primeiramente, há doutrinadores que entendem ser possível a ocorrência da ampla defesa sem contraditório, sob o argumento de que a ampla defesa deve ser observada em qualquer procedimento investigatório, ainda que nele não seja possível se efetivar o contraditório.⁹¹ Argumenta-se, por exemplo, que um acusado que é chamado para depor no âmbito de determinada investigação e opta por permanecer em silêncio exerce a ampla defesa, mas não o contraditório.

Do outro lado, também é viável que haja exercício do contraditório sem relação com a ampla defesa. Isso porque o contraditório não diz respeito apenas à defesa, mas também à acusação.⁹² Um órgão acusador, seja o Ministério Público em uma ação penal ou a Superintendência-Geral do CADE em um processo administrativo, que é informado de determinado ato processual e a ele reage, com a finalidade de influenciar na decisão a ser tomada, pratica o contraditório, mas não a ampla defesa. Para os fins do presente trabalho, essa é a diferenciação mais relevante entre contraditório e ampla defesa.

Sendo possível o exercício da ampla defesa sem contraditório, e do contraditório de forma desconexa da ampla defesa, também não parece acertado identificar, ao menos de forma

⁸⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 124.

⁸⁹ ROQUE, Andre Vasconcelos. op. cit., 2019, p. 20.

⁹⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 24ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 129.

⁹¹ Nesse sentido: QUEIROZ, Paulo. **Direito Processual Penal: introdução**. 2ª ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 120.

⁹² Ibidem, p. 120.

generalizada, o contraditório com a exteriorização da ampla defesa ou a ampla defesa com a concretização do contraditório.

Feitas as devidas considerações sobre o princípio da imparcialidade e do contraditório, é possível passar a análise do princípio da correlação.

1.5 Correlação entre acusação e decisão

A ideia central do princípio da correlação é que deve haver uma correspondência entre a decisão e o objeto do processo, de modo que a decisão deve resolver todo o objeto do processo e apenas o objeto do processo.⁹³ Essa ideia é refletida tanto na doutrina processual penal quando na doutrina processual civil. A principal diferença na forma como esse princípio é apresentado nesses dois âmbitos é que, como será visto com mais profundidade no capítulo seguinte, o objeto do processo penal é geralmente identificado com o objeto da imputação, enquanto o objeto do processo civil é comumente identificado com o pedido (isoladamente ou juntamente à causa de pedir). Nesse sentido, Gustavo Badaró, tratando do processo penal, afirma que

A regra da correlação entre acusação e sentença impõe que a sentença julgue somente o que foi objeto da imputação, mas também tudo o que foi objeto da imputação. A sentença deve esgotar o conteúdo da pretensão, resolvendo-a totalmente, e nada resolvendo que esteja fora da mesma.⁹⁴

No âmbito do processo civil, Cândido Rangel Dinamarco transmite uma ideia muito similar ao falar na “regra de correlação entre provimento e demanda”. Conforme o autor, essa regra exige que o juiz proveja nos limites do objeto do processo determinado no pedido exposto na petição inicial, de modo que não pode o julgador outorgar outro bem, bens em quantidades maiores ou um provimento jurisdicional diferente do pedido.⁹⁵

No âmbito do direito processual administrativo, trabalhos que reconhecem a aplicação do princípio da congruência não têm sido tão precisos quanto em relação ao que a decisão deve ser congruente. Isso pode ser entendido como uma decorrência do fato de estudos profundos sobre a temática do objeto do processo não serem tão difundidos no contexto do direito processual administrativo. Por exemplo, Egon Bockmann Moreira afirma que a decisão, além de possuir uma congruência interna, deve possuir uma congruência relativa “*ao conteúdo do*

⁹³ OLIU, Alejandro Abal. op. cit., 2017, p. 44.

⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 133.

⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., 2002, p. 187-188.

processo, provas e pleitos dos interessados".⁹⁶ Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, por sua vez, após defenderem a necessidade da observância da congruência no processo administrativo, afirmam que

Por congruência processual entendemos uma correlação finalística entre o que se postula e a decisão. Ao escrevermos "o que se postula" temos em mente não só a adstrição do julgador ao pedido, mas também aos limites do litígio, considerando a pretensão mas não descurando as contraposições a ela opostas pelos demais litigantes.⁹⁷

Apesar de a definição do objeto do processo administrativo no CADE ser o foco de análise de capítulo seguinte vale antecipar que questões como provas e argumentos apresentados pelas partes contrárias não estão inseridas no conceito do objeto do processo que está sendo utilizado neste trabalho.

Mesmo sem definir propriamente o objeto do processo no CADE neste momento, a noção apresentada de que a decisão deve ser congruente ao objeto do processo é suficiente para o enfrentamento inicial do problema da aplicação do princípio da correlação entre acusação e decisão no âmbito do processo administrativo no CADE.

Alguns autores apontam o princípio da correlação entre acusação e decisão ou o princípio da congruência como uma das consequências do devido processo legal.⁹⁸ Inclusive, esse é a posição adotada por Vicente Bagnoli e José Inácio Gonzaga Franceschini ao mencionarem o princípio da congruência como um dos princípios decorrentes do devido processo legal que devem ser observados nos processos previstos na Lei nº 12.529/2011.⁹⁹ Os autores destacam que, ao decidir pela instauração de um processo administrativo, a Superintendência-Geral do CADE não pode apenas constatar a possível ocorrência de uma infração à ordem econômica, mas deve também fixar os limites da acusação, para que se impeça futuro julgamento *ultra* ou *extra petitia* do processo administrativo.¹⁰⁰

Contudo, como já indicado, essa associação nem sempre é feita de maneira imediata. Para dissipar possíveis dúvidas relacionadas à aplicação do princípio da correlação entre acusação e decisão no processo administrativo no CADE, esse princípio será apresentado a

⁹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. op. cit., 2017, 433.

⁹⁷ FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. op. cit., 2020, p. 349.

⁹⁸ Nesse sentido: JÚNIOR THEODORO, Humberto. Processo Civil – Objeto do Processo – Pedido e sua Interpretação – Adstrição do Juiz ao Pedido no Julgamento – Intepretação da Sentença – Coisa Julgada e seus Limites. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, nº 62, p. 115-134, maio 2018, p. 117; OLIU, Alejandro Abal. op. cit., 2017, p. 45.

⁹⁹ BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. op. cit., 2018, p. 728

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 796.

seguir como uma decorrência do princípio da imparcialidade, efetivado por meio do sistema acusatório, e do contraditório, garantias cujas as incidências no âmbito do referido processo administrativo foram demonstradas acima.

1.5.1 Correlação entre acusação e decisão como decorrência do princípio da imparcialidade e do sistema acusatório

Como visto, o devido processo legal requer o julgamento por um órgão imparcial e as condições para a garantia da imparcialidade dependem, em grande medida, do sistema processual adotado.

O sistema inquisitório não é desenhado para assegurar a imparcialidade do julgador, mas para tentar permitir ao máximo a obtenção da verdade real. É evidente que, nesse sistema, não há de se falar em observância à correlação entre acusação e decisão. Sobre a inexistência da garantia de correlação entre a acusação e a decisão em um sistema inquisitório, Diogo Rudge Malan ressalta que, nesse tipo de sistema, “*o julgador possui ampla discricionariedade para investigar toda e qualquer circunstância da vida da pessoa do investigado, tenha ou não ela alguma relação com os fatos que ensejaram a investigação*”.¹⁰¹ Nota-se que a mudança do objeto do processo pode ser considerada necessária para alcançar uma suposta verdade real. Inclusive, é possível compreender a não vinculação do julgador ao conteúdo da acusação, que alegadamente facilitaria a construção da verdade no âmbito do processo, como o suposto benefício do sistema inquisitório. Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias aponta que

a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na 'acusação' –, dado o seu domínio único e onnipotente do processo em qualquer das suas fases.¹⁰²

Do outro lado, em um sistema acusatório, marcado pela preocupação com a imparcialidade do julgador, o processo se caracteriza por ser tendencialmente rígido em seu objeto, o que significa que seu objeto não pode, via de regra, ser alterado. A rigidez deriva da vinculação temática do órgão julgador, o qual não pode invadir o elemento objetivo do processo

¹⁰¹ MALAN, Diogo Rudge. op. cit., 2003, p. 64.

¹⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 1981, p. 247. Merece ser registrado que o processualista português esclarece, logo na sequência, que o custo dessa vantagem aparente é o comprometimento da imparcialidade do julgador.

para alterá-lo.¹⁰³ Como visto, essa característica é essencial para criar as condições necessárias para que o órgão julgador atue de maneira imparcial.

É necessário reconhecer que a segregação das funções de acusar (e conseqüentemente de definir o objeto do processo) e julgar, a fim de resguardar a imparcialidade do julgador, embora seja extremamente relevante para a discussão sobre correlação entre acusação e decisão, não serve para justificar a não alteração do objeto do processo durante todo o trâmite processual. A rigor, esse aspecto do sistema acusatório impede apenas que o órgão julgador altere o objeto do processo. Caso o objeto do processo seja modificado pelo órgão acusador, não há de se falar na aglutinação das funções de julgar e acusar.

Desse modo, as características do sistema acusatório, que devem ser observadas para garantir a imparcialidade do julgador, servem apenas para justificar a impossibilidade de mudança do objeto do processo administrativo concorrential pelo Tribunal do CADE. Enquanto isso, a Superintendência-Geral do CADE, na inexistência de fundamento adicional para embasar a observância do princípio da correlação, poderia mudar o objeto do processo como bem entendesse, em qualquer etapa processual, como, por exemplo, na hora de proferir a nota técnica de encerramento do processo administrativo no âmbito da Superintendência-Geral do CADE.

No entanto, como será demonstrado a seguir, a impossibilidade de alteração do objeto do processo desde a acusação até a decisão final justifica-se não só por meio do sistema acusatório e da sua finalidade de assegurar a imparcialidade do julgador, mas também em razão do princípio do contraditório que, como visto, é assegurado no processo administrativo no CADE.

1.5.2 Correlação entre acusação e decisão como decorrência do contraditório

O contraditório, conforme narrado acima, possui um conteúdo mínimo, que engloba a ciência dos atos processuais praticados e a possibilidade de contraditá-los. A alteração do objeto do processo, ainda que não levada a cabo pelo órgão julgador, mas pelo órgão acusador, dependendo da etapa processual em que aconteça, pode impedir que a defesa tenha oportunidade de se manifestar sobre o objeto alterado. Desse modo, há uma violação ao

¹⁰³ LOPES JR, Aury. op. cit., 2015, p. 884; MALAN, Diogo Rudge. op. cit., 2003, p. 114.

princípio do contraditório, ainda que se considere apenas o seu conteúdo mínimo. Violando o conteúdo mínimo do contraditório, malferir-se, por consequência lógica, também o seu conteúdo mais amplo, que engloba o direito de influenciar a decisão a ser tomada.

Por exemplo, no âmbito do processo administrativo no CADE, foco deste trabalho, a alteração do objeto do processo na nota técnica de encerramento do processo administrativo no âmbito da Superintendência-Geral do CADE, que é proferida após a apresentação das novas alegações, que muitas vezes é a última manifestação dos representados no processo,¹⁰⁴ viola o princípio da correlação entre acusação e decisão.

Além disso, caso a mudança do objeto seja realizada pelo órgão julgador (no caso do processo administrativo concorrential, o Tribunal do CADE) poderá haver violação à garantia, tanto da acusação quanto da defesa, da vedação à decisão surpresa, que, como exposto acima, é uma consequência do direito à influência decorrente da concepção moderna de contraditório.

Desse modo, é possível afirmar que a correlação entre acusação e decisão tem como um de seus objetivos assegurar o respeito ao princípio do contraditório,¹⁰⁵ podendo ser considerada como uma decorrência desse princípio,¹⁰⁶ bem como, especificamente em relação ao acusado, assegurar a ampla defesa.¹⁰⁷

1.6 Conclusão do capítulo

Neste capítulo, buscou-se verificar a aplicabilidade do princípio da correlação entre acusação e decisão, amplamente estudado e aplicado no processo penal, no âmbito do processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica.

O ponto de partida escolhido para enfrentar esse problema foi a cláusula do devido processo legal, constitucionalmente prevista. Observou-se que, entre as garantias processuais específicas nas quais o devido processo legal se desdobra, estão a garantia de imparcialidade do julgador, que é possibilitada por meio da adoção de um sistema acusatório, e o contraditório,

¹⁰⁴ O artigo 76, parágrafo único, da Lei nº 12.529/2011 ainda prevê a possibilidade de apresentação de alegações finais no âmbito do Tribunal do CADE, mas apenas se o conselheiro relator determinar a realização de diligências adicionais.

¹⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., 2013, p. 158.

¹⁰⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022. p. 436; CAPELA, Fábio. op. cit., 2008, p. 53.

¹⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., 2013, p. 158.

que, embora não se confunda com a ampla defesa, se relaciona intimamente com ela. Ao endereçar cada uma dessas garantias, foi constatado que elas devem ser observadas no processo administrativo no CADE.

Na sequência, foi demonstrado que apenas por meio da existência de correlação entre a acusação e decisão é que há uma efetiva separação das funções de acusar e julgar, característica típica do sistema acusatório, que cria as condições para que o julgador possa atuar de maneira imparcial. Também foi exposto como a congruência entre a acusação e decisão é necessária para que as partes do processo, no caso do processo administrativo perante o CADE, o representado e a Superintendência-Geral do CADE, possam influenciar a decisão final a ser tomada pelo Tribunal CADE, e não sejam surpreendidos por ela, como requer o princípio do contraditório.

Desse modo, a conclusão alcançada é no sentido da necessária observância ao princípio da correlação entre acusação e decisão no âmbito do processo administrativo para a imposição de sanções por infrações à ordem econômica.

2. OBJETO E IDENTIDADE DO OBJETO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO CADE

Enquanto o capítulo anterior se ocupou em estabelecer se o princípio da correlação entre acusação e decisão deve ser aplicado no âmbito do processo administrativo concorrential, tendo chegado a uma resposta positiva, o presente capítulo se proporá a esclarecer de maneira mais precisa o que a aplicação desse princípio significa no contexto do processo administrativo no CADE.

Como visto, o princípio da correlação entre acusação e decisão exige que a decisão tomada ao final do processo resolva todo o objeto do processo e apenas o objeto do processo. Logo, para cumprir a finalidade proposta neste capítulo, será necessário, primeiramente, definir qual é o objeto do processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. Tendo em vista a ausência de uma ampla literatura específica sobre o tema, terá que ser um trilhado um caminho que parte de conclusões alcançadas em outros âmbitos do direito processual. As primeiras investigações sobre a questão do objeto do processo foram realizadas no âmbito do processo civil. As mais importantes conclusões dessas investigações serão tomadas como o ponto de partida deste capítulo. Na sequência, abordar-se-á o problema no âmbito do processo administrativo e, mais especificamente, no processo administrativo sancionador, momento no qual será proposta uma aproximação com estudos realizados no âmbito do direito processual penal.

É importante esclarecer, desde logo, que, neste trabalho, a expressão “objeto do processo” será utilizada para se referir àquilo que delimita e vincula a decisão que poderá ser proferida pelo julgador. No âmbito do processo civil, essa ideia é geralmente transmitida pela expressão “objeto litigioso do processo”. No direito processual civil, a expressão “objeto do processo” é, por vezes, utilizada para fazer referência a questão mais ampla, que também é chamada de “objeto de conhecimento do juiz” ou “objeto de cognição do juiz”,¹⁰⁸ que será abordada mais abaixo. No entanto, tendo em vista que a expressão “objeto do processo” é a mais utilizada no âmbito dos estudos sobre correlação entre acusação e sentença no âmbito do processo penal,¹⁰⁹ e que, neste trabalho, propor-se-á uma aproximação entre esse tipo de

¹⁰⁸ MACHADO, Marcelo Pacheco. op. cit., 2015, p. 47-48; MIRANDA, Sara Barbosa. Apontamentos sobre o Objeto Litigioso do Processo. **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional**, p. 102-117, Vitória, 2017, p. 106.

¹⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 52, nota de rodapé 11.

processo e o processo administrativo concorrential, optou-se por dar preferência à expressão “objeto do processo”.

Após a indicação de uma sugestão sobre como deve ser entendido o objeto do processo administrativo no CADE, buscar-se-á a regra adequada para verificar a identidade do objeto do processo. Sobre a questão da identidade do objeto do processo, é útil realizar, desde já, dois apontamentos. O primeiro deles é o de que quando se fala em “identidade do objeto do processo”, não há dois objetos distintos a serem comparados, há apenas um objeto que é representado em momentos diversos. Logo, quando se diz identidade do objeto, está se falando, na realidade, na identidade do conteúdo de diversas representações de um único objeto.¹¹⁰ O segundo apontamento é que a identidade, nesse contexto, trata-se de uma identidade jurídica, e não lógica, de modo que não é necessário que haja uma igualdade absoluta nas representações do objeto do processo para que haja identidade para fins de aferição de congruência entre acusação e decisão.¹¹¹

Realizados esses esclarecimentos, será analisada a seguir, primeiramente, a questão do objeto do processo. Essa análise inicial revelará a importância da noção da pretensão processual para essa temática. Após considerações gerais sobre a pretensão processual e seu conteúdo, se analisará, especificamente, a pretensão processual administrativa. Em razão da constatação da possível inadequação, para o estudo da correlação entre acusação e decisão no processo administrativo no CADE, da definição do conteúdo da pretensão processual administrativa nos mesmos moldes das definições encontradas no âmbito do direito processual civil, será proposta uma aproximação com o direito processual penal, que demandará a realização de considerações sobre as noções de imputação e de fato processual. Por fim, será buscado o critério adequado para verificar a identidade do objeto no processo administrativo no CADE.

2.2. Objeto do processo

O processo necessariamente se estrutura em torno de um objeto, sobre o qual recaem as atividades das partes e do julgador.¹¹² As primeiras investigações profundas sobre o objeto do

¹¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 49.

¹¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., 2013, p. 158.

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., 2002, p. 180; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Relação entre Demandas**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 46.

processo foram realizadas, principalmente, pelos processualistas alemães.¹¹³ Tratar, ainda que de maneira breve, de todas as principais discussões sobre o objeto do processo e seu desenvolvimento histórico extrapolaria muito o propósito do presente trabalho. Por essa razão, partir-se-á aqui do que Cândido Rangel Dinamarco chamou de “dois pontos fundamentais” encontrados pelos processualistas alemães,¹¹⁴ os quais permanecem sendo aceitos por grande parte da doutrina moderna.

O primeiro dos “dois pontos fundamentais” é a constatação de que o objeto do processo é a pretensão.¹¹⁵ Alguém que aspira a determinado bem da vida e não pode obtê-lo, seja porque a pessoa que poderia dar-lhe o bem não o faz, ou porque a lei impede que o bem seja dado sem o concurso do sistema jurisdicional, apresenta a sua aspiração ao Estado-Juiz. Essa é a formulação de uma pretensão, que define sobre o que o julgador deverá se manifestar.¹¹⁶

O processo pode ser enxergado, então, como um sistema de satisfação de pretensões, decorrendo disso que o objeto do processo é a pretensão. O processualista espanhol Jaime Guasp, ao colocar a pretensão no cerne do processo, elabora o que chama de três postulados do processo: (i) todo processo supõe uma pretensão; (ii) toda pretensão origina um processo; e (iii) nenhum processo pode ser maior, menor ou distinto da correspondente pretensão.¹¹⁷ A noção de que a pretensão é o objeto do processo, é, de maneira geral, reconhecida pela doutrina processual moderna.

O segundo “ponto fundamental” alcançado pelos processualistas alemães, mencionado por Cândido Rangel Dinamarco, é que a pretensão objeto do processo é a um conceito processual.¹¹⁸ Essa questão gira em torno da distinção entre pretensão material e pretensão processual. Conforme aponta Cruz e Tucci, essa distinção é uma consequência natural do fato de o processo ter passado a ser concebido como uma relação jurídica de natureza pública, autônoma e triangular, o que permitiu uma maior demarcação das fronteiras entre direito material e direito processual.¹¹⁹

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I, 6ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 344.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 344.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 344.

¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, 2002, p. 102.

¹¹⁷ GUASP, Jaime Delgado. La Pretensión Procesal. **Anuário de Derecho Civil**. vol. 5, número 1, Madrid, 1952, p. 27-28.

¹¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, 2010, p. 344-345.

¹¹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Causa Petendi no Processo Civil**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2009, p. 97.

A pretensão material diz respeito a um conceito civilístico de pretensão, podendo ser entendida como o direito de exigir de outrem uma ação ou uma omissão.¹²⁰ Essa é uma pretensão que um indivíduo faz perante outro indivíduo. A pretensão processual, por sua vez, não é dirigida contra um indivíduo, mas contra o Estado, e visa à obtenção de uma tutela jurisdicional.¹²¹ Desse modo, a pretensão material e a pretensão processual diferem entre si tanto em relação aos seus aspectos objetivos quanto em relação aos seus aspectos subjetivos.¹²²

A forma como a pretensão material se relaciona com a pretensão processual é explicada por Fábio Peixinho Gomes Corrêa a partir de uma situação na qual um indivíduo exerce uma pretensão material em face de outro. A partir desse momento, considerando que o Estado, ao mesmo tempo em que veda a realização de justiça pelas próprias mãos, chama para si o monopólio da jurisdição e do uso da força, surge para o indivíduo que exerceu a pretensão material uma pretensão à tutela jurídica exigível em face do Estado. Quando o indivíduo apresenta a sua demanda perante o Estado, surge então uma pretensão processual à tutela jurisdicional, que consiste na exigência de um pronunciamento do Estado sobre o mérito da demanda.¹²³ É essa pretensão processual à tutela jurisdicional que é comumente denominada de pretensão processual. É ela que é o objeto do processo.

Apesar da possibilidade de acontecer essa passagem de uma pretensão material para uma pretensão processual, é relevante notar que isso não necessariamente irá acontecer, uma vez que, ao menos no âmbito do direito processual civil, é possível que a pretensão material seja voluntariamente satisfeita, sem a necessidade de um processo.¹²⁴

É importante destacar, entretanto, que, no âmbito processual penal, a pretensão material, que é identificada por alguns autores com a pretensão punitiva, isso é, a exigência da submissão do praticante de algum crime a uma sanção penal, nunca poderá ser voluntariamente satisfeita sem um processo,¹²⁵ uma vez que o Estado não pode privar alguém de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal. O mesmo entendimento é aplicável no âmbito do processo administrativo sancionador. Desse modo, no processo administrativo no CADE, a

¹²⁰ *Ibidem*, p. 99-100.

¹²¹ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. **O Objeto Litigioso no Processo Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 156.

¹²² BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, 2022, p. 75.

¹²³ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *op. cit.*, 2009, p. 152-155.

¹²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *op. cit.*, 2022, p. 74.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 77.

pretensão material necessariamente terá que ser satisfeita por meio da formulação de uma pretensão processual.

2.2.1 Conteúdo da pretensão processual

O fato de que se chegou a um entendimento majoritário no sentido de que o objeto do processo é a pretensão processual, não significa que houve um consenso sobre os elementos que, em última instância, compõe o objeto do processo.¹²⁶

Essa questão foi amplamente debatida pelos principais processualistas do século XX. As correntes que surgiram sobre o tema são diversas. Entretanto, para a finalidade deste trabalho, basta descrever, de maneira geral, alguns conjuntos de posicionamentos que dominaram esse debate ao longo do século passado. Cruz e Tucci e Fábio Peixinho Gomes Corrêa apontam três vertentes sobre o assunto: primeira buscou identificar o objeto do processo com a afirmação jurídica; a segunda com o pedido; e a terceira com o pedido e a causa de pedir.¹²⁷

Para a primeira corrente, o objeto do processo seria a afirmação de um direito material ou de uma consequência jurídica. O que é relevante nesse conjunto de teorias, em relação à temática da correlação entre acusação e decisão, é que ela confere considerável importância ao direito material invocado, de modo que, para os adeptos a essa concorrente, o objeto do processo não é constituído de dados puramente processuais.¹²⁸

Posteriormente, a preocupação com a elaboração de uma teoria estritamente processual fez com que alguns autores admitissem apenas o pedido como o objeto do processo.¹²⁹ Para os defensores desse posicionamento, a identidade ou diversidade da pretensão processual depende exclusivamente da identidade ou diversidade do pedido, ou seja, pode haver identidade ainda que sejam aduzidos fatos constitutivos diversos como fundamento da demanda. Em didático exemplo, Cruz e Tucci aponta que, conforme essa vertente teórica, se o autor de uma ação requer a devolução de um piano com base no seu direito de propriedade e o réu contesta alegando que possui o bem reivindicado por força de um contrato de locação, não haverá uma

¹²⁶ CORRÊA. Fábio Peixinho Gomes. op. cit., 2009, p. 73.

¹²⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., 2009, p. 100.

¹²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 55.

¹²⁹ CORRÊA. Fábio Peixinho Gomes. op. cit., 2009, p. 73.

modificação no objeto do processo se o autor mudar seu fundamento, passando a baseá-lo no término do contrato de locação, uma vez o que o pedido, que é a restituição do piano, permanece imodificado.¹³⁰

Uma terceira vertente é a de que o objeto é composto tanto pelas conclusões do autor quanto pelo estado de coisas em que elas se fundam, ou seja, a causa de pedir. No contexto dessa teoria, o objeto do processo não é individuado¹³¹ por um fato enquadrado numa previsão legal, mas por um “*fato da vida absolutamente despido de qualquer ligação com uma determinada norma jurídica*”.¹³² Desse modo, conforme essa abordagem teórica, não havendo identidade da causa de pedir, isso é, do fato da vida em que o pedido do autor se funda, não há identidade do objeto do processo.¹³³

No Brasil, diversos autores têm se ocupado em tentar definir o objeto do processo. Apesar das diferentes definições de objeto do processo na doutrina brasileira, um elemento é sempre considerado de suma relevância: o pedido (seja isoladamente ou não). Por exemplo, Cândido Dinamarco Mendes aponta que o objeto do processo consiste exclusivamente no pedido formulado.¹³⁴ Ricardo de Barros Leonel afirma ser possível se concluir pela “*identificação do objeto litigioso do processo com a pretensão processual (pedido), delineado pela causa de pedir (fundamentos para a demanda)*”.¹³⁵ Paulo Henrique dos Santos Lucon defende que “*a causa de pedir – em maior ou menor medida, dependendo da espécie de direito material afirmado – é determinante para a correta fixação do objeto litigioso, sendo insuficiente a análise que recai apenas sobre o pedido (demanda) formulado pelo autor*”.¹³⁶ A jurisprudência pátria também oscila entre e inclusão e a exclusão da causa de pedir do objeto do processo.¹³⁷

Mantendo em mente que o propósito do presente trabalho não é tratar com profundidade das teorias sobre o objeto do processo no âmbito do processo civil, é suficiente, para dar seguimento ao estudo do tema proposto, a constatação da importância do pedido para as

¹³⁰ Ibidem, p. 104.

¹³¹ O termo individuado é utilizado, no âmbito do direito processual, para fazer referência àquilo que especifica, discrimina o objeto do processo.

¹³² TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., 2009, p. 108.

¹³³ Ibidem, p. 108.

¹³⁴ DINAMARCO, Cândido Mendes. op. cit., 2002, p. 483.

¹³⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. O objeto Litigioso do Processo e o Duplo Grau de Jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDEQUE, José Roberto dos Santos. **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: questões preliminares**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 366.

¹³⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. op. cit., 2016, p. 51.

¹³⁷ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. op. cit., 2009, p. 76.

principais teorias sobre o objeto do processo aceitas atualmente no campo do direito processual civil. Esse ponto é relevante na medida em que o foco no pedido acabou sendo levado também para o âmbito dos estudos sobre a pretensão processual administrativa, como será visto posteriormente.

2.2.2 Objeto do processo e objeto de conhecimento do julgador

Antes de adentrar especificamente na análise da pretensão processual administrativa, é importante realizar mais uma consideração geral relacionada ao objeto do processo, que é a distinção entre objeto do processo e o objeto de conhecimento do julgador. Como visto, o objeto do processo é a pretensão processual, formulada por meio da peça inicial do processo. Por ser definido na peça inaugural do processo, é evidente que a defesa apresentada jamais pode ampliar o objeto do processo. Como aponta Cândido Rangel Dinamarco

Na contestação, o réu nega os fatos alegados pelo autor, ou nega-lhes a eficácia jurídica afirmada por este, ou alega fatos novos que excluem o direito afirmado na petição inicial, ou ainda suscita razões relacionadas com o processo - (carência da ação, incompetência absoluta) – gerando com isso questões a serem apreciadas quando o juiz expuser a motivação da sentença. Mas fica absolutamente inalterado o material a ser objeto do pronunciamento jurisdicional (pretensão, objeto do processo).¹³⁸

O conceito de objeto do processo difere-se de um conceito mais amplo, que é o objeto do conhecimento do juiz.¹³⁹ O objeto do conhecimento do juiz “*é todo o material lógico que o espírito do juiz capta e elabora de modo a saber se julgará o mérito e como o julgará*”.¹⁴⁰ Nesse conceito, entram os pontos controvertidos de fato e de direito, ou seja, pontos trazidos na causa de pedir, assim como na defesa.¹⁴¹ Embora o endereçamento dos pontos controvertidos, englobando a prova, a interpretação dos textos jurídicos e a verificação de sua procedência ou improcedência sejam uma atividade importante do órgão julgador,¹⁴² quando se fala na obrigatoriedade de a decisão ser congruente ao objeto do processo, se está falando essencialmente na necessidade de a decisão ser congruente à pretensão processual.

¹³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., 2002, p. 190.

¹³⁹ ZOTARELI, Daniel Menegassi. op. cit., 2020, p. 60-64.

¹⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., 2002, p. 186.

¹⁴¹ ZOTARELI, Daniel Menegassi. op. cit., 2020, p. 61-61.

¹⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., 2002, p. 187.

2.3 Pretensão processual administrativa

Feitas as primeiras considerações sobre a questão do objeto do processo e da pretensão processual com base principalmente em conclusões alcançadas por estudiosos do direito processual civil, é possível se debruçar especificamente sobre a questão da pretensão processual administrativa. O tema não foi amplamente abordado na doutrina brasileira, sendo possível, entretanto, encontrar menções à pretensão processual administrativa na obra de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho.¹⁴³

No âmbito internacional, um dos autores que se propôs a estudar com mais profundidade a pretensão processual administrativa foi Jesús González Pérez. O processualista espanhol afirma que a pretensão processual administrativa é a declaração de vontade por meio da qual se solicita a atuação de um órgão jurisdicional¹⁴⁴ em face de uma outra pessoa determinada e distinta do autor da declaração,¹⁴⁵ sendo o seu diferencial em relação às demais pretensões processuais o fato de ela se destinar a impugnar um ato administrativo.¹⁴⁶

Em relação ao conteúdo da pretensão processual administrativa, Jesús González Pérez destaca que o que se pede ao órgão jurisdicional deve ser determinado com clareza, por meio da indicação de sua natureza e da enunciação de quantas circunstâncias contribuam para delimitar o pedido.¹⁴⁷ O autor afirma que o fundamento da pretensão corresponde aos acontecimentos da vida em que ela se apoia.¹⁴⁸ Portanto, para Jesús González Pérez, a pretensão processual administrativa é composta por um pedido direcionado a um órgão, que deve ser baseado em todas as circunstâncias fáticas que servem de fundamento ao pedido.

É possível perceber uma identificação entre a noção de pretensão processual administrativa desenvolvida por González Pérez com parte das definições de pretensão

¹⁴³ SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. **Introdução ao Direito Processual Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

¹⁴⁴ Considerando a terminologia utilizada pelo autor, merece ser registrado que, no Brasil, não se reconhece a função jurisdicional de autoridades administrativas, como acontece em outras jurisdições. A propósito: RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. op. cit., 2016, p. 155. Daí ser corrente se afirmar que o CADE exerce uma função *quasi* jurisdicional. Nesse sentido: BAROSSO, Luís Roberto. op. cit., p. 123-124.

¹⁴⁵ PÉREZ, Jesús Gonzáles. La Pretension Procesal Administrativa. **Revista de Administración Pública**. Nº 12, 1953, p. 85.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 87.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 116.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 117.

processual desenvolvidas no âmbito do direito processual civil.¹⁴⁹ Contudo, essa definição de pretensão processual administrativa parece ser inadequada para a delimitação do objeto do processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica.

A consideração, por González Pérez, do pedido como um dos componentes da pretensão processual pode ser considerada como uma consequência incontornável do fato de o autor ter afirmado que a característica própria das pretensões processuais administrativas é que essas se dirigem a impugnar atos administrativos, requerendo a sua nulidade, anulação ou reforma.¹⁵⁰ Disso resulta, necessariamente, que as pretensões processuais administrativas, conforme a delimitação realizada pelo autor, sempre englobarão um pedido, seja de nulidade, anulação ou reforma de um ato administrativo.

Entretanto, a indicação de que todo processo administrativo se dirige à impugnação de um ato administrativo não parece ser completa. Como notado por José Villar y Romero, existe um outro tipo de processo administrativo que se destina a averiguar a ocorrência de um ilícito de caráter administrativo, ponderar as circunstâncias em que ele ocorreu e aplicar as sanções pertinentes ao particular culpado pela prática do ilícito.¹⁵¹ Esses são os processos administrativos sancionadores. Villar y Romero reconhece que o processo administrativo sancionador também envolve uma pretensão processual,¹⁵² embora não se ocupe propriamente em especificar o seu conteúdo.

Os processos administrativos sancionadores, ao menos em certos casos, não envolvem necessariamente um pedido. Exemplo disso é o processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, foco deste trabalho, no qual, no ato inicial do processo, isso é, na nota técnica de instauração do processo administrativo, não se realiza pedido algum.¹⁵³ Assim, qualquer definição que busque identificar o conteúdo da

¹⁴⁹ Como, por exemplo, com a ideia de que deve ser compreendido “*o pedido como sendo a pretensão processual, definidora do objeto litigioso do processo, que deve ser informado necessariamente pelos fundamentos de fato e de direito que a instruem, ou seja, pela causa de pedir*”, expressa em LEONEL. Ricardo de Barros. op. cit., 2002, 367.

¹⁵⁰ PÉREZ, Jesús Gonzáles. op. cit., 1953, p. 87.

¹⁵¹ VILLAR Y ROMERO, José Maria. op. cit., 1948, p. 82.

¹⁵² Ibidem, p. 82

¹⁵³ Merece ser destacado que qualquer interessado pode protocolar uma representação perante o CADE para que seja iniciado um processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. Embora a Lei nº 12.529/2011 seja silente acerca de qual deve ser o conteúdo da representação, estabelecendo apenas que essa deve ser fundamentada, e o Regimento Interno do CADE, em seu artigo 138, indicar somente que a representação deve “*conter a descrição clara, precisa e coerente dos fatos a serem apurados e a*

pretensão processual com base no pedido deduzido ao ente estatal parece ser inadequada para a delimitação do objeto do processo administrativo para a imposição de sanções por infrações à ordem econômica.

2.4 Aproximação com o processo penal: objeto do processo como objeto da imputação

Em face do exposto, é necessário voltar-se para outra direção para encontrar uma definição suficiente e adequada do conteúdo da pretensão processual do processo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, que permita identificar a sua manutenção ou sua mudança durante o *iter* processual. O caminho que parece ser o mais promissor para a realização dessa tarefa é o da averiguação dos estudos sobre o objeto do processo penal, tendo em vista a aproximação já constatada entre os processos administrativos sancionadores e o processo penal e, como será demonstrado a seguir, a forma como o objeto do processo penal é definido.

O conteúdo do objeto penal também pode ser considerado como a pretensão processual.¹⁵⁴ Porém, é importante notar que, no processo penal, ao contrário do que ocorre no processo civil, o pedido não é considerado relevante, visto que o pedido realizado é sempre genérico, no sentido de que sejam impostas as sanções penais decorrentes da procedência da imputação.¹⁵⁵ Em razão disso, os estudos sobre a pretensão processual penal não costumam focar no pedido, destituído de importância, e na causa de pedir, conceito pouco empregado no direito processual penal, mas na noção de imputação.¹⁵⁶

A imputação é o meio pelo qual se veicula a pretensão processual penal, decorrendo disso que o objeto da pretensão processual é o conteúdo da imputação.¹⁵⁷ Como aponta José

indicação dos demais elementos que forem relevantes para o esclarecimento do seu objeto”, é comum que em representações sejam deduzidos pedidos. No entanto, os pedidos realizados na representação não fixam o objeto do processo administrativo no CADE, uma vez que esse é definido no ato inicial do processo, ou seja, na nota técnica de instauração do processo administrativo, cujo o conteúdo pode não coincidir exatamente com o da representação.

¹⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 70; CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. op. cit., 2009, p. 182-188; MALAN, Diogo Rudge. op. cit., 2003, p. 104; CAPELA, Fábio. op. cit., 2008, p. 63.

¹⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., 2013, p. 266.

¹⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2019, p. 1474. Apesar disso, autores associam a noção de imputação com a de causa de pedir. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., 2013, p. 89.

¹⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2019, p. 1490.

Frederico Marques, é a imputação que delimita, em um processo penal condenatório, o objeto do *judicium*.¹⁵⁸ Diante dessa constatação, é necessário definir de forma mais concreta o que constitui a imputação. Novamente aqui aparece uma divergência doutrinária que deverá ser considerada, ainda que de maneira breve e simplificada.

De um lado, há uma visão restritiva, segundo a qual a imputação é simplesmente a atribuição de um fato a alguém, sem qualquer referência normativa.¹⁵⁹ A principal crítica que surge contra essa concepção é que ela não considera que, por ser o delito um fato jurídico, ou seja, um fato conforme um tipo penal, a imputação, para poder ser o objeto do processo penal, deve ser necessariamente a afirmação de que o agente praticou um fato previsto por uma norma penal.¹⁶⁰ Como destaca Frederico Isasca, o fato atribuído, para poder constituir o objeto do processo penal, deve ser susceptível de se constituir como um crime, de modo que vai juntamente a ele um juízo *a priori* de subsunção do fato a uma norma penal, uma presunção jurídico-normativa.¹⁶¹ Segundo o autor “[a] *referência normativa serve (...) para justificar a pretensão penal de submeter o acontecimento a uma decisão judicial*”.¹⁶²

Buscando se atentar a essa questão, surge uma visão mais ampla do objeto da imputação, segundo a qual o objeto do processo penal passa a ser normativamente referenciado. Conforme essa visão, o objeto do processo penal é “*imputação de um fato tido como criminoso a determinada pessoa*”,¹⁶³ como afirmado por Adhemar Raymundo, ou então, como coloca Frederico Isasca, “*o acontecimento histórico, o assunto ou o pedaço unitário de vida vertido na acusação e imputado, como crime, a um determinado sujeito*”.¹⁶⁴ Observa-se que, conforme essa concepção, a imputação não é apenas a afirmação do fato que se atribui ao sujeito (fato), mas também a afirmação de um tipo penal (norma) e a afirmação da conformidade do fato com o tipo penal (subsunção do fato a norma).¹⁶⁵

¹⁵⁸ MARQUES, Jose Frederico. Processo penal - interpretação dos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal. In: MARQUES, Jose Frederico. Pareceres. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, p. 111-116, 1993, p. 112.

¹⁵⁹ Autores que compartilham dessa visão são mencionados em: ISASCA, Frederico. **Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português**. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 76-77 e em BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 83.

¹⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 82-83.

¹⁶¹ ISASCA, Frederico. op. cit., 1999, p. 95.

¹⁶² Ibidem., p. 95.

¹⁶³ RAIMUNDO, Adhemar. RAIMUNDO, Adhemar. O Processo Penal à Luz do Pensamento “Carneluttiano”. In: **Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ**, nº 53, p. 100.

¹⁶⁴ ISASCA, Frederico. op. cit., 1999, p. 240.

¹⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 82-83.

A linha de ideias desenvolvida até o momento deve ser aplicada também ao processo administrativo concorrencial. Verifica-se que, tal como ocorre no processo penal, no processo administrativo no CADE, é notável, diante da ausência de pedido inicial, a relevância da imputação realizada na peça inaugural do processo. Além disso, é reconhecido em decisões do Tribunal do CADE que o objeto da imputação envolve os fatos a serem apurados ao longo do processo e dos quais os representados têm que se defender. A título exemplificativo, veja-se trecho do voto do Conselheiro Thompson Andrade no Processo Administrativo nº 08000.028268/1996-89:

Entretanto, a própria Secretaria de Direito Econômico – SDE constatou a existência de vício formal, originado pela não observância do disposto no artigo 32 da Lei n.º 8.884/94, que determina que o despacho de instauração de Processo Administrativo seja fundamentado e especifique os fatos a serem apurados, elementos formadores do objeto da imputação.¹⁶⁶

Em sentido parecido o voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77:

No âmbito administrativo, a peça processual por meio da qual se delimita o objeto da imputação, bem como se descreve os fatos praticados pelos representados, é a nota de instauração do processo administrativo. O objeto da imputação apresenta os fatos contra os quais os representados exercerão seu direito à ampla defesa.¹⁶⁷

É importante notar que, embora seja indubitável que a imputação no processo administrativo concorrencial envolve a atribuição de um fato a alguém, ela não se limita a isso. Tem sido destacado na doutrina que a acusação no processo administrativo no CADE também deve indicar a infração à ordem econômica alegada.¹⁶⁸ Tratando da questão no âmbito do processo administrativo em geral, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari apontam que

Não prevalece mais, a nosso ver, após a Constituição/1988, a ideia de que a autoridade administrativa, em caso de instauração de ofício, poderia limitar-se a descrições genéricas dos fatos ou condutas a serem objeto do processo, carecendo de relevância a tipificação legal do comportamento, sua classificação e seu enquadramento sancionatório (...) Em qualquer situação na qual se impute a determinada pessoa (física ou jurídica) um comportamento sancionável é essencial que o instrumento de instauração descreva, com a maior precisão possível, o comportamento que está sendo investigado e indique, com a possível precisão, qual ou quais normas legais estariam sendo violadas.¹⁶⁹

Ora, é evidente que, para poder dar início a um processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, o fato imputado deve ser passível,

¹⁶⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro Thompson Andrade no Processo Administrativo nº 08000.028268/1996-89. Brasília, 12 de fevereiro de 2002.

¹⁶⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo no Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77. Brasília, 9 de maio de 2012.

¹⁶⁸ BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. op. cit., 2018, p. 796.

¹⁶⁹ FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. op. cit., 2020, p. 198.

com base em um juízo *a priori*, de ser enquadrado como alguma infração à ordem econômica. Desse modo, similarmente com o que ocorre no processo penal, no processo administrativo no CADE, a imputação deve envolver a afirmação de um fato, a afirmação de uma infração à ordem econômica e a afirmação da subsunção do fato à infração à ordem econômica. É a função do processo administrativo concorrencial verificar a ocorrência ou não do fato e a adequação ou não da sua subsunção à norma.

2.4.1 Conceito de fato processual

Como visto, a imputação envolve a atribuição de um fato a alguém, embora, conforme a visão mais ampliada sobre o conteúdo da imputação, não se limite a isso. Para que a identidade do objeto seja mantida e, conseqüentemente, para que haja uma correlação entre a acusação e a decisão em processos administrativos para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, é necessário, então, que o fato imputado permaneça essencialmente o mesmo desde a nota técnica de instauração do processo administrativo concorrencial até a decisão final do Tribunal do CADE.

O fato que é relevante para a questão da identidade do objeto é o denominado fato processual, entendido como a afirmação de acontecimento histórico concreto, um evento naturalístico.¹⁷⁰ Isso quer dizer que a afirmação de um fato processual não é a afirmação de uma situação hipotética legalmente prevista (isso é, de um tipo penal, no âmbito do direito penal, ou de uma infração à ordem econômica, no âmbito do direito concorrencial), mas a afirmação de algo que se sucedeu no mundo real.¹⁷¹ O fato processual, enquanto um trecho da realidade, é indivisível, incindível, composto por todos os seus aspectos.¹⁷²

Vale ressaltar que a afirmação de que o fato processual é um acontecimento histórico ou um trecho da realidade não significa que ele realmente aconteceu. O acontecimento histórico narrado na acusação é meramente hipotético, sendo a tarefa do processo verificar a sua

¹⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 109.

¹⁷¹ ISASCA, Frederico. op. cit., 1999, p. 75-76; GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., 2013, p. 159.

¹⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., 2013, p. 159.; BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 116.

ocorrência ou não ocorrência.¹⁷³ Esse entendimento é necessário para não deixar sem objeto os processos nos quais se apura a inexistência do fato descrito na acusação.¹⁷⁴

É importante notar que esse acontecimento histórico hipotético, a fim de permitir a verificação de sua manutenção ou mudança ao longo do trâmite processual, deve ser descrito de uma forma determinada.

Na legislação penal, é estabelecido que a denúncia ou queixa deve conter a “*exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias*”.¹⁷⁵ Diante dessa previsão legal, Hélio Tornaghi aponta que “*refere-se o Código não apenas à exposição minuciosa do fato infringente da lei como também de todos os fatos que o cercaram, não somente de seus acidentes, mais ainda as causas, efeitos condições e conseqüentes*”.¹⁷⁶ Fernando Tourinho Filho, remetendo-se a ensinamento de João Mendes, explica que a peça acusatória deve narrar o fato com todas as suas circunstâncias, “*apontando o seu autor (quis), os meios que empregou (quibus auxiliis), o mal que produziu (quid), os motivos (cur), a maneira como o praticou (quomodo), o lugar (ubi) e o tempo (quando)*”.¹⁷⁷

A Lei nº 12.529/2011 não esclarece como o fato imputado deve ser descrito na nota técnica de instauração do processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica.¹⁷⁸ Em face do silêncio da lei, o Regimento Interno do CADE prevê entre os conteúdos que devem estar presentes na nota técnica de instauração a “*enunciação da conduta ilícita imputada ao representado, com a indicação dos fatos a serem apurados*”.¹⁷⁹

É perceptível que a linguagem do Regimento Interno do CADE (“*indicação dos fatos a serem apurados*”) aparenta ser menos exigente que os termos da legislação penal (“*exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias*”). Entretanto, não obstante o silêncio da Lei nº 12.529/2011 e da linguagem utilizada no Regimento Interno do CADE, é possível

¹⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 109-110

¹⁷⁴ ISASCA, Frederico. op. cit., 1999, p. 77.

¹⁷⁵ Nos termos do artigo 41 do Código Penal.

¹⁷⁶ THORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. I, t. 2, p. 81-82 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., p. 198.

¹⁷⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 345.

¹⁷⁸ A única exigência legal quanto ao conteúdo da decisão de instauração do processo administrativo é que seja determinada a notificação do representado para apresentar defesa e especificar as provas que pretende sejam produzidas, nos termos do artigo 70 da Lei nº 12.529/2011.

¹⁷⁹ Nos termos do artigo 147, inciso II, do Regimento Interno do CADE.

defender que o fato imputado no processo administrativo no CADE deve ser descrito nos mesmos moldes que no processo penal, ou seja, com todas as suas circunstâncias.

Como aponta Eugênio Pacelli de Oliveira, a descrição de todas as circunstâncias do fato imputado serve a dois propósitos no processo penal. Primeiro, ao permitir ao acusado conhecer todos os limites do fato a ele imputado, a descrição completa é necessária para o exercício da ampla defesa. Em segundo lugar, a correta delimitação temática do fato imputado permite ao julgador dar ao fato narrado na acusação a justa e adequada correspondência normativa, ou seja, fazer a correta subsunção do fato imputado à norma legalmente prevista.¹⁸⁰

Não é possível contestar o fato de que ambos esses propósitos, a garantia do exercício da ampla defesa e da correta aplicação da lei, também devem ser observados no processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. Por essa razão, a descrição das circunstâncias do fato imputado na acusação no âmbito do processo administrativo no CADE deve ser a mais completa possível, tal como deve acontecer no processo penal.

Nesse sentido, Vicente Bagnoli e José Inácio Gonzaga Franceschini entendem que a nota técnica de instauração do processo administrativo perante o CADE, por ser equiparável à denúncia no processo penal, deve expor o fato presuntivamente delituoso, com todas as suas circunstâncias.¹⁸¹ Os autores destacam que “[o] devido processo legal exige, entre seus princípios basilares, a especificação da acusação e a fundamentação da peça inicial, sendo esta nula quando não descreva os fatos com suficiente especificidade de modo a delimitar o objeto da controvérsia e permitir a plenitude de defesa”.¹⁸² André Marques Gilberto também se manifesta pela necessidade de clareza e completude dos fatos no despacho de instauração do processo administrativo no CADE ao afirmar que no despacho:

devem constar de maneira clara e precisa os temas a serem apurados na investigação administrativa, com uma correlação delineada entre os fatos a serem apurados e as previsões contidas no artigo 36 da Lei Antitruste, ou seja, deve ficar claro ao investigado, desde o início do processo, qual é exatamente a natureza da acusação que lhe está sendo imputada.¹⁸³

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. op. cit., 2005, p. 143.

¹⁸¹ BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. op. cit., 2018, p. 797.

¹⁸² Ibidem, p. 801.

¹⁸³ GILBERTO, André Marques. **O Processo Administrativo Sancionador: teoria e prática da investigação das infrações à concorrência**. 2ª ed. atual. de acordo com a Lei nº 12.529/2011 e o Novo Código Civil. São Paulo: Singular, 2006, p. 110.

Diante do exposto neste tópico, é possível verificar, por exemplo, que a afirmação de que a empresa A abusou de sua posição dominante de mercado por meio da subordinação da venda de um bem à aquisição de outro não é a afirmação de um fato processual, mas sim a afirmação de uma infração à ordem econômica (no caso, da infração à ordem econômica prevista no artigo 36, inciso IV, combinado com seu § 3º, inciso XVIII, da Lei nº 12.529/2011).

Do outro lado, a afirmação de que a empresa A abusou de sua posição dominante no mercado de pasta de dentes, subordinando, entre março de 2013 e agosto de 2014, a aquisição de pasta de dente à aquisição de fio dental, uma vez que passou a somente ofertar os dois produtos conjuntamente, colocando-os em uma mesma embalagem, e que isso permitiu a alavancagem de sua participação no mercado de fio dental, que aumentou em mais de 20% após a adoção da prática, pode ser considerada como a afirmação de um fato processual.

Tendo sido definido o que é um fato processual, cumpre averiguar quando a alteração do fato processual imputado na acusação, ao longo do processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, viola o princípio da correlação entre decisão e acusação.

2.5 Regra da identidade

Como já indicado na introdução a este capítulo, a representação do fato na decisão não necessita ser absolutamente idêntica à descrição do fato na acusação, uma vez que o princípio da correlação entre acusação e decisão não requer uma identidade lógica.¹⁸⁴ Desse modo, é necessário estabelecer quando eventual alteração na representação do fato é relevante para fins de correlação entre acusação e decisão. Nesse ponto, é preciso traçar a distinção entre relevância para fins de direito processual e relevância para fins de direito material, o que será feito com base em investigações conduzidas no contexto do processo penal.

Como visto, o princípio da correlação entre acusação e decisão diz respeito ao fato processual, ou seja, a um acontecimento histórico imputado ao acusado, e não ao fato para fins de direito material. Logo, o que é essencial observar para verificar se houve uma incongruência entre a acusação e a decisão, no caso de haver diversidade na representação de um fato, é se o

¹⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., 2013, p. 159.

fato alterado é relevante do ponto de vista processual, não do ponto de vista material.¹⁸⁵ O que pode ser irrelevante para o fato material, pode ser de extrema relevância sob a perspectiva processual.¹⁸⁶

E o que define se um fato é processualmente relevante? Como visto no primeiro capítulo, o princípio da correlação entre acusação e decisão visa a assegurar o contraditório, logo, a questão deve ser abordada sob a perspectiva dessa garantia, evitando qualquer mudança do fato processual que possa acarretar prejuízo ao exercício do contraditório. E quando a diversidade do fato prejudica o exercício do contraditório? A resposta vem em duas partes.

Primeiramente, há prejuízo ao exercício do contraditório, de um lado, caso a mudança efetuada seja relevante em face da tese defensiva.¹⁸⁷ A importância da tese defensiva para verificar quando a alteração de elemento integrante do fato viola a correlação entre fato e sentença é destacada por Antonio Scarance Fernandes ao afirmar que

Quando a alteração não atingir elementos do fato típico, mas outras circunstâncias do fato que servem para individualizá-lo como acontecimento histórico e distingui-lo de outro evento, a existência de prejuízo depende de análise do caso, principalmente da forma como o acusado desenvolveu a sua defesa, do alibi que apresentou.¹⁸⁸

Não é possível alterar o fato processual que seja relevante para o arguido pela defesa, fazendo com que a defesa seja pega de surpresa e seja impedida de influenciar a decisão a ser tomada em decorrência da mudança dos dados fáticos sobre os quais construiu as suas alegações.

Por exemplo, se um indivíduo é acusado de cometer um homicídio utilizando um fuzil e ele logre em demonstrar que não possuía e nem poderia ter usado esse tipo de arma, ele não pode ser condenado por ter cometido o crime com outra arma, do mesmo modo que se um indivíduo é acusado de matar alguém em determinado dia e ele prove que, nesse dia, ele não se encontrava na cidade do crime narrado na acusação, ele não pode ser condenado por ter matado a mesma pessoa em outro dia.¹⁸⁹

Em síntese, se determinado dado fático é relevante à luz da tese defensiva apresentada no caso concreto ele não pode ser alterado, sem que a defesa tenha a oportunidade de se manifestar sobre essa alteração.

¹⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 3123.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 3096. MALAN, Diogo Rudge. op. cit., 2003, p. 112; CAPELA, Fábio. op. cit., 2008, p. 66.

¹⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 125-127.

¹⁸⁸ FENRANDES, Antonio Scarance. op. cit., 2010 p. 344.

¹⁸⁹ Esses exemplos são mencionados em BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 124.

Merece destaque o fato de que não pode ser considerada obrigação do acusado se defender considerando elementos fáticos diversos daqueles que compõe o fato que lhe foi imputado, uma vez que o acusado deve se defender do fato a ele atribuído, considerando a forma como foi narrado, não sendo possível se exigir mais dele.¹⁹⁰

As ideias desenvolvidas até o momento permitem chegar a algumas constatações interessantes. A primeira delas é que, apesar de o critério adotado se prestar a ser um critério geral, a questão da congruência entre a acusação e decisão sempre só poderá ser resolvida diante do caso concreto, não sendo viável a criação de fórmulas prontas, visto que a solução da questão dependerá da defesa apresentada na situação específica. Além disso, percebe-se que, mesmo para duas imputações referentes ao mesmo tipo penal, poderá haver considerável diversidade entre o que poderá e o que não poderá ser alterado, uma vez que o é irrelevante para uma imputação, pode ser de extrema relevância para outra, a depender das teses defensivas apresentadas em cada um dos casos.

Do outro lado, uma vez que o contraditório não é uma garantia apenas da defesa, mas também da acusação, não é possível que a mudança de determinado dado fático seja realizada em prejuízo da acusação,¹⁹¹ que não pode ser alijada dos seus direitos de influenciar a decisão final do processo e de não ser surpreendida por uma decisão que não guarde correlação com o que foi por ela imputado. Sobre esse ponto, alguns autores têm defendido que o contraditório e manutenção do sistema acusatório são tão importantes quanto a ampla defesa.¹⁹²

Gustavo Badaró sintetiza a ordem de ideais desenvolvidas neste tópico até o momento afirmando que “[s]ão admissíveis mutações do fato imputado desde que digam respeito a dados que não ostentem relevância em face dos elementos necessários para a condenação ou da tese defensiva”.¹⁹³ A *contrario sensu*, caso seja alterado dado fático relevante para a condenação ou a tese defensiva, se estará diante de uma afronta ao princípio da correlação entre acusação e decisão e, por arrastamento, do exercício do contraditório, seja pela acusação ou pela defesa.

O que foi dito até aqui é útil e suficiente para afastar a adequação de outros critérios encontrados no âmbito doutrinário para verificar a identidade do objeto do processo, dos quais merece destaque o que se baseia na impossibilidade da alteração dos elementos do tipo penal. Conforme esse parâmetro, se um elemento do fato integra o tipo penal, ele não pode ser alterado.

¹⁹⁰ FENRANDES, Antonio Scarance. op. cit., 2010, p. 343.

¹⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 131-132.

¹⁹² CAPELA, Fábio. op. cit., 2008, p. 68.

¹⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. op. cit., 2022, p. 256.

Do outro lado, se o elemento do fato processual não é parte integrante do tipo penal, pode haver sua alteração, sem que isso implique violação à correlação entre acusação e decisão. Tal posicionamento, entretanto, é inadequado pois se baseia no fato penal (tipo penal) e na relevância penal sendo que, como exposto, o que deve ser considerado para verificar a alteração ou não do fato, para fins de correlação entre acusação e decisão, deve ser o fato processual, com todas características indicadas no tópico acima, e a relevância processual.¹⁹⁴

Embora, neste tópico, a definição do critério para verificação da identidade do objeto tenha sido trabalhada com base na doutrina processual penal, observa-se que o critério utilizado para determinar a identidade ou não do objeto gira em torno e decorre da garantia do contraditório, que, como visto no primeiro capítulo, incide plenamente no processo administrativo no CADE. Desse modo, aparenta ser adequada a utilização do mesmo critério no âmbito do processo administrativo concorrencial.

Logo, no processo administrativo no CADE, a mudança de determinado dado fático violará o princípio da correlação caso o dado fático alterado seja relevante em face da tese defensiva apresentada pelo representado ou em face da acusação realizada pela Superintendência-Geral do CADE.

Desse modo, caso as empresas investigadas em um processo administrativo no CADE fossem acusadas de trocar informações concorrencialmente sensíveis por e-mail e, em suas defesas, se limitassem a sustentar que as informações trocadas não possuíam qualquer sensibilidade do ponto de vista concorrencial, poderia se argumentar a não ocorrência de violação ao princípio da correlação entre acusação e decisão caso a decisão final consignasse que as empresas trocaram as mesmas informações constantes da acusação via telefone, uma vez que o meio de contato entre as empresas não era relevante diante da tese defensiva. Do outro lado, se as empresas investigadas fossem acusadas de formar um cartel que operava por meio da fixação de preços e conseguissem demonstrar que não praticavam preços similares, não poderia haver uma condenação das empresas pela criação de um cartel que funcionava por meio da divisão de mercado, sob pena de violação ao princípio da correlação.

2.6 Conclusão do capítulo

¹⁹⁴ Ibidem, p. 115.

O presente capítulo buscou definir mais concretamente o que o princípio da correlação e decisão significa no âmbito do processo administrativo no CADE. Essa tarefa foi dividida em duas fases, sendo a primeira delas a definição do objeto do processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica e a segunda a aferição do critério adequado para verificar se a mudança no objeto do processo implica uma violação ao princípio da correlação entre acusação e decisão.

Na busca de uma definição do objeto do processo no CADE, foi adotado como ponto de partida a constatação, alcançada pelos processualistas civis alemães e aceita por grande parte da doutrina processual moderna, de que o objeto do processo é a pretensão. Viu-se ainda que a pretensão que é objeto do processo não é, e não deve ser confundida com, a pretensão material sendo, na realidade, um conceito processual. Ainda sobre o tema, foi abordado o dissenso doutrinário existente sobre a questão do que seria, em última instância, o conteúdo da pretensão processual. Apesar da divergência, foi possível observar a relevância do pedido para as principais correntes que buscaram estabelecer os componentes da pretensão processual.

Verificou-se que a definição do conteúdo da pretensão processual administrativa em termos do pedido, como realizada por alguns autores, em uma abordagem que parece derivar consideravelmente dos estudos desenvolvidos na seara processual civil, não parece útil ou adequada para os processos administrativos sancionadores, como é o caso do processo administrativo no CADE. Como apontado, no caso desse tipo de processo, a peça inaugural sequer deduz algum pedido.

Diante desse fato, realizou-se uma aproximação com o processo penal para, mantendo o pressuposto de que o objeto do processo deve ser entendido como a pretensão, identificar essa com o conteúdo da imputação. Ao avançar no tema, verificou-se que a imputação envolve a afirmação de um fato e, mais especificamente, de um fato processual, que deve ser entendido como um acontecimento histórico hipotético, indivisível, com todas as suas circunstâncias, e não a afirmação de um ilícito concorrencial.

Tendo sido identificado o objeto do processo administrativo no CADE, e reconhecido que não é toda e qualquer diversidade do fato imputado que afronta o princípio da correlação entre acusação e decisão, visou-se definir o critério adequado para verificar quando a mudança do fato processual desrespeita o princípio da correlação. A conclusão alcançada foi a de que há violação ao princípio da correlação entre acusação e decisão sempre que a diversidade do fato

diz respeito a um dado fático relevante para a tese defensiva ou para acusação, uma vez que, nessas hipóteses, haverá prejuízo ao exercício do contraditório pela defesa ou pela acusação.

3. A MUDANÇA DA DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO CADE

Os dois primeiros capítulos teceram considerações gerais sobre a aplicação do princípio da correlação entre acusação e decisão no âmbito do processo administrativo no CADE. Enquanto o primeiro capítulo questionou se esse princípio deveria ser aplicado ao processo administrativo concorrencial, o segundo buscou esclarecer o que a aplicação do princípio significa em última instância. Este capítulo, partindo das conclusões alcançadas nos dois primeiros, se debruça sobre uma questão mais específica, que é a mudança na definição do mercado relevante durante o processo administrativo. O objetivo é verificar se a definição do mercado relevante pode ou não ser alterada durante o curso do processo administrativo no CADE.

Espera-se que a discussão sobre o tema nessa instância específica permita esclarecer ideias que foram trabalhadas até o momento de forma mais geral e abstrata, assim como justificar a relevância do tema deste trabalho no âmbito do direito concorrencial.

A escolha pelo foco na alteração da definição de mercado relevante se deu por três razões. A primeira delas é a importância do conceito de mercado relevante e da sua definição para o direito concorrencial. Já foi apontado que a definição de mercado relevante é responsável pela determinação do resultado de mais casos de direito concorrencial do que qualquer outra questão substantiva,¹⁹⁵ assim como que a definição de mercado relevante é a questão mais importante na maior parte dos casos de *enforcement* concorrencial.¹⁹⁶

A segunda razão é o fato de, em outras jurisdições, decisões de autoridades concorrenciais já terem sido anuladas judicialmente em razão de a decisão final da autoridade administrativa ter mudado o escopo dos mercados afetados pela conduta investigada que havia sido definido em uma etapa anterior do processo administrativo.

¹⁹⁵ BAKER, Jonathan. Market Definition: An Analytical Overview. **Antitrust Law Journal**, vol. 74, p. 129 – 173, 2007, p. 129.

¹⁹⁶ PITOFSKY, Robert. New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust. **Columbia Law Review**, vol. 90, n.º. 7, p. 1805-1864, nov., 1990, p. 1807. É importante notar que, no Brasil, a definição de mercado relevante tem perdido importância no contexto de investigações de cartel em razão da jurisprudência mais recente do Tribunal do CADE sobre o assunto. Esse ponto será abordado com mais profundidade na sequência do trabalho.

Por exemplo, no caso *Qualcomm Inc. v Comissão Europeia*,¹⁹⁷ o Tribunal Geral da União Europeia anulou condenação imposta pela Comissão Europeia contra a Qualcomm Inc. Um dos motivos para a anulação foi que o *statement of objections*¹⁹⁸ acusava a empresa de abuso de posição dominante em dois mercados, enquanto a decisão final da Comissão Europeia referiu-se apenas ao abuso de posição dominante em um mercado. Em resposta ao *statement of objections* que recebeu, a Qualcomm Inc. apresentou um estudo econômico para demonstrar que a conduta a ela imputada não poderia causar o fechamento dos dois mercados mencionados. O Tribunal Geral da União Europeia destacou que a definição do escopo dos mercados afetados pela conduta necessariamente altera os dados a serem utilizadas no estudo econômico e concluiu que houve violação aos direitos de defesa da Qualcomm Inc., uma vez que a possibilidade de a empresa investigada apresentar evidências de que a sua conduta não poderia gerar efeitos anticompetitivos não tem efeito prático algum caso o escopo da conduta seja modificado pela Comissão Europeia após o *statement of objections*, especialmente em relação aos mercados envolvidos.¹⁹⁹

Por fim, a terceira razão para o foco escolhido é o Tribunal do CADE já ter se manifestado pela possibilidade de mudança da delimitação de mercado relevante durante o curso do processo administrativo. Esse entendimento foi exposto no julgamento do Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64 em 2019. As motivações apresentadas pelo Tribunal do CADE para afirmar a possibilidade da alteração da definição do mercado relevante durante o curso do processo administrativo no julgamento do referido processo administrativo ocuparão parte considerável desse capítulo.

A escolha pela análise desse caso se deu em razão de o Tribunal do CADE, nos termos do voto do Conselheiro João Paulo Resende,²⁰⁰ ter apresentado três argumentos distintos para defender a viabilidade de se alterar a definição de mercado relevante no curso do processo administrativo, sendo que, enquanto um deles dizia respeito às circunstâncias do caso específico, um outro poderia ser aplicado a todos os casos em que fossem investigadas condutas consideradas “ilícitas por objeto” conforme a jurisprudência do CADE e o terceiro poderia ser

¹⁹⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Geral da União Europeia. Caso T-235/18 - Qualcomm Inc. v Comissão Europeia. Luxemburgo, 15 de junho de 2022.

¹⁹⁸ O *statement of objections* é uma etapa formal das investigações conduzidas pela Comissão Europeia para apurar violações à legislação concorrencial da União Europeia. Por meio desse documento, a Comissão Europeia informa às partes envolvidas na investigação as alegações realizadas contra elas.

¹⁹⁹ Embora o caso tenha tratado da redução do número de mercados relevantes afetados pela conduta, percebe-se que o mesmo raciocínio poderia ser aplicado para a mudança na definição do mercado relevante.

²⁰⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro João Paulo Resende no Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64. Brasília, 10 de abril de 2019.

utilizada para justificar a mudança da definição de mercado relevante em qualquer caso. Desse modo, as razões apresentadas pelo Tribunal do CADE no Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64, que estão em aparente conflito com o princípio da correlação, poderiam reverberar em outras decisões a serem proferidas pela autoridade concorrencial. Além disso, os múltiplos argumentos apresentados pelo Tribunal do CADE nesse caso permitem realizar diversas considerações relevantes sobre a temática da correlação entre acusação e decisão no processo administrativo concorrencial.

Nesse capítulo, serão realizadas, inicialmente algumas considerações sobre a noção de mercado relevante e a sua definição, especialmente no âmbito do processo administrativo para a imposição de sanções por infrações à ordem econômica. Em relação a esse ponto, será analisado como a categorização dos ilícitos concorrenciais estabelecida na jurisprudência mais recente do CADE tem impactado o entendimento de alguns autores e do Tribunal do CADE sobre a necessidade de definição de mercado relevante para a configuração de ilícitos concorrenciais.

Após essas considerações, será possível prosseguir com a discussão sobre questões relacionadas à possibilidade de mudança da definição do mercado relevante durante o processo administrativo por meio de uma análise crítica do entendimento firmado pelo Tribunal do CADE no julgamento do Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64. O objetivo principal não será entrar a fundo nas especificidades desse caso, mas verificar se a fundamentação utilizada pelo Tribunal do CADE para justificar a possibilidade de alteração da definição de mercado relevante é ou não compatível com a linha de ideias desenvolvidas até esta etapa do trabalho e, a partir disso, fazer alguns apontamentos pertinentes sobre a questão.

3.2 Mercado relevante

O conceito de mercado relevante, que, como já ressaltado, é considerado fundamental para o direito concorrencial, pode ser definido de diversas formas.

Para Paula Forgioni, “*o mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou autua o agente econômico que está sendo analisado*”.²⁰¹ A autora, ao tratar

²⁰¹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 12ª ed. rev. e atual., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 220.

das conhecidas dimensões geográfica e produto do mercado relevante, aponta que a primeira diz respeito ao espaço físico onde são travadas as relações de concorrência ligadas à prática que está sendo analisada,²⁰² enquanto a segunda diz respeito à concorrência enfrentada pelo agente econômico, considerado o bem ou o serviço que oferece.²⁰³

Paulo Burnier, por sua vez, afirma que “*o mercado relevante é a área sobre a qual se exerce efetivamente pressão competitiva sobre o produto e os serviços que o compõe*”.²⁰⁴ Para o propósito do presente trabalho, é interessante apontar também a definição de Jonathan Baker, que engloba a razão de ser do mercado relevante no contexto do direito concorrencial. Segundo o autor estadunidense, um mercado relevante é uma coleção de produtos e localidades geográficas delimitada como parte de uma investigação para realizar inferências sobre poder de mercado e efeitos anticompetitivos.²⁰⁵

Tendo em vista que o objetivo do presente trabalho não é estabelecer qual das diversas conceituações de mercado relevante é a mais adequada, é suficiente constatar, com base nas definições apresentadas acima, que um mercado relevante se relaciona com determinada área geográfica, assim como com um conjunto de produtos e serviços e é definido para possibilitar a análise concorrencial de determinado ato.

Cumprido verificar, na sequência, questões específicas relacionadas à definição de mercado relevante no âmbito do processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica.

3.2.1 A definição de mercado relevante no processo administrativo no CADE

Sobre a definição de mercado relevante no âmbito de processos administrativos para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, é possível observar a existência de duas correntes: há os que defendem a sua instrumentalidade, assim como há os que defendem a sua imprescindibilidade. Nota-se que renomadas autoras brasileiras aderem a posicionamentos distintos sobre essa questão.

²⁰² SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 37

²⁰³ FORGIONI, Paula A. op. cit., 2022, p. 222.

²⁰⁴ Ibidem, p. 227.

²⁰⁵ BAKER, Jonathan. op. cit., 2007, p. 130.

Ana Frazão destaca que o direito concorrencial se volta a reprimir apenas as condutas que sejam capazes de colocar em risco a ordem concorrencial, sendo natural, portanto, que, nas investigações de infrações à ordem econômica, haja um foco de atenção no poder de mercado dos agentes investigados, uma vez que o poder de mercado se relaciona com a capacidade de os agentes, mediante as suas condutas, influenciarem variáveis relevantes de mercado.²⁰⁶

A autora considera que, embora a mensuração da participação de mercado dos agentes econômicos, que requer previamente a definição do mercado relevante, seja a forma mais usual de as autoridades concorrenciais aferirem o poder de mercado, ela não é a única, assim como pode ser objeto de diversas críticas.²⁰⁷ Diante da existência de metodologias alternativas para a aferição de poder de mercado e dos possíveis problemas decorrentes da definição de mercado relevante e da utilização da participação de mercado na análise de ilícitos concorrenciais, a autora conclui que

os exercícios de delimitação do mercado relevante e de cálculo de participação do mercado possuem um caráter instrumental à análise antitruste e, como tentativas imperfeitas de mensuração da realidade econômica, não representam elementos indispensáveis à conclusão do ilícito.²⁰⁸

Paula Forgioni, por sua vez, considera que sem a delimitação do mercado relevante é impossível verificar a ocorrência das hipóteses previstas no inciso do artigo 36, *caput*, da Lei nº 12.529/2011,²⁰⁹ visto que uma prática anticompetitiva não pode existir, senão em um determinado mercado. Segundo a autora:

A partir do momento em que o texto normativo faz referência à restrição da “concorrência”, para a caracterização do ilícito devemos determinar de qual concorrência estamos tratando (com o escopo de verificar se a prática analisada teve por objeto ou por efeito restringi-la). O mesmo se dá em relação ao domínio de mercado e ao abuso de posição dominante: são práticas que somente existem em concreto, ou seja, se referidas a um determinado mercado: ao mercado relevante.²¹⁰

Também pela necessidade de definição de mercado se manifesta Vicente Bagnoli ao afirmar que a definição de mercado relevante é fundamental para a análise dos efeitos competitivos de condutas adotadas por empresas em condição de impor seus interesses ao mercado, uma vez que é nesse espaço que a autoridade da concorrência deverá atuar, reprimindo eventuais abusos.²¹¹

²⁰⁶ FRAZÃO, Ana. op. cit., 2017, p. 296.

²⁰⁷ Ibidem, p. 296-297.

²⁰⁸ Ibidem, p. 297.

²⁰⁹ FORGIONI, Paula A. op. cit., 2022, p. 220.

²¹⁰ Ibidem, p. 220.

²¹¹ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 293.

Para aqueles que, como Paula Forgioni e Vicente Bagnoli, entendem que a definição de mercado relevante é imprescindível para a caracterização do ilícito concorrencial, é evidente que deverá haver a definição do mercado relevante em qualquer processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, uma vez que, sem essa definição, será inviável a caracterização do ilícito concorrencial.

Do outro lado, para os que, na linha de Ana Frazão, consideram que a delimitação de mercado relevante possui caráter instrumental, a maior ou menor necessidade de haver a delimitação do mercado relevante dependerá, em grande medida, da conduta sendo investigada. Essa questão se relaciona com a jurisprudência do CADE sobre a distinção entre “ilícitos por objeto” e “ilícitos por efeitos” e a aplicação das chamadas “regra da razão” e “regra *per se*”, abordadas brevemente a seguir.

3.2.2 A definição de mercado relevante e a categorização dos ilícitos concorrenciais na jurisprudência do CADE

Uma característica conhecida do direito concorrencial, que perdura desde o surgimento do *Sherman Act* nos Estados Unidos em 1890, é a existência de normas razoavelmente abertas no que diz respeito à definição dos ilícitos concorrenciais.²¹² Em razão disso, foram desenvolvidos alguns métodos analíticos para que a licitude ou ilicitude de condutas potencialmente anticompetitivas pudessem ser avaliadas.

Nos Estados Unidos, houve o desenvolvimento dos conceitos de “regra da razão” e de “regra *per se*”. Conforme estabelecido na jurisprudência dos tribunais dos Estados Unidos, a regra da razão exige uma análise detalhada de uma série de fatores, dentre eles a estrutura de mercado, para verificar a ilicitude da conduta.²¹³ Ao seu turno, a regra *per se*, aplicada quando já existe uma convicção consolidada acerca dos efeitos nocivos relacionados a determinada prática, é apontada como um conjunto de presunções em torno da ilicitude de determinada conduta para evitar os custos incorridos na análise por meio da regra da razão.²¹⁴

²¹² CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. A Categorização dos Ilícitos Concorrenciais e o Direito Concorrencial Brasileiro. In: CAMPILONGO, Celso e PFEIFFER, Roberto (Org.). **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018, p. 288-289.

²¹³ FRAZÃO, Ana. op. cit., 2017, p. 290.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 291.

Já na Europa, houve o desenvolvimento dos conceitos de “ilícitos por objeto” e “ilícitos por efeitos”. Conforme Ana Frazão, essa distinção não diz respeito a metodologias de análise antitruste diferentes, como seria o caso da regra da razão e da regra *per se*, mas a espécies distintas de ilícitos, embora seja possível reconhecer que o principal desdobramento dessa categorização é a aplicação de metodologias distintas.²¹⁵ Os tidos como ilícitos por objeto são relacionados com uma presunção de potencialidade lesiva, que pode ser desconstituída pelo representado, enquanto os considerados ilícitos por efeitos, para a sua configuração, requerem que a autoridade concorrencial demonstre a potencialidade lesiva da prática no caso concreto.²¹⁶

Tendo em vista que a aplicação da regra da razão e a categorização de uma conduta como um ilícito por efeitos requerem uma análise mais detida da autoridade concorrencial para, por meio de um balanço dos efeitos positivos e negativos da conduta no mercado, chegar-se à determinação da potencialidade lesiva da conduta, é comumente apontada como viável a associação dos ilícitos por efeitos à metodologia da regra da razão. Do outro lado, uma vez que tanto a aplicação da regra *per se* quanto a categorização de uma prática como um ilícito por objeto implicam uma presunção de potencialidade lesiva e, conseqüentemente de ilicitude, tem sido reputada possível a associação dos ilícitos por objeto à metodologia da regra *per se*.²¹⁷

É importante esclarecer que a caracterização de uma conduta como um ilícito por objeto ou a aplicação da regra *per se* não conduz a uma presunção absoluta de ilicitude, mas a uma presunção relativa.²¹⁸ Desse modo, mesmo caracterizada a materialidade da conduta, é amplamente reconhecida, ao menos no âmbito doutrinário, a possibilidade de se afastar sua ilicitude se demonstrada a inexistência de potencialidade lesiva.

No Brasil, Vicente Bagnoli e José Inácio Gonzaga Franceschini apontam que, durante certo tempo, o CADE possuiu o entendimento de que todas as condutas possivelmente anticompetitivas, fossem unilaterais ou coordenadas, deveriam ser analisadas mediante a denominada regra da razão.²¹⁹ De acordo com os autores, a metodologia de análise de condutas anticompetitivas, inclusive dos chamados cartéis *hardcore*, era “assente e minuciosa” e, além de envolver a identificação da conduta, sua enquadramento legal e a existência de provas

²¹⁵ *Ibidem*, p. 292.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 292-293.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 294. A mesma associação é aceita, com ressalvas, em CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. *op. cit.*, 2017, p. 956.

²¹⁸ SILVEIRA, Paulo Burnier da. *op. cit.*, 2021, p. 65.

²¹⁹ BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *op. cit.*, 2018, p. 426. No mesmo sentido: CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. *op. cit.*, 2018, p. 958.

suficientes de sua realização, englobava: a delimitação do mercado relevante; a estimativa de participações no mercado relevante; a análise das condições concorrenciais, efetivas e potenciais, no mercado relevante; a avaliação dos danos anticoncorrenciais da conduta sobre este mercado; o exame de possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados pela conduta; e a avaliação final dos efeitos anticompetitivos, ao menos concretamente potenciais, e das eficiências econômicas da conduta.²²⁰

A prevalência da regra da razão pode ser percebida a partir da leitura dos anexos da revogada Resolução nº 20/1999 do CADE. O texto introdutório aos anexos destacava que “[a] análise de condutas anticoncorrenciais exige exame criterioso dos efeitos das diferentes condutas sobre os mercados” e que “[a]s experiências nacional e internacional revelam a necessidade de se levar em conta o contexto específico em que cada prática ocorre e sua razoabilidade econômica”. Mesmo ao tratar de práticas restritivas horizontais, incluindo cartéis, que hoje são considerado os ilícitos por objeto por excelência, o anexo I da resolução recomendava o a aplicação do “princípio da razoabilidade”.

Entretanto, mais recentemente, tem sido notado que o CADE se distanciou da aplicação irrestrita da regra da razão e começou a utilizar mais a regra *per se* e a noção de ilícitos por objeto.²²¹ A título exemplificativo, transcreve-se abaixo trecho do voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira no Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90, de 2017, dentre muitos outros no mesmo sentido, que demonstram a aplicação da regra *per se* e da classificação de ilícito por objeto pelo Tribunal do CADE:

nos termos do art. 36 da Lei nº 12.529/11, o ilícito concorrencial se consuma na prática de ato sob qualquer forma manifestado que tenha por objeto ou possa produzir o efeito de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre-concorrência. Ademais, a jurisprudência consolidada do CADE já assentou o entendimento de que as condutas colusivas caracterizam um ilícito concorrencial *per se*, não sendo necessário que sejam comprovados seus efeitos e, muito menos, que seja confirmado “de forma matemática”²²²

Essa mudança jurisprudencial foi responsável por fazer surgir o entendimento de que a definição do mercado relevante seria necessária (ou ao menos mais necessária) para a configuração de determinadas condutas anticompetitivas e desnecessária (ou ao menos mais desnecessária) para a configuração de outras condutas. Passou-se a se defender que, para as condutas caracterizadas como um ilícito por efeitos deve haver um exame mais detido do

²²⁰ BAGNOLI, Vicente; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. op. cit., 2018, p. 427.

²²¹ Ibidem, p. 427-433; CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. op. cit., 2017, p. 960.

²²² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira no Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90. Brasília, 7 de junho de 2017.

mercado afetado, exigindo considerações acerca do mercado relevante,²²³ enquanto para as condutas consideradas um ilícito por objeto a análise do mercado relevante seria dispensável.²²⁴ Esse entendimento é encontrado em diversos julgados recentes do CADE. A título de exemplo, transcreve-se o voto vogal da Conselheira Paula Azevedo no Processo Administrativo nº 08700.002632/2015-17, proferido em 2018, que foi acompanhado pela maioria do Tribunal do CADE:

Uma conduta é tida como ilícita pelo seu objeto quando existem indicativos firmes e seguros, decorrentes de experiência doutrinária e jurisprudencial, de que a prática não possui propósito econômico legítimo e trata-se de uma restrição pura à concorrência. Isto é, o próprio objeto da conduta atenta contrariamente ao ambiente concorrencial, não sendo possível identificar, sequer em tese, qualquer outro objetivo que não seja a restrição da concorrência. Com relação a esse tipo de ilícito, por conta das constatações mencionadas acima, recai a aplicação de uma presunção relativa de potencialidade lesiva, sendo desnecessário que a autoridade faça um exame detido quanto ao mercado relevante afetado, às barreiras à entrada, ao poder de mercado e os efeitos da conduta – ou seja, por conta da presunção de potencialidade lesiva que recai sobre os ilícitos por objeto, é dispensada a análise por regra da razão, que é a metodologia aplicada aos ilícitos por efeito.²²⁵

Realizadas as devidas considerações iniciais sobre a noção de mercado relevante e sobre a sua definição em processos administrativos para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, incluindo a exposição do entendimento de parte da doutrina e do Tribunal do CADE sobre a prescindibilidade da definição de mercado relevante para a configuração dos chamados ilícitos por objeto, é possível seguir com a análise da questão da mudança da definição de mercado relevante ao longo do processo administrativo.

3.3 A mudança da definição de mercado relevante e o princípio da correlação

Como antecipado, a questão da mudança da definição de mercado relevante ao longo do processo administrativo no CADE e a sua relação com o princípio da correlação será endereçada por meio de uma análise crítica do entendimento exposto pelo Tribunal do CADE no julgamento do Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64.

O referido processo administrativo foi instaurado para apurar a ocorrência de alegadas infrações à ordem econômica cometidas por distribuidoras de combustíveis, postos de gasolina,

²²³ FRAZÃO, Ana. op. cit., 2017, p. 293; SILVEIRA, Paulo Burnier da. op. cit., 2021, p. 67.

²²⁴ FRAZÃO, Ana. op. cit., 2017, p. 292.

²²⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto da Conselheira Paula Azevedo no Processo Administrativo nº 08700.002632/2015-17. Brasília, 5 de dezembro de 2018.

um sindicato e diversas pessoas físicas. Dentre as condutas imputadas aos representados estava a prática de cartel e a influência à conduta comercial uniforme, que, conforme a jurisprudência já dominante do Tribunal do CADE à época, eram considerados ilícitos por objeto.

A nota técnica de instauração do processo administrativo definiu o mercado relevante, sob a dimensão produto, como sendo o mercado de serviços de distribuição e revenda de combustíveis líquidos em geral (gasolina, diesel e álcool combustível), ressaltando, entretanto, que a análise focaria em gasolina comum e álcool combustível, uma vez que, nas provas juntadas aos autos do processo, não eram mencionados outros tipos de combustíveis líquidos. Em relação à dimensão geográfica, o mercado relevante foi definido como abrangendo o município de Belo Horizonte e possivelmente o de Contagem e de Betim.

Após a prolação da nota técnica de encerramento do processo administrativo e do despacho que a acolheu, alguns representados se manifestaram nos autos do processo alegando, dentre outros pontos, que, na referida nota técnica, haveria ocorrido mudança na definição de mercado relevante. No voto do Conselheiro João Paulo Resende, condutor da decisão do Tribunal do CADE, restou consignada a possibilidade de a definição do mercado relevante ser alterada durante o curso do processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. Nenhum dos demais membros do Tribunal do CADE levantou alguma divergência em relação a esse ponto.

Na ocasião, foram apresentados três argumentos para justificar a possibilidade de mudança de definição de mercado. O primeiro deles, foi o de que a nota técnica de instauração do processo administrativo apenas faz uma “sugestão preliminar” quanto à fixação do mercado relevante, não estando a autoridade concorrencial vinculada ao exame inicialmente feito, uma vez que a devida instrução probatória é que é capaz de limitar, com maior precisão, as dimensões do mercado. Afirmou-se que o Tribunal do CADE, na ocasião do julgamento final, é que deve anuir ou não com a definição do mercado relevante realizada pela Superintendência-Geral do CADE. O segundo argumento foi o de que, para a configuração dos ilícitos investigados (formação de cartel e influência à adoção de conduta comercial uniforme), considerados ilícitos por objeto, os exercícios de delimitação do mercado relevante e de cálculo de participação do mercado teriam caráter meramente instrumental à análise concorrencial e não seriam indispensáveis à conclusão pela configuração do ilícito. Em terceiro lugar, foi argumentado que a ampliação na delimitação do mercado relevante, no caso, seria mais

benéfica aos representados, uma vez que esses alegaram a falta de poder de mercado em suas defesas.

Esses três argumentos serão criticamente analisados na sequência, para, a partir deles, serem realizados apontamentos sobre a mudança da definição de mercado relevante e a sua relação com o princípio da correlação. Ressalva-se que esses argumentos não serão analisados propriamente com base nos fatos do caso concreto, mas de forma mais abstrata. Essa escolha justifica-se na medida em que o objetivo principal aqui não é estabelecer o erro ou acerto da decisão do Tribunal do CADE no caso específico ou analisar a ocorrência ou não da mudança da definição de mercado relevante no caso, mas observar se o Tribunal do CADE partiu dos fundamentos corretos, com base nas considerações realizadas nos dois capítulos anteriores, uma vez que esses fundamentos, possivelmente, poderão ser repetidos em casos futuros.

3.3.1 A definição de mercado relevante como elemento do fato processual

O primeiro fundamento apresentado para justificar a possibilidade de alteração do mercado relevante, como já exposto, foi o de que a nota técnica de instauração do processo administrativo apenas apresenta uma sugestão inicial da definição de mercado relevante e que cabe ao Tribunal do CADE, no julgamento final, decidir a delimitação do mercado relevante mais adequada para o caso. Percebe-se que, com base nesse argumento, o Tribunal do CADE poderia mudar livremente a delimitação do mercado relevante realizada pela Superintendência-Geral do CADE, não estando, em nenhuma hipótese, adstrito à definição apresentada na acusação.

Nota-se que essa conclusão somente poderia ser alcançada partindo de uma das seguintes premissas: a de que a decisão do Tribunal do CADE pode não guardar correlação com a acusação da Superintendência-Geral do CADE ou a de que a definição de mercado relevante não está inserta no objeto do processo, e, portanto, a sua alteração não implica na mudança do objeto do processo. Entretanto, nenhuma dessas premissas pode ser aceita.

A primeira premissa pode ser confrontada com base nos apontamentos realizados no primeiro capítulo, não sendo necessário se alongar muito sobre essa questão. Como visto, ainda que o princípio correlação entre acusação e decisão não esteja previsto na Lei nº 12.529/2011, ele pode ser entendido como uma decorrência necessária do devido processo legal e, talvez

mais imediatamente, do princípio da imparcialidade, que possui melhores condições de ser efetivado quando há uma separação entre o órgão acusador e o órgão julgador, e do princípio do contraditório. Desse modo, é necessário que a decisão do Tribunal do CADE guarde correlação com a acusação apresentada pela Superintendência-Geral do CADE.

A premissa de que a definição de mercado relevante não compõe o objeto do processo, por sua vez, também não parece adequada. Como visto no segundo capítulo, o objeto do processo administrativo no CADE é melhor compreendido como o conteúdo da imputação realizada na acusação, que, como também já exposto, envolve a afirmação de um fato processual. O fato processual é um acontecimento real indivisível, um fato naturalístico incidível, um trecho da realidade que deve ser tratado como um todo. Isso significa que todas as circunstâncias que cercam a conduta potencialmente ilícita fazem parte do fato processual imputado. Desse modo, a delimitação de mercado relevante na acusação, que pode ser entendida como a afirmação de que a conduta investigada resultou ou poderia resultar em efeitos anticompetitivos em relação a certo conjunto de produtos ou serviços, em determinada área, é um elemento que integra o fato processual imputado.

Admitindo-se que a definição de mercado relevante é parte integrante do fato processual imputado, conclui-se que essa definição não pode ser, em todo caso, livremente alterada no curso do processo. Isso parece ser suficiente para afastar a correção do primeiro fundamento utilizado pelo Tribunal do CADE com a finalidade de justificar a possibilidade de alteração da delimitação de mercado relevante.

Uma vez que já se admitiu que nem toda mudança no fato processual viola o princípio da correlação entre acusação e decisão, é necessário que se defina um critério para diferenciar as situações em que a alteração da delimitação de mercado relevante implica ou não uma violação a esse princípio. O segundo fundamento apresentado pelo Tribunal do CADE, que será analisado na sequência, já poderia ser compreendido como um esforço nesse sentido. Cumpre verificar se o critério eleito foi adequado.

3.3.2 Independência entre relevância processual e relevância para a configuração de infração à ordem econômica

Como indicado acima, o segundo fundamento utilizado pelo CADE foi o de que, tendo em vista o fato de que as condutas analisadas eram ilícitas por objeto, a definição de mercado relevante (assim como o cálculo de participação de mercado), no caso, não era necessária para a configuração do ilícito concorrencial. Ou seja, a alteração do fato processual foi apontada como possível com base em sua suposta irrelevância para a configuração da infração à ordem econômica.

É possível notar que esse fundamento não reconhece a devida distinção e independência entre a relevância processual e a relevância para fins de direito material. Como já exposto, a confusão entre relevância processual e penal é amplamente rechaçada pela doutrina processual penal. No âmbito dos estudos do processo penal, consagrou-se entendimento no sentido de que, para fins de observância ao princípio da correlação entre acusação e decisão, deve-se atentar à relevância processual do elemento do fato, pouco importando se o elemento não é relevante para fins de direito material. O mesmo raciocínio merece ser aplicado no âmbito do direito concorrencial. Desse modo, é inadequado justificar a possibilidade de alteração da definição de mercado relevante com base na sua suposta irrelevância para a configuração da infração à ordem econômica.

Além disso, como reconhecido pela maior parte da doutrina concorrencial pátria, a noção de ilícito por objeto, se aplicada, deve implicar uma presunção relativa de potencialidade lesiva da conduta e, portanto, em uma presunção relativa de ilicitude. Desse modo, ainda que se considere que a afirmação de que determinada conduta é um ilícito por objeto torna desnecessária a comprovação da potencialidade lesiva da conduta por parte da autoridade concorrencial, é imprescindível que seja dada ao representado a possibilidade de afastar a presunção. A contraprova da presunção pode, em muitas ocasiões, depender da definição de mercado relevante adotada. Por exemplo, caso duas empresas sejam acusadas de realizar um acordo para fixar preços, elas podem buscar demonstrar que o suposto acordo seria completamente irracional ou inócuo uma vez que ao menos outras dez empresas atuavam no mesmo mercado relevante e que essas empresas poderiam facilmente absorver o desvio de demanda ocasionado pelo aumento de preços resultante da alegada conduta colusiva.

Ou seja, mesmo que a delimitação de mercado relevante não seja considerada necessária para a configuração do ilícito concorrencial, ela ainda pode ser considerada necessária para possibilitar o afastamento da configuração do ilícito.

É interessante notar que, mesmo que se considerasse que a ilicitude por objeto implica uma presunção absoluta de ilegalidade, com o que não se concorda neste trabalho, a definição de mercado relevante ainda assim poderia ser considerada como possuindo relevância em determinados casos.

O exemplo que a seguir se lê ilustra esse ponto: a empresa A foi acusada de participar de um cartel no mercado de bebidas energéticas entre os anos de 2016 e 2018. A empresa A foca toda a sua tese defensiva no fato de que, no referido período, a empresa A não fabricava ou comercializava bebidas energéticas, apenas refrigerantes. No julgamento final do processo administrativo, o Tribunal do CADE condena a empresa A por ter participado de um cartel no mercado de bebidas em geral, que engloba tanto bebidas energéticas quanto refrigerantes. Mesmo que se admitisse que, uma vez comprovada a materialidade do cartel investigado, não haveria argumento a ser apresentado ou prova ser produzida capaz de descaracterizar a ilicitude da conduta da empresa A, a definição de mercado relevante seria essencial, no exemplo proposto, para determinar a possibilidade ou impossibilidade de participação da empresa A na conduta investigada e, conseqüentemente, de sua condenação, sendo relevante, portanto, para o exercício da defesa.

A conclusão alcançada nesse ponto é a de que não importa o quão desnecessária se considere a definição de mercado relevante para a configuração de determinadas infrações à ordem econômica, a depender do caso concreto, a delimitação do mercado relevante poderá ser importante do ponto de vista processual. Uma vez que é a relevância processual que deve ser observada para fins de verificação da correlação entre acusação e decisão, não é possível facultar a possibilidade de mudança na definição de mercado relevante com base na sua alegada dispensabilidade para a configuração do ilícito concorrencial.

3.3.3 Distinção entre prejuízo à tese defensiva e prejuízo ao exercício do contraditório pela defesa

Conforme indicado, o terceiro argumento apresentado pelo Tribunal do CADE foi o de que a ampliação da delimitação do mercado relevante, no caso, seria mais benéfica aos representados, uma vez que parte dos representados alegou a falta de poder de mercado em suas defesas. Ou seja, analisou-se, primeiramente, a tese defensiva e, a partir da ponderação realizada

pelo próprio Tribunal do CADE acerca dos efeitos da alteração da delimitação de mercado relevante na tese defensiva, concluiu-se pela possibilidade de mudança da definição de mercado relevante.

Aqui concorda-se com o ponto de partida adotado pelo Tribunal do CADE. A fim de verificar se a mudança de determinada circunstância que compõe o objeto do processo é ou não possível, tendo em vista o princípio da correlação entre acusação e decisão, é necessário observar se aquela mudança é relevante ou não em face da tese defensiva apresentada. Como já assentado neste trabalho, é a tese defensiva que determina a relevância ou irrelevância de determinado dado fático integrante do objeto do processo.

Entretanto, não é possível concordar com a forma como o Tribunal do CADE indicou ser viável proceder após constatar que a alteração possui impactos na tese defensiva. A consequência da constatação de que um dado fático é processualmente relevante não pode ser o órgão julgador analisar, solitariamente, as implicações dessa mudança para verificar se, no seu entendimento, houve prejuízo aos argumentos apresentados pela defesa. Como visto, o princípio da correlação entre acusação e decisão tem a finalidade de assegurar o contraditório. Desse modo, a devida consequência da verificação da relevância de um dado fático é que ele não pode ser alterado sem que seja oportunizado o contraditório. Em síntese, a questão não é saber se a mudança é benéfica ou prejudicial à tese defensiva, mas simplesmente saber se a mudança é relevante em face da tese defensiva. Se for relevante, não pode haver sua alteração, uma vez que haverá prejuízo ao exercício do contraditório (no caso, do contraditório da defesa).

É importante notar que a inexistência de prejuízo à tese defensiva não se traduz necessariamente em inexistência de prejuízo ao contraditório pela defesa. Imagine-se, por exemplo, um caso como o Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64, em que houve discussões sobre ausência de poder de mercado, de racionalidade econômica e de efeitos da conduta, assim como a apresentação de pareceres econômicos para demonstrar esses pontos. Em casos como esse, os representados certamente produzem todos os pareceres, bem como elaboraram todos os seus argumentos de defesa, tendo em vista a definição de mercado relevante constante da acusação. Se posteriormente a delimitação de mercado relevante é alterada, todas as provas produzidas se tornam inócuas e não têm o menor condão de influenciar a decisão do Tribunal CADE frente a nova definição de mercado relevante, ainda que, em tese, a mudança seja mais favorável aos argumentos apresentados pelos representados. Ao

impossibilita que os representados influenciem efetivamente a decisão do Tribunal do CADE, há violação ao princípio do contraditório.

Desse modo, embora a tese defensiva seja importante para verificar se a definição de mercado relevante é um dado fático processualmente relevante ou não, deve-se considerar, na linha do exposto no capítulo anterior, que há violação ao princípio da correlação entre acusação e decisão sempre que a delimitação de mercado relevante for uma circunstância processualmente relevante e houver a sua alteração sem a devida observância do contraditório. Não é possível, portanto, argumentar a possibilidade de alteração do mercado relevante durante o processo administrativo no CADE com base no entendimento de que a mudança, na realidade, seria mais benéfica à tese defensiva.

3.4 Conclusão do capítulo

O presente capítulo discutiu a possibilidade ou impossibilidade de alteração da definição de mercado relevante no curso do processo administrativo concorrencial. A partir da análise crítica dos fundamentos apresentados pelo Tribunal do CADE para justificar a possibilidade de mudança da definição de mercado relevante no Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64, foi possível realizar algumas considerações pertinentes sobre o tema.

A primeira delas foi a de que a definição de mercado relevante realizada pela Superintendência-Geral do CADE na acusação é parte integrante do fato processual imputado. Desse modo, a delimitação do mercado relevante não pode ser livremente alterada ao longo do processo administrativo no CADE, sob risco de haver violação ao princípio da correlação entre acusação e decisão.

Na sequência, viu-se que não se pode aceitar o raciocínio segundo o qual a mudança da definição de mercado relevante é possível nos casos em que, conforme a jurisprudência do Tribunal do CADE, a definição de mercado relevante é considerada desnecessária para a configuração da infração à ordem econômica, ou seja, nos casos que digam respeito aos chamados ilícitos por objeto. Conforme exposto, essa linha de ideias não leva em consideração a distinção e a independência entre relevância processual e relevância para fins de direito material, assim como o fato de que é a relevância processual do dado fático que deve ser considerada para fins de correlação entre acusação e sentença.

Por fim, verificou-se que, embora a tese defensiva seja importante para verificar se a definição do mercado relevante é, em cada caso, processualmente relevante, não é possível permitir a mudança na definição de mercado relevante com base no juízo que o Tribunal do CADE faça, isoladamente, sobre os impactos da mudança na tese defensiva. Para verificar se a diversidade do fato implicou violação ao princípio da correlação entre acusação e decisão é necessário observar se houve violação ao exercício do contraditório, por meio da alteração de algum dado fático processualmente relevante e, como ressaltado, a aparente inexistência de prejuízo à tese defensiva não significa necessariamente que não houve prejuízo ao exercício do contraditório.

Desse modo, ainda que se entenda que, em determinado caso, a alteração do mercado relevante seria mais benéfica à tese defensiva apresentada pelos representados, não é possível se proceder com essa alteração sem observar o contraditório. O prejuízo ao exercício do contraditório pela defesa também resulta em violação ao princípio da ampla defesa. Desse modo, a alteração de definição de mercado relevante, quando essa for relevante em face da tese defensiva, é inconstitucional, por violar ambas as garantias previstas no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A incidência do princípio da correlação entre acusação e decisão não foi, até o momento, amplamente estudada no âmbito do processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. O presente trabalhou buscando contribuir para o preenchimento dessa lacuna.

No primeiro capítulo, traçou-se uma trajetória da cláusula do devido processo legal até o princípio da correlação entre acusação e decisão. Como exposto, a imparcialidade, princípio constitucional implícito e decorrência necessária do devido processo legal, para ter condições de ser efetivada, requer um sistema processual acusatório, ou seja, a separação das funções de julgar e acusar. Essa separação impede que o julgador altere a acusação proposta, devendo ficar adstrito aos seus termos. O contraditório, por sua vez, é expressamente previsto tanto na Constituição Federal, que garante a sua aplicação nos processos administrativos em que há conflitos de interesses, quanto na Lei nº 12.529/2011. A incongruência entre a acusação e decisão malferia o contraditório ao impedir que as partes influenciem a decisão a ser tomada pelo órgão julgador e as sujeitam às chamadas decisões surpresas. Diante dessas considerações, defendeu-se a necessária observância ao princípio da correlação entre acusação e decisão no âmbito do processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica.

Alcançado o entendimento pela aplicabilidade do princípio, o segundo capítulo tratou de modo mais concreto do que significa a correlação entre acusação e decisão no processo administrativo no CADE. Como não poderia ser diferente, tal tarefa demandou considerações sobre qual é o objeto do processo administrativo no CADE. Embora tenha-se reconhecido que a constatação de que objeto do processo é a pretensão processual, alcançada pelos estudiosos do processo civil, também é aplicável no âmbito dos processos administrativos, viu-se que as correntes sobre o conteúdo da pretensão processual no âmbito processual civil, muitas delas focadas no pedido, não parecem ser adequadas para os casos de processos administrativos sancionadores, como o processo administrativo no CADE, em que a peça inaugural não contém um pedido. Depois de uma aproximação que se reputa apropriada com o direito processual penal, afirmou-se que o objeto do processo administrativo perante o CADE é mais adequadamente compreendido como o conteúdo da imputação, ou seja, como a afirmação de um fato concorrencialmente ilícito atribuído a alguém. Verificou-se ainda que o fato imputado

é um fato processual, ou seja, um acontecimento histórico, um fato naturalístico, um trecho da realidade e não um ilícito concorrencial.

Feitas essas investigações sobre o objeto do processo administrativo no CADE, tratou-se propriamente da questão da identidade do objeto nesse tipo de processo. A conclusão alcançada nesse ponto foi a de que o critério adequado não é a verificação da relevância do dado fático para fins de direito material, ou seja, para a configuração do ilícito, mas a sua relevância processual. Nessa ordem de ideais, foi defendido que haverá alteração do objeto do processo caso haja a alteração de determinado elemento do fato que seja processualmente relevante, uma vez que isso implicará prejuízo ao exercício do contraditório, seja pelo representado (defesa), seja pela Superintendência-Geral do CADE (acusação).

O terceiro capítulo se propôs a abordar especificamente a questão da mudança da definição de mercado relevante no curso do processo administrativo no CADE, por meio de uma análise do entendimento exposto pelo Tribunal do CADE no julgamento do Processo Administrativo nº 08700.010769/2014-64, tendo em vista as ideias desenvolvidas nos dois primeiros capítulos. Através dessa abordagem, foi possível realizar alguns apontamentos considerados relevantes sobre a temática. O primeiro deles foi o de que a definição de mercado relevante é um elemento do fato processual veiculado na acusação, o que significa que a definição não pode ser livremente alterada pelo Tribunal do CADE sem a observância do critério adequado. Em segundo lugar, viu-se que o fato de ter se firmado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência do Tribunal do CADE, o entendimento de que a definição de mercado relevante é prescindível para a configuração de determinados ilícitos concorrenciais, os considerados ilícitos por objeto, não permite que a definição seja alterada durante o curso do processo administrativo. Como visto, essa linha argumentativa não reconhece a distinção e a independência entre relevância para fins de direito material e relevância processual. Por fim, foi sustentado que, se a delimitação de mercado relevante, enquanto elemento fático, é considerada processualmente importante, a devida consequência disso é que ela não pode ser alterada ao longo do processo, não sendo possível proceder com a sua alteração com base no juízo realizado isoladamente pelo Tribunal do CADE no sentido de que a alteração é mais benéfica para a tese defensiva. Conforme destacado, essa prática é inconstitucional por prejudicar o exercício do contraditório, que é justamente o que o princípio da correlação entre acusação e decisão visa assegurar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre Acusação e Sentença**. 5ª ed. rev. atual. e ampl., 2022.

_____. **Processo Penal**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Direito concorrencial**. Coleção tratado de direito empresarial, vol. 7. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BAKER, Jonathan. Market Definition: An Analytical Overview. **Antitrust Law Journal**, vol. 74, p. 129 – 173, 2007.

BAROSSO, Luís Roberto. Devido Processo Legal e Direito Administrativo Sancionador: Algumas Notas Sobre os Limites à Atuação da SDE e do Cade. In: RODAS, João Grandino (coord.). **Direito econômico e social: atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. O Direito Administrativo Sancionador e o Estatuto Constitucional do Poder Punitivo Estatal Possibilidades, Limites e Aspectos Controvertidos da Regulação do Setor de Revenda de Combustíveis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, p. 468-491, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 126, ago., 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Princípio da Correlação entre Demanda e Sentença no Direito Processual Civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, nº 44, p. 9-19., nov., 2006.

CAPELA, Fábio. **A Correlação entre Acusação e Sentença**. Curitiba: Juruá, 2008.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. **O Objeto Litigioso no Processo Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Sancionador e Penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza e JÚNIOR, Laerte I. Marzagão (coords.). **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: _____ (Org.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. A Categorização dos Ilícitos Concorrenciais e o Direito Concorrencial Brasileiro. In: CAMPILONGO, Celso e PFEIFFER, Roberto (Org.). **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018.

DE MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 1981.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 24ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I, 6ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II, 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____; GRIONVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. A Correlação entre Imputação e Sentença no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 18, nº 85, p. 324-352, jul./ago., 2010.

FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 4ª ed. rev. atual. e ampl., 2020.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 12ª ed. rev. e atual., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GILBERTO, André Marques. **O Processo Administrativo Sancionador: teoria e prática da investigação das infrações à concorrência**. 2ª ed. atual. de acordo com a Lei nº 12.529/2011 e o Novo Código Civil. São Paulo: Singular, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. **O Processo: III série: estudos e pareceres de processo penal**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GUARDIOLA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios Processuais No Direito Administrativo Sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, vol. 109 p. 773-793, jan./dez., 2014.

GUASP, Jaime Delgado. La Pretensión Procesal. **Anuário de Derecho Civil**. vol. 5, número 1, Madrid, 1952.

ISASCA, Frederico. **Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português**. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JÚNIOR THEODORO, Humberto. Processo Civil – Objeto do Processo – Pedido e sua Interpretação – Adistrição do Juiz ao Pedido no Julgamento – Intepretação da Sentença – Coisa

Julgada e seus Limites. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, nº 62, p. 115-134, maio 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LEONEL, Ricardo de Barros. O objeto Litigioso do Processo e o Duplo Grau de Jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDEQUE, José Roberto dos Santos. **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: questões preliminares**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª ed São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Relação entre Demandas**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **A Correlação no Processo Civil: Relações entre demanda e tutela jurisdicional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

MALAN, Diogo Rudge. **A Sentença Incongruente no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MARQUES, Jose Frederico. Processo penal - interpretação dos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal. In: _____. **Pareceres**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, p. 111-116, 1993.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira e GONET, Pedro Branco. **Curso de Direito Constitucional**, 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRANDA, Sara Barbosa. Apontamentos sobre o Objeto Litigioso do Processo. **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional**, p. 102-117, Vitória, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais, a Lei nº 9.784/199 e o Código de Processo Civil/2015**. 5ª ed. atual., rev. e aum. de acordo com o Código de Processo Civil/2015. São Paulo: Malheiros, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. Impedimento e suspeição de conselheiro do CADE no processo administrativo da concorrência. **Revista de Processo**, vol. 100, out./dez., 2000.

_____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6ª ed. São. Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2006.

OLIU, Alejandro Abal. La Congruencia en la Perspectiva del garantismo Procesal. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 25, nº 99, p. 43-71, jul./set., 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey 2005.

PEIXOTO, Ravi. Os caminhos e descaminhos do princípio do contraditório: a evolução histórica e a situação atual. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 294, p. 121-145, ago., 2019.

PITOFKY, Robert. New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust. **Columbia Law Review**, vol. 90, nº. 7, p. 1805-1864, nov., 1990.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Processual Penal: introdução**. 2ª ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

RAIMUNDO, Adhemar. O Processo Penal à Luz do Pensamento “Carneluttiano”. In: **Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ**, nº 53.

REZENDE, Maurício Correa de Moura. Mecanismos Inquisitivos do Processo Administrativo Disciplinar Federal (Lei Federal nº 8.112/1990). **Revista de Direito Administrativo: RDA**, Rio de Janeiro, nº 274, p. 235-272, jan./abr., 2017.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **Processo Administrativo de Investigação de Cartel**. São Paulo: Singular, 2016.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório Participativo: evolução, impactos no processo civil e restrições. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 279, p. 19-40, mai., 2019.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. O Direito Administrativo Sancionador e o Princípio Non Bis In Idem na União Europeia: Uma releitura a partir do caso “grande stevens” e os impactos na defesa da concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, vol. 2, nº 2, p. 5-22, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Causa Petendi no Processo Civil**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2009.

VILLAR Y ROMERO, José Maria. **Derecho Procesal Administrativo: procedimiento administrativo. recursos de agravios y procedimiento contencioso administrativo**. 2ª ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948.

WILS, Wouter P.J.. The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: a legal and economic analysis. **World Competition**, vol 27, nº 2, p. 201-224, 2004.

ZOTARELI, Daniel Menegassi. **A Regra da Correlação à Luz do Código de Processo Civil**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.