

**IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DE CONSELHEIRO DO**  
**CADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DA**  
**CONCORRÊNCIA**

***Nelson Nery Junior***

Professor Titular de Direito Processual Civil

**P A R E C E R**

**Sumário:** I – **CONSIDERAÇÕES INICIAIS.**

1. Introdução.

2. Consulta.

II – **DOS FATOS.**

3. Fatos relevantes.

3.1. União estável entre membro do Conselho e economista ligado a escritório de advocacia.

III – **DO DIREITO.**

4. Natureza jurídica da função exercida pelo Conselheiro do CADE.

5. Processo administrativo da concorrência.

6. O princípio da imparcialidade e o Conselho do CADE.

7. Regime jurídico do impedimento e suspeição do Conselheiro do CADE aplicável ao processo administrativo da concorrência: Código de Processo Civil e Lei do Processo Administrativo.

8. Impedimento do Conselheiro no processo administrativo da concorrência.

9. Suspeição do Conselheiro no processo administrativo da concorrência.

IV – **APLICAÇÃO DO DIREITO AOS FATOS.**

10. Impedimento de Conselheiro.

11. Suspeição de Conselheiro.

12. Cessação dos motivos caracterizadores de impedimento ou suspeição de Conselheiro do CADE.

13. Afirmação de suspeição por motivo de foro íntimo.

V – **DISPOSIÇÕES FINAIS.**

14. Resposta às indagações formuladas pelo consulente.

15. Conclusões.

**I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS.**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

**1. Introdução.**

Tendo em vista o Convênio Existente entre a Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, celebrado em 18.11.1996 e ratificado conforme Aditivo Contratual de 9.9.1998, o Presidente do CADE, Gesner José de Oliveira Filho, consoante decisão do Plenário daquele Egrégio Conselho, encaminhou expediente à Direção da Faculdade de Direito da PUC-SP, por intermédio do Ofício CADE n. 2408/99, de 20 de outubro de 1999, solicitando a colaboração da Academia para o assunto objeto do expediente.

Noticia a existência de Questão de Ordem, suscitada pelo Eminente Conselheiro Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca em 24.8.1999, por ocasião do julgamento do Processo Administrativo n.º 78/96 (White Martins vs. Unigases Comercial Ltda.), onde indaga sobre a existência de eventual impedimento ou suspeição da Eminente Conselheira Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Lúcia Helena Salgado e Silva para votar em todos os processos em que já se deu por impedida.

Pede seja dado Parecer Técnico, por Professor de Direito Processual Civil da PUC-SP, para que sirva de precedente genérico a ser seguido por aquele órgão público. Menciona que o Convênio existente entre a PUC-SP e o CADE prevê a cooperação mútua dos contratantes, sendo que o parecer seria ofertado pela PUC-SP gratuitamente, sem nenhum ônus para o CADE.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

A Diretoria da Faculdade de Direito da PUC-SP designou-nos para que oferecêssemos o referido Parecer Técnico, dando cumprimento aos termos do Convênio PUC-SP/CADE.

Estes são os fatos introdutórios do presente Parecer, que é dado *pro bonus*.

## **2. Consulta.**

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, encaminha à Faculdade de Direito da PUC-SP expediente acompanhado dos seguintes documentos:

- Questão de Ordem suscitada, em 24.8.1999, subscrita pelo Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, nos autos do Processo Administrativo n. 78/96, entre partes a White Martins e a Unigases Comercial Ltda.;
- Memorando n. Memo/Gab/LHS/n. 58/99, de 22.9.1999, da Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva, no qual se declara não mais impedida nos casos patrocinados pelo escritório de Advocacia Franceschini Miranda;
- Parecer n. 347/1999 (referente ao Despacho n. 158/99), exarado pelo Dr. Dalton Soares Pereira, Procurador do CADE, aprovado

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

pelo Dr. Amauri Serralvo, Procurador Geral do CADE, ambos os atos de 17.9.1999;

- Memorandos ns. Memo/Gab/LHS/n. 55/99 e 71/99, de 30.8.1999 e 20.10.1999, da Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva;
- Despacho n. 158/99, de 24.8.1999, do Conselheiro Gesner de Oliveira, Presidente do CADE, encaminhando o expediente ao Sr. Dr. Procurador Geral do CADE para parecer;
- Memorando CADE, de 24.9.1999, do Conselheiro Gesner de Oliveira, Presidente do CADE, dirigido ao Sr. Dr. Procurador Geral do CADE, encaminhando consulta sobre o caso àquela Procuradoria Geral;
- Escritura Pública de Reconhecimento e Extinção de União Estável, de 6.8.1999, lavrada no 23.º Cartório de Notas do Rio de Janeiro, Livro n. 7583, fls. 021, celebrada entre Lúcia Helena Salgado e Silva e Edgard Antonio Pereira.

Diante do conteúdo do expediente, bem como da documentação que o acompanha, o CADE formula consulta apresentando os seguintes quesitos:

**1.** quais as regras jurídicas que, em matéria de impedimento e suspeição de Conselheiro do CADE, se aplicam ao processo administrativo da concorrência ? É admissível aplicar-se, por extensão, os arts. 134 a 136 do CPC ?

**2.** a Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva era impedida ou suspeita para votar nos casos em que o representante da parte

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

era o Escritório de Advocacia do Dr. José Inácio Gonzaga Franceschini ?

3. caso seja negativa a resposta ao primeiro quesito, como ela se deu por impedida, seriam nulos os julgamentos de que não participou ?

4. dissolvida a união estável existente entre a Conselheira Lúcia Helena e o economista Prof. Dr. Edgard Antonio Pereira, consultor do Escritório de Advocacia Franceschini, subsistem os motivos que a levaram a, *sponte sua*, declarar-se impedida nos processos patrocinados por aquele escritório ?

5. está a Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva impedida ou suspeita para votar nos processos patrocinados pelo referido escritório, processos esses que deram entrada no CADE durante a união estável ?

6. está a Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva impedida ou suspeita para votar, para todo o sempre, nos processos futuros, que ingressaram ou ingressarem no CADE depois da dissolução da mencionada união estável ?

Passamos a emitir o Parecer.

**3. Fatos relevantes.**

Rua Monte Alegre, 984 São Paulo-SP  
Telefone: (0xx11) 3670.8127  
nneryjr@hotmail.com

**3.1. União estável existente entre membro do Conselho e economista ligado a escritório de advocacia.**

Pelo que se depreende do exame dos autos, havia união estável entre a Conselheira Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Lúcia Helena Salgado e Silva e o economista Prof. Dr. Edgard Antonio Pereira, consultor econômico do Escritório de Advocacia José Inácio Gonzaga Franceschini.

Conviviam já há algum tempo e têm em comum a filha Isabela, de quatro anos.

Resolveram separar-se e celebraram negócio jurídico de separação, por instrumento público (Escritura de Reconhecimento e Extinção de União Estável, de 6.8.1999, 23.º Ofício de Notas do Rio de Janeiro, Livro n. 7583, fls. 021). O Dr. Edgard Pereira paga pensão mensal de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para a manutenção de Isabela. A Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva abriu mão do direito à pensão e nada mais tem em comum com seu ex-companheiro, em termos de sociedade de fato e mesmo de união estável.

Não é credora de seu ex-companheiro, nem ele dela.

A dissolução da sociedade de fato que existia entre ambos se deu em 6 de agosto de 1999.

### **III – DO DIREITO.**

#### **4. Natureza jurídica da função exercida pelo Conselheiro do CADE.**

O Conselheiro do CADE exerce função de verdadeiro juiz do processo administrativo concorrencial.

Como juiz, o Conselheiro do CADE deve pautar-se pela imparcialidade no exercício de sua elevada e importante função.

Para que exerça com autonomia e independência essa função, a Lei Antitruste (Lei n. 8884/94) lhe garante nomeação para mandato certo, sendo inadmissível sua demissão *ad nutum* do Presidente da República, que deve nomeá-lo, mas não pode destituí-lo da função.

A LAT 4.º fixa os requisitos para que alguém possa ser nomeado Conselheiro do CADE: cidadãos com mais de trinta anos, ilibada reputação, notável saber jurídico ou econômico, nomeados pelo Presidente da República depois de aprovados pelo Senado Federal.

A destituição do Conselheiro, antes do término do mandato, que é de dois anos, permitida uma recondução, somente pode

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

ocorrer por decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou por condenação criminal transitada em julgado, por crime doloso, ou, ainda, por processo disciplinar (Lei n. 8112/90) ou de improbidade administrativa (Lei n. 8429/92). Essa previsão para destituição encontra-se prevista na LAT 5.º.

Vê-se, portanto, que o exercício das altas funções de Conselheiro do CADE tem garantias legais, para que o Conselheiro aja com total independência, sem pressão do Governo ou do Setor Produtivo.

## **5. Processo administrativo da concorrência.**

Todo e qualquer processo, judicial ou administrativo, tem na Constituição Federal sua fonte normativa primária. Evidentemente que os princípios relativos ao devido processo legal (CF 5.º LIV), do contraditório e ampla defesa (CF 5.º LV), da proibição da prova obtida ilicitamente (CF 5.º LVI), da imparcialidade do julgador (CF 5.º XXXVII , LIII e 37 *caput* ), da motivação da decisão no processo administrativo (CF 37 *caput* e 93 IX), são aplicáveis ao processo administrativo concorrencial.

A par disso, a Lei Antitruste (Lei n. 8884/94) prevê e regulamenta, de forma específica, o processo administrativo da

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

concorrência, vale dizer, o processo que deverá tramitar no CADE e ser resolvido no âmbito do Plenário do Conselho da referida autarquia.

Tratam-se de disposições normativas específicas, aplicáveis ao processo administrativo concorrencial, buscando a regulação do mercado a fim de que sejam observadas as regras constitucionais sobre a ordem econômica. As infrações à ordem constitucional econômica constituem violações concorrenciais a serem investigadas e apenadas mediante regular processo administrativo junto ao CADE.

A defesa da concorrência e dos princípios da ordem constitucional econômica (CF 170) caracteriza-se como *direito material difuso*, protegido judicialmente por intermédio da ação civil pública (art. 1.º, inciso V, da Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7347/85).

É do interesse de todos a higidez do mecanismo concorrencial no mercado brasileiro. Não há, portanto, direito subjetivo à concorrência leal: esse direito, sendo difuso, pertence a pessoas indeterminadas e indetermináveis, classificando-se como metaindividual e indivisível (art. 81, par.ún., inciso I, do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8078/90).

Assim, a princípio, o processo administrativo da concorrência seria caracterizável como *processo objetivo*, vale dizer, processo no

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

qual não se deduz direito subjetivo próprio, mas direito difuso de toda a coletividade (produtores, consumidores etc.).<sup>1</sup> Isto quer significar a incidência, no processo administrativo da concorrência, do *princípio inquisitório* no lugar do contraditório; do *princípio oficial*, no lugar do princípio da inércia da “jurisdição” administrativa; do *princípio da indesistibilidade da representação*, no lugar da possibilidade de desistência, entre outros.<sup>2</sup>

Exemplo de que se trata de verdadeiro *processo objetivo*, com a finalidade de tutelar direito difuso à livre concorrência, é a disposição da LAT 30, que autoriza a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça a realizar averiguações preliminares de ofício, e, ainda, a da LAT 32, que autoriza o início do processo administrativo concorrencial *ex officio*, do conhecimento do fato, da representação ou do encerramento das averiguações preliminares. Chegando ao conhecimento do CADE a existência de conduta anticoncorrencial, deve ser iniciado o

---

<sup>1</sup> . Sobre *processo objetivo*, ver: GERD STURM, comentário n. 42 ao art. 93 da Constituição alemã, *in* MICHAEL SACHS (organizador), *Kommentar zum Grundgesetz*, 2.<sup>a</sup> ed., Beck, München, 1999, pp. 1764/1765; HANS D. JARASS & BODO PIEROTH, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, comentário n. 17a ao art. 93 da Constituição alemã, 4.<sup>a</sup> ed., Beck, München, 1997, p. 859; HARTMUT SÖHN, *Die abstrakte Normenkontrolle*, *in* CHRISTIAN STARCK (organizador), “Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts)”, vol. I (Verfassungsgerichtsbarkeit), J.C.B.Mohr, Tübingen, 1976, n. II, B, pp. 295 e ss.; MANFRED LAUX, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit und die Entscheidung abstrakter Rechtsfragen*, Tese de Doutorado, Würzburg, 1964, pp. 51 e ss.; GISELA BABEL, *Probleme der abstrakten Normenkontrolle*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965, pp. 13 e ss.; CHRISTIAN PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., Beck, München, 1991, § 8.º, I, pp. 120 e ss.; GILMAR FERREIRA MENDES, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 84 e ss., especialmente p. 86; GILMAR FERREIRA MENDES, *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1990, pp. 249 e ss.; ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Tribunal e jurisdição constitucional*, Celso Bastos Editor, São Paulo, 1998, pp. 66/67.

<sup>2</sup> . Nesse sentido: FRANCISCO S. VIDEIRA, *Direito processual da concorrência*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pp. 214.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

processo administrativo de ofício, independentemente de representação ou provocação de qualquer interessado. Por conseguinte, iniciado o processo administrativo por representação, ainda que o representante queira desistir da representação isto não será possível, devendo prosseguir até decisão final do Conselho.

Entretanto, como o processo administrativo concorrencial visa, também, aplicação de sanção por infração à ordem econômica, nessa parte se configura como processo subjetivo, que pode acarretar desvantagem para alguém ou alguma empresa. Por isso, a aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, do devido processo legal, da isonomia, da imparcialidade etc., é de rigor no processo administrativo concorrencial.

Os arts. 15 ao 21 da LAT enumeram as infrações à ordem econômica. Os arts. 23 a 27 da LAT tratam das penas por infração à ordem econômica. Os arts. 30 a 53 da LAT estabelecem regras para o processo administrativo da competência do CADE.

O art. 7.º do Regimento Interno do CADE (Resolução n. 12, de 31.3.1998) apenas traz regra sobre a consequência da caracterização de suspeição ou de impedimento de Conselheiro: se Relator, os autos serão redistribuídos; se não for Relator, abster-se-á de votar.

O art. 5.º do Código de Ética do CADE (Resolução n. 16, de 9.9.1998) apenas determina a incidência do princípio de

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

imparcialidade quanto a todos os servidores e Conselheiros do CADE.

Essas duas normas administrativas internas do CADE (Regimento Interno e Código de Ética), nada obstante tratem superficialmente dos temas do impedimento e da suspeição, não arrolam os motivos ensejadores desses vícios que maculam a imparcialidade do julgador. Esses motivos terão de ser buscados em outras normas legais.

Recentemente entrou em vigor a Lei do Processo Administrativo (LPA – Lei n. 9784, de 29.1.1999), que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, direta e indireta, alcançando os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), quando na prática de atividade administrativa (LPA 1.º § 1.º).

A LPA funciona como uma espécie mista de lei principiológica e de lei geral. No que tange aos preceitos principiológicos nela contidos, aplicam-se eles a todo e qualquer processo administrativo federal, nada obstante a LPA diga expressamente aplicar-se somente subsidiariamente aos processos regulados por lei específica (LPA 69). Na verdade *lex dixit minus quam voluit*, porque mesmo que a LPA diga não aplicar-se, senão subsidiariamente, a processos regulados por lei especial, não há como deixar de aplicar seus preceitos relativos a princípios fundamentais, como os da

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

imparcialidade, da isonomia, do contraditório e ampla defesa, da proibição da prova obtida ilicitamente etc.

Essa aplicação principiológica da LPA a todo e qualquer processo administrativo no âmbito do poder público federal, quer significar incidência direta e também reflexa da lei àqueles referidos processos previstos em lei especial.

Isto quer dizer, por exemplo, que os preceitos relativos ao impedimento e suspeição do julgador administrativo – *in casu* os Conselheiros do CADE – , previstos na LPA 18 a 21, aplicam-se aos processos administrativos em geral, porque são mera decorrência do princípio da imparcialidade, que deve ser observado pela Administração Pública em todos os seus níveis.

Ademais, as lacunas existentes no sistema da LAT para o processo administrativo concorrencial, podem ser preenchidas pela aplicação de dispositivos da LPA que com aquela não forem conflitantes.

Podemos, portanto, concluir dizendo que o processo administrativo da concorrência é regulado especificamente: **a)** pela Constituição Federal; **b)** pela LAT 30 a 53; **c)** por todas as normas principiológicas da LPA; **d)** pelas normas gerais da LPA, como preceitos úteis ao preenchimento de lacunas existentes no sistema da LAT, desde que não conflitem com as normas processuais do diploma antitruste; **e)** pelas normas administrativas internas do CADE, como o art. 7.º do Regimento Interno do CADE

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

(Resolução n. 12, de 31.3.1998) e o art. 5.º do Código de Ética do CADE (Resolução n. 16, de 9.9.1998).

**6. O princípio da imparcialidade do Conselho do CADE.**

A imparcialidade que se exige do Conselho do CADE é imperiosa para que se dê o exercício da função, atendendo ao interesse público e social, que é o de controlar as atividades anticoncorrenciais no mercado brasileiro.

A regra, no processo administrativo, é a da necessidade da imparcialidade do funcionário público encarregado do julgamento ou do juiz administrativo, onde existe corte administrativa com natureza jurisdicional.

O processo administrativo tem desenvolvimento tripartido, conforme entendimento de Peter Badura. Há um momento inicial (*Einleitung des Verfahrens*), onde se define a competência do órgão administrativo processante e a ordenação jurídica que deve ser aplicada. Na segunda fase, denominada de procedimento anterior à decisão (*Verfahren vor der Entscheidung*), na qual se colhem elementos fáticos, jurídicos e econômicos que sejam relevantes para a decisão e, por derradeiro, a fase decisória (*Entscheidung*), que

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

compreende a própria disposição do órgão decisório administrativo, a sua exteriorização e fundamentação.<sup>3</sup>

Essas três etapas equivaleriam, no processo civil, às fases postulatória, instrutória e decisória.

O princípio da imparcialidade administrativa se corporifica de duas maneiras, uma negativa e outra positiva. Do ponto de vista negativo, a autoridade administrativa encarregada da decisão do processo administrativo não deve levar em consideração – vale dizer, é proibido fazê-lo –, fatos e interesses irrelevantes no rol dos interesses a ponderar; do ponto de vista positivo, devem ser ponderados todos os fatos, circunstâncias e interesses que são relevantes para o contexto decisório.<sup>4</sup>

Agir com imparcialidade significa o Conselheiro do CADE decidir de acordo com a prova dos autos do processo administrativo, e em consonância com o seu livre convencimento motivado, isto é, com a livre apreciação das provas e de acordo com sua consciência.

Não pode, deliberadamente, perseguir ou proteger alguém ou alguma empresa. A ele não é lícito, igualmente, negar aplicação aos princípios constitucionais relativos à Administração Pública (CF 37),

---

<sup>3</sup> . PETER BADURA, *Das Verwaltungsverfahren*, in Erichsen/Martens, “Allgemeines Verwaltungsrecht”, 7.<sup>a</sup> ed., Walter de Gruyter Verlag, Berlin-New York, 1986, 37, IV, pp. 346/347. No mesmo sentido: WALTER SCHMIDT, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, Beck, München, 1982, p. 86; DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Almedina, Coimbra, 1996, § 13, 1, pp. 377/378.

<sup>4</sup> . DAVID DUARTE, ob.cit., § 13, 2, pp. 381/382.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

porque é autarquia federal (LAT 3.º), órgão da administração pública indireta, tampouco negar vigência aos princípios constitucionais que regem o direito processual administrativo (devido processo legal, isonomia, proporcionalidade, imparcialidade, motivação, moralidade, contraditório, ampla defesa, proibição da prova obtida ilicitamente etc.) (CF 5.º *caput*, I, LIV, LV, LVI; Lei do Processo Administrativo Federal – Lei n. 9784/99, art. 2.º).

É tão grave o desrespeito à imparcialidade, que o *caput* do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8429/92) tipifica essa conduta como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública. Diz a referida norma jurídica:

**“Art. 11.** Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, ***imparcialidade***, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: “ (grifamos)

Segundo determina o art. 37, § 4.º da Constituição federal, os atos de improbidade administrativa podem acarretar, para quem o praticou, “suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário”.

As leis que tratam do processo administrativo normalmente regulam a matéria da imparcialidade. A Ordenança alemã sobre os

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

Tribunais Administrativos (*Verwaltungsgerichtsordnung*),<sup>5</sup> regula especificamente o impedimento e a suspeição das autoridades encarregadas de decidir o processo administrativo, fixando o princípio da imparcialidade do juiz no processo administrativo, verbis:<sup>6</sup>

“§ 54 (Impedimento e suspeição dos sujeitos do processo). Aplicam-se os casos de impedimento previstos nos §§ 41 a 49 da Ordenança Processual Civil (Código de Processo Civil).

Para o exercício da função de juiz ou de juiz honorário na jurisdição contenciosa, é também impedido quem funcionou anteriormente no processo administrativo.

Os motivos de suspeição, segundo o § 42 da Ordenança Processual Civil (Código de Processo Civil), consideram-se também fundados, quando o juiz ou juiz honorário seja representante ou pertença à alguma entidade que tenha interesse no processo”.

Preceito semelhante vem descrito na Lei alemã sobre o Processo Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), que no § 21 trata dos casos de suspeita de parcialidade do julgador administrativo, fazendo, ainda, referência à incidência do mesmo sistema aos membros de comissão administrativa processante (§ 20, n. 4 da VwVfG).<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> . Lei de 19.3.1991, com as alterações introduzidas pela Lei de 22.12.1997.

<sup>6</sup> . No original: “§ 54. (Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen). Für die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen gelten §§ 41 bis 49 der Zivilprozeßordnung entsprechend.

Vor der Ausübung des Amtes als Richter oder ehrenamtlicher Richter ist auch ausgeschlossen, wer bei dem vorausgegangenem Verwaltungsverfahren mitgewirkt hat.

Besorgnis der Befangenheit nach § 42 der Zivilprozeßordnung ist stets dann begründet, wenn der Richter oder ehrenamtliche Richter der Vertretung einer Körperschaft angehört, deren Interessen durch das Verfahren berührt werden”. Ver FERDINAND O. KOPP & WOLF-RÜDIGER SCHENKE, *Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung*, 11.<sup>a</sup> ed., Beck, München, 1998, p. 721 e ss.

<sup>7</sup> . HEINZ JOACHIM BONK, in PAUL STELKENS, MICHAEL SACHS, DIETER KALLERHOFF, HERIBERT SCHMITZ, ULRICH STELKENS & HEINZ JOACHIM

Rua Monte Alegre, 984 São Paulo-SP

Telefone: (0xx11) 3670.8127

nneryjr@hotmail.com

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

Diferentemente do sistema alemão, onde a lei remete às hipóteses de suspeição e impedimento da ZPO (Código de Processo Civil), a Lei Geral Austríaca sobre o Processo Administrativo (AVG),<sup>8</sup> menciona expressamente quais são os casos em que o órgão administrativo é considerado suspeito para julgar o processo administrativo. Com efeito, o § 7.º da AVG enumera cinco casos de suspeição do órgão administrativo.

Quando o art. 97 da Constituição Italiana se refere à imparcialidade da administração pública, quer significar igualmente a imparcialidade na condução e decisão do processo administrativo.

9

O princípio da imparcialidade e da neutralidade da autoridade administrativa encarregada de decidir é indissociável dos princípios constitucionais da isonomia processual e do contraditório.<sup>10</sup>

---

BONK, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, Beck, München, 1998, comentários aos §§ 20 e 21, pp. 460 e ss.

<sup>8</sup> . Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG (Diário Oficial n. 51/1991), com as alterações constantes dos Diários Oficiais ns. 866/1992, 686/1994, 471/1995, 158/1998 e 164/1998. Conferir em ROBERT WALTER & RUDOLF THIENEL, *Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze*, 13.ª ed., Manzsche, Wien, 1998, pp. 42 e ss.

<sup>9</sup> . GIOVANNI BATTISTA VERBARI, *Principi di diritto processuale amministrativo*, 2.ª ed., Giuffrè, Milano, 1995, pp. 14/15.

<sup>10</sup> . Nesse sentido, FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht*, 3.ª ed., Beck, München, 1998, § 35, III, 3, p. 592; VITTORIANA CARUSI, *in* VEZIO CRISAFULLI & LIVIO PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, comentário ao art. 97, pp. 614/615.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

Isto quer dizer que, perante a administração pública, todos os cidadãos são iguais e merecem tratamento isonômico.<sup>11</sup> Assim é que se verifica o princípio da imparcialidade no âmbito da administração.

O Código do Procedimento Administrativo de Portugal <sup>12</sup> diz, no art. 6.º, verbis:

“**Art. 6.º** Princípios da justiça e da imparcialidade. No exercício de sua actividade, a Administração Pública deve tratar de forma justa e imparcial todos os que com ela entrem em relação”.

Já se afirmou, ao comentar esse dispositivo, que o “dever de imparcialidade significa para a Administração – parte interessada nos resultados da aplicação da norma – que ela:

- a) deve ponderar, nas suas opções, todos os interesses juridicamente protegidos envolvidos no caso concreto, mantendo-se equidistante em relação aos interesses particulares;

---

<sup>11</sup> . “Né va sottovalutato che il pur menzionato art. 97 Cost., affermando il principio di legalità dell’azione dell’Amministrazione, ne *codificava* un preciso *vincolo*, quello dell’*imparzialità*. Tale principio va correlato all’esigenza, per l’amministrazione, del rispetto della *giustizia*, nella regolamentazione dei rapporti dei privati tra loro e nei confronti dell’Amministrazione nonché degli enti tra loro, equiparabili ai privati quando siano destinatari dell’esercizio di pubbliche potestà. In definitiva, imparzialità e giustizia sostanziale comportano che i cittadini siano tutti eguali di fronte alla Pubblica Amministrazione – per quel che qui interessa – nell’esplicazione dell’attività amministrativa” (GIUSEPPE ABAMONTE & RENATO LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, vol. XX do “Trattato di diritto amministrativo”, dirigido por GIUSEPPE SANTANIELLO, Cedam, Padova, 1997, § 29, p. 235). (grifado no original)

<sup>12</sup> . Decreto-lei n. 442/91, de 15 de novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei n. 6/96, de 31 de janeiro.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

b) e deve abster-se de os considerar em função de valores estranhos à sua função ou *munus*, v.g., de conveniência política, partidária, religiosa, etc.”<sup>13</sup>

O princípio do contraditório e ampla defesa, na verdade, é aplicação prática decorrente do princípio da imparcialidade, porque é justamente para tornar efetivo esse dever administrativo de ponderação de todos os interesses envolvidos, que a lei concede aos interessados o direito de intervir no procedimento e de serem ouvidos antes da decisão final.<sup>14</sup>

Percebe-se que o princípio da imparcialidade é um *prius* em relação ao princípio da proporcionalidade (*posterius*): “com este último sancionam-se condutas que sacrificam (ou beneficiam) desproporcionadamente certos interesses envolvidos face a outros; com aquele, as condutas tomadas **sem** (ou com) **ponderação** de interesses que (não) o deviam ser”.<sup>15</sup>

Com relação especificamente ao processo administrativo concorrencial, o princípio da imparcialidade é previsto de forma expressa na Lei alemã contra a Concorrência Desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* – Lei de 7.6.1909), que, no § 27a, 2, prevê o julgamento administrativo dos processos de concorrência

---

<sup>13</sup> . MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES & JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 1998, comentário III ao art. 6.º, p. 107.

<sup>14</sup> . Nesse sentido OLIVEIRA-GONÇALVES-AMORIM, obr.loc.cits.

<sup>15</sup> . OLIVEIRA-GONÇALVES-AMORIM, obr.loc.cits.

Rua Monte Alegre, 984 São Paulo-SP

Telefone: (0xx11) 3670.8127

nneryjr@hotmail.com

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

desleal de forma imparcial, remetendo os casos de suspeita de imparcialidade como subsumíveis aos §§ 41 a 43 e 44 partes 2 a 4, da ZPO (*Zivilprozeßordnung* – Código de Processo Civil).<sup>16</sup>

O direito de a parte ser julgada, no processo administrativo concorrencial, de maneira imparcial, garantidos o contraditório e ampla defesa, vem reconhecido na Lei Antitruste italiana (*Legge per la tutela della concorrenza e del mercato* – Lei n. 287, de 10.10.1990). Notadamente pela incidência dos arts. 14 e 15, que tratam da fase instrutória e da imposição das sanções administrativas antitruste.<sup>17</sup>

O Código de Ética dos Servidores do CADE, aprovado pelo Plenário do CADE e publicado por meio da Resolução n. 16, de 9.9.1998, trata das atividades de todos os servidores do Conselho, assim entendidos para efeitos de aplicação do referido Código como sendo “aqueles que, por força de qualquer ato jurídico, prestem serviços de natureza permanente, temporária ou excepcional, ainda que sem retribuição financeira” (art. 1.º do Código de Ética), determina que o servidor do CADE deve agir com *imparcialidade* e independência, “abstendo-se de dar tratamento

---

<sup>16</sup> . Sobre a imparcialidade do julgador no processo administrativo da concorrência, ver WOLFGANG PROBANDT, *in* WILHELM L. PASTOR & HANS-JÜRGEN AHRENS (Coordenadores), *Der Wettbewerbsprozeß – Ein Praxishandbuch*, 4.ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, Capítulo 20, 3, anotação 19 e ss., pp. 256 e ss.; ADOLF BAUMBACH & WOLFGANG HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht (Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)*, 20.ª ed., Beck, München, 1998, comentários ao § 27a, pp. 1507 e ss.

<sup>17</sup> . Sobre a incidência dos princípios da imparcialidade, contraditório e ampla defesa do processo administrativo concorrencial, ver MARIA LUISA SCHIAVANO, *in* PIERGAETANO MARCHETTI & LUIGI CARLO UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Cedam, Padova, 1997, comentários aos arts. 14 e 15 da Lei Antitruste italiana, pp. 428 e ss.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

diferenciado a qualquer pessoa, independentemente de sua posição” (art. 5.º do Código de Ética).

Já o Regimento Interno do CADE (Resolução n. 12, de 31.3.1998), determina a redistribuição dos autos quando o Relator for considerado suspeito ou impedido, ou, quando o Conselheiro parcial não for o Relator, sua abstenção de votar (art. 7.º).

**7. Regime jurídico do impedimento e suspeição do Conselheiro do CADE aplicável ao processo administrativo da concorrência: Código de Processo Civil e Lei do Processo Administrativo.**

Não há na LAT disposições sobre a imparcialidade dos julgadores administrativos do processo concorrential. O Conselho do CADE, que deve agir de maneira imparcial, tem de buscar as normas sobre o tema fora da LAT.

A primeira norma que pode indicar o dever de agir com imparcialidade, na condução e julgamento dos processos administrativos concorrentiais, encontra-se no art. 5.º do Código de Ética do CADE (Resolução n. 16, de 9.9.1998).

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

Contudo, essa norma ética é insuficiente, porquanto não discrimina quais condutas poderiam ser apontadas como potencialmente causadoras de parcialidade do Conselheiro do CADE.

Há duas outras fontes normativas que podem ser aplicadas, por extensão, ao processo administrativo da concorrência. São as regras sobre impedimento e suspeição previstas na Lei do Processo Administrativo (LPA – Lei n. 9784/99) e no Código de Processo Civil (CPC – Lei n. 5869/73).

Quando a LPA nomina quais os princípios que formam a base fundamental do processo administrativo (art. 2.º), não menciona o da imparcialidade. Fala dos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Nada obstante a omissão da LPA 2.º, ao mencionar as hipóteses de suspeição e de impedimento do servidor e do julgador administrativo (LPA 18 a 21), o *sistema* da LPA adota como princípio fundamental do processo administrativo o da imparcialidade do servidor e do julgador.

Podemos entender, portanto, que o Conselheiro do CADE, bem como qualquer servidor da autarquia, deve agir com absoluta imparcialidade. Caso contrário, a decisão administrativa pode estar viciada, conforme veremos adiante.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

Permitimo-nos repetir as regras da LPA sobre o impedimento e a suspeição de parcialidade do julgador administrativo, verbis:

“**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.

**Art. 19.** A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.

**Parágrafo único.** A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

**Art. 20.** Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

**Art. 21.** O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.”

Como dissemos no item n. 5, acima, a LPA tem natureza jurídica mista, sendo, a um só tempo, lei principiológica e lei geral sobre o processo administrativo.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

Os dispositivos da LPA que têm natureza principiológica aplicam-se, como é curial, a todo e qualquer processo administrativo, seja ou não regulado por lei especial.

Os dispositivos da LPA que têm natureza de norma geral aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativos regulados por lei especial, desde que guardadas as efetivas compatibilidades.

A LPA 69 diz ser aplicável o seu sistema, sempre que não haja norma específica regulando o processo administrativo. Havendo, não se aplicaria o sistema da LPA.

No entanto, quando o processo administrativo regulado por lei especial padecer de lacuna, esta poderá ser preenchida por preceitos da lei geral sobre o processo administrativo federal, que é a LPA.

Assim, como há regulamento específico sobre o processo administrativo concorrencial (LAT 30 a 53), de regra aplicar-se-iam a ele apenas os preceitos principiológicos da LPA, mas não as normas gerais da LPA.

Todavia, como há lacuna no processo administrativo regulado pela LAT, quanto ao impedimento e suspeição do julgador do CADE,

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

é aplicável o regime jurídico dessa matéria constante da LPA 18 a 21, já que não há nenhuma incompatibilidade entre a LAT e a LPA nesse particular.

Demais disso, é igualmente aplicável ao processo administrativo da concorrência o sistema de impedimento e suspeição do juiz, previsto no CPC 134 a 136, verbis:

**“Art. 134.** É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I – de que for parte;

II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV – quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V – quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI – quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

**Parágrafo único.** No caso do n. IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

**Art. 135.** Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II – alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

Rua Monte Alegre, 984 São Paulo-SP

Telefone: (0xx11) 3670.8127

nneryjr@hotmail.com

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

**Parágrafo único.** Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

**Art. 136.** Quando dois ou mais juízes forem parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta e no segundo grau na linha colateral, o primeiro, que conhecer da causa no tribunal, impede que o outro participe do julgamento; caso em que o segundo se escusará, remetendo o processo ao seu substituto legal.”

Estas regras do CPC sobre suspeição e impedimento do juiz são mais abrangentes e podem completar o sistema da LPA, que é mais restrito. As causas de parcialidade do juiz no processo civil (CPC 134 a 136), não são incompatíveis com as previstas para o servidor ou julgador administrativo (LPA 18 a 21). Há, apenas, redefinição de motivos causadores da parcialidade do julgador, quer dizer, *v.g.* motivos que no CPC são de suspeição e que na LPA são de impedimento.

A LAT 83, expressamente, determina a aplicação subsidiária do CPC aos processos administrativo e judicial da concorrência. Esse Egrégio Conselho já se pronunciou a respeito do que significa aplicação subsidiária do CPC ao processo administrativo concorrencial, ao propósito de analisar a incidência da LAT 83.

Com efeito, o eminente Conselheiro Edison Rodrigues-Chaves, em voto de 17.5.1995, proferido no Ato de Concentração n. 26/95,

Rua Monte Alegre, 984 São Paulo-SP  
Telefone: (0xx11) 3670.8127  
nneryjr@hotmail.com

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

decidiu que “o *subsidiário*, aqui, tem o sentido de *complementar*. Portanto, a legislação acima referida somente será aplicada para suprir a inexistência de norma sobre determinada matéria, na legislação específica”.<sup>18</sup>

No caso sob exame incide o entendimento exteriorizado no Ato de Concentração n. 26/95 do CADE: existe a lacuna do sistema processual da concorrência, de sorte que o CPC se aplica subsidiariamente, fornecendo elementos para a determinação do impedimento e da suspeição de Conselheiro do CADE.

O eminente Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca já se manifestou, igualmente, sobre a aplicação subsidiária do CPC aos processos da competência do CADE, salientando ser “meio adequado de cobrir as lacunas”, devendo ser aplicado o CPC desde que “não contrarie o espírito da nova lei”.<sup>19</sup> <sup>20</sup>

De qualquer sorte, é imperioso que se busque, o tanto quanto possível, a imparcialidade do Conselheiro do CADE na condução e no julgamento do processo administrativo concorrencial.

---

<sup>18</sup> . Ato de Concentração n. 26/95 (Rockwell do Brasil S/A vs. Albarus S/A Indústria e Comércio), julgado em 16.11.1995 (DOU 16.11.1995, p 18388), Voto do Conselheiro Edison Rodrigues-Chaves, 17.5.1995, in PEDRO DUTRA, *A concentração do poder econômico (jurisprudência anotada)*, vol. 1, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 509. Os grifos, no texto, são do original.

<sup>19</sup> . JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA,, *Lei de proteção da concorrência (Comentários à Lei Antitruste)*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 188.

<sup>20</sup> . O CADE já negou aplicação do princípio da imutabilidade da petição inicial, previsto no sistema do CPC, por ser incompatível com o processo concorrencial: Voto do Conselheiro-Relator, Leônidas Rangel Xausa no Processo Administrativo n. 08000.019862/96-89, de 2.12.1997 (Abradif – Associação Brasileira de Distribuidores Ford vs. Ford Brasil Ltda.), publicada no DOU de 8.1.1998, p. 5, in JOSÉ INÁCIO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

Daí entendermos serem aplicáveis, cumulativamente, os sistemas da LPA 18 a 21 e do CPC 134 a 136.

**8. Impedimento do Conselheiro no processo administrativo da concorrência.**

O impedimento é vício gravíssimo de parcialidade do julgador. Os motivos que o ensejam são aferíveis *objetivamente*. Encerra **presunção absoluta** (*juris et de jure*) de parcialidade, não admitindo prova em contrário. Mesmo que o julgador demonstre não ser parcial, se houver causa de impedimento é ele, *ipso facto*, parcial e tem de ser afastado do processo.

Pedimos licença para mencionar o que já escrevemos sobre o tema:<sup>21</sup>

“**1. Natureza do processo.** A *imparcialidade* do juiz é atributo necessário para que possa julgar, sendo manifestação do princípio constitucional do estado democrático de direito (CF 1.º *caput*) e um dos elementos integradores do princípio constitucional do juiz natural (CF 5.º XXXVII e LIII). Daí a razão pela qual o juiz tem de ser *sempre* imparcial, independentemente da natureza do processo ou procedimento que vai ser por ele decidido. A natureza *objetiva* do processo de fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis e atos normativos (ADIn) não dispensa a imparcialidade do Ministro do STF encarregado de julgá-lo. Quando se questiona

---

GONZAGA FRANCESCHINI, *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*, Ed. Singular, São Paulo, 1998, pp. 685/686.

<sup>21</sup> . NELSON NERY JUNIOR & ROSA MARIA ANDRADE NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, 6.ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, comentários ns. 1 a 3 ao art. 134, pp. 486/487.

Rua Monte Alegre, 984 São Paulo-SP  
Telefone: (0xx11) 3670.8127  
nneryjr@hotmail.com

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

abstratamente no STF, por meio de ADIn, por exemplo, portaria baixada por parlamentar enquanto presidente de comissão na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, não pode participar do julgamento da ADIn esse mesmo parlamentar, agora investido de jurisdição por nomeação para o cargo de Ministro do STF. Portanto, o estado democrático de direito e o juiz natural exigem a *imparcialidade* do juiz para proferir decisões tanto nos processos contenciosos (objetivos e subjetivos), nos procedimentos de jurisdição voluntária, bem como nos processos administrativos em geral.

**2. Parcialidade absoluta.** Os motivos indicadores do impedimento do juiz são de natureza *objetiva*, caracterizando presunção *juris et de jure*, absoluta, de parcialidade do magistrado (Arruda Alvim, *CPCC*, VI, 26; Barbi, *Coment.*, 718, 335). Provada a causa de impedimento, o juiz deve ser inexoravelmente afastado do processo, passando nele a funcionar seu substituto automático, de acordo com a lei de organização judiciária respectiva. O impedimento é pressuposto processual negativo.

**3. Causa objetiva.** A prova do impedimento é feita de forma objetiva, sendo impertinente indagar-se da intenção ou subjetivismo do magistrado em julgar a causa com parcialidade: esta é absoluta, não admitindo prova em contrário. Basta a comprovação, por exemplo, de que o juiz é cônjuge da parte para que deva ser *in continenti* afastado do processo.”

Os motivos de impedimento do CPC são os descritos nos arts. 134 e 136. Não pode o Conselheiro do CADE atuar no processo concorrencial: a) de que for parte; b) em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; c) que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; d) quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; e) quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

terceiro grau; f) quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Quando o CPC 134 diz ser “defeso” ao juiz atuar no processo, significa ser vedado, proibido ao magistrado ali agir. Trata-se de norma imperativa, cujo destinatário principal é o julgador.

Os motivos de impedimento da LPA são os descritos no art. 18 da referida lei: a) ter o Conselheiro interesse direto ou indireto na matéria; b) 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; c) esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Fazendo-se uma comparação entre os motivos de impedimento do CPC e da LPA, pode-se concluir que são coincidentes, num e noutro sistema, as três seguintes hipóteses:

**a)** no CPC, ter interesse direto ou indireto na matéria é motivo de suspeição do julgador (CPC 135 V), ao passo que no sistema da LPA é causa de impedimento (LPA 18 I);

**b)** em ambos os sistemas é causa de impedimento o julgador haver funcionado como perito, assistente técnico, testemunha, membro do

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

Ministério Público, mandatário ou representante da parte ou interessado etc. (CPC 134 II; LPA 18 II);

**c)** estar o julgador litigando, judicial ou administrativamente, com a parte ou interessado (LPA 18 III).

Mas não são apenas essas três hipóteses que podem dar ensejo à parcialidade do Conselheiro do CADE, como impedido para julgar o processo concorrencial. Há, ainda, o impedimento, quando ocorrerem as outras situações previstas nos demais incisos do CPC 134 e no CPC 136. É impedido, devendo ser afastado, o Conselheiro do CADE nos processos:

**d)** de que for parte (CPC 134 I);

**e)** que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão (CPC 134 II);

**f)** quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau (CPC 134 IV);

**g)** quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau (CPC 134 V);

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

**h)** quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa (CPC 134 VI);

**i)** quando dois ou mais Conselheiros forem parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta e no segundo grau na linha colateral, caso em que o primeiro que conhecer da causa no Conselho, impede que o outro participe do julgamento; hipótese em que o segundo se escusará de votar (CPC 136).

Em todos esses **nove** casos há impedimento, isto é, parcialidade absoluta do Conselheiro do CADE, que não poderá votar no processo administrativo concorrencial onde tenha ocorrido a hipótese legal para o referido impedimento.

Caracterizado o impedimento do Conselheiro do CADE, se Relator os autos devem ser redistribuídos na sessão seguinte à decisão do Plenário que concluir pela existência do impedimento. Caso o Conselheiro impedido não seja Relator, declarado seu impedimento pelo Plenário do CADE, deverá abster-se de votar.

## **9. Suspeição do Conselheiro no processo administrativo da concorrência.**

Os motivos ensejadores da suspeição do julgador são menos graves do que os de impedimento. São de natureza *subjetiva* e

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

encerram **presunção relativa** (*juris tantum*) de parcialidade, admitindo, de conseqüência, prova em contrário. Assim nos manifestamos sobre o tema:<sup>22</sup>

**1. Parcialidade relativa.** Os motivos enumerados no CPC 135 indicam *presunção relativa* de parcialidade do juiz, que pode ser afastada mediante prova em contrário. Os motivos indicadores de suspeição são de ordem subjetiva.

Como os motivos de suspeição são aferíveis subjetivamente, é do excipiente, isto é, daquele que a argüiu, o ônus de provar que o julgador é parcial para julgar.

Ocorre a suspeição do julgador quando: **a)** houver amizade íntima ou inimizade notória entre ele e o interessado ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau (LPA 19; CPC 135 I).

Além desse motivo, é suspeito o Conselheiro do CADE quando:

**b)** alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau (CPC 135 II);

**c)** herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes (CPC 135 III);

**d)** receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo;

---

<sup>22</sup> . NELSON NERY JUNIOR & ROSA MARIA ANDRADE NERY, *CPC Comentado*<sup>6</sup>, cit., comentário n. 1 ao art. 135, p. 491.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio (CPC 135 IV).

Por derradeiro, pode, ainda, o Conselheiro do CADE dar-se por suspeito: **e)** por motivo de foro íntimo, se não se sentir com isenção para julgar o processo administrativo concorrenciais (CPC 135 par.ún.).

Nesse caso não há necessidade de declinar os motivos pelos quais não está-se sentindo em condições de julgar. Basta afirmar suspeição e abster-se de votar.

São, pois, **cinco** os motivos que podem dar ensejo à declaração de suspeição do Conselheiro do CADE, inibindo-o de votar no processo administrativo onde ocorreu a suspeição.

#### **IV – APLICAÇÃO DO DIREITO AOS FATOS.**

##### **10. Impedimento de Conselheiro.**

Durante o período em que a eminente Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva conviveu em união estável com o economista Edgard Antonio Pereira, deixou ela de participar das

Rua Monte Alegre, 984 São Paulo-SP  
Telefone: (0xx11) 3670.8127  
nneryjr@hotmail.com

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

votações dos processos administrativos patrocinados pelo Escritório de Advocacia José Inácio Gonzaga Franceschini, onde Edgard Pereira exerce a função de consultor para assuntos de Economia.

Essa atribuição equivale, a nosso juízo, à função de assistente técnico ou consultor da parte. Embora o economista não pudesse ser considerado advogado da parte, era, isto sim, seu consultor econômico.

Quando o julgador tem parentesco com o assistente técnico, ou consultor, da parte, está caracterizado seu impedimento para julgar, conforme dicção da LPA 18 II e do CPC 134 II e IV. Conquanto o CPC 134 IV fale em “cônjuge”, a proibição alcança também o companheiro ou convivente, consoante expressa disposição da LPA 18 II. Assim, a atividade do economista Edgard Pereira – companheiro da Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva –, no Escritório de Advocacia Franceschini, tornava sua companheira impedida para julgar os processos patrocinados pelo referido escritório.

Pelo que consta do expediente enviado pelo CADE a esta Faculdade de Direito da PUC-SP, ambos não mais convivem, estando separados conforme consta da Escritura Pública de Dissolução de União Estável.

Dissolvida a união estável que existia entre o economista e a Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva , desapareceu o motivo

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

ensejador de seu impedimento, não mais incidindo o disposto na LPA 18 II e do CPC 134 II e IV.

Resta indagar se a Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva continua, ainda, impedida de julgar casos de interessados defendidos pelo Escritório Franceschini, por ter “interesse direto ou indireto na matéria” (LPA 18 I).

Do ponto de vista técnico, esse motivo deveria ter sido considerado pela LPA como sendo ensejador de suspeição do julgador administrativo, mas não de seu impedimento. Isto porque, conforme afirmamos acima, os motivos de impedimento são sempre de natureza objetiva e, por isso, não admitem prova em contrário.

Afirmar que o Conselheiro tem “interesse direto ou indireto na matéria” não parece ser circunstância aferível de forma objetiva, mas, muito ao contrário, somente se apura subjetivamente. Logo, pode admitir prova em contrário, pois a Conselheira excepta, isto é, contra quem se produziu a arguição de impedimento, poderá comprovar não possuir interesse direto ou indireto na matéria e, conseqüentemente, livrar-se da alegação de parcialidade (impedimento) para julgar processo administrativo concorrencial.

Mas, de toda sorte, para caracterizar-se o apontado “interesse direto ou indireto na matéria”, previsto pela LPA 18 I como causa ensejadora do impedimento do julgador administrativo, seria preciso a demonstração cabal da existência desse interesse. A questão é,

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

pois, de prova e o fato terá de ser demonstrado para que se possa declarar o impedimento.

Ter *interesse direto* na matéria significa o juiz poder ter sido parte originária na causa em que deve funcionar,<sup>23</sup> não só como parte principal, mas também como assistente litisconsorcial (art. 54 do Código de Processo Civil).<sup>24</sup>

Por outro lado, ter *interesse indireto* significa o juiz poder ser assistente simples (art. 50 do Código de Processo Civil), vale dizer, ter interesse jurídico em que uma das partes vença a demanda.<sup>25</sup> Ou por outra, o interesse indireto se caracteriza por “toda e qualquer circunstância que possa comportar uma parcialidade do juiz que prescindida da titularidade de uma relação jurídica dependente ou conexa com o objeto do processo”.<sup>26</sup>

A *imparcialidade*, ou seja, a inexistência de impedimento do juiz ou julgador, é pressuposto de validade do processo.<sup>27</sup> O ônus da prova dos pressupostos processuais é de quem pretende

---

<sup>23</sup> . JOAN PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, J.M.Bosch Editor, Barcelona, 1998, p. 77; LOTARIO DITTRICH, *Incompatibilità astensione e ricasazione del giudice civile*, Cedam, Padova, 1991, p. 93.

<sup>24</sup> . Nesse sentido: LEONARDO PRIETO-CASTRO Y FERRANDÍZ, *Derecho de tribunales*, Editorial Aranzadi, Madrid, 1986, p. 281.

<sup>25</sup> . SALVATORE SATTA, *Astensione e ricasazione (diritto processuale civile)*, verbete na “Enciclopedia del diritto”, tomo III, Ed. Giuffrè, Milano, 1958, p. 948; JOAN PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad*, cit., p. 78.

<sup>26</sup> . “...tutte le fattispecie che possono comportare una parzialità del giudice che prescindida dalla titolarità di un rapporto giuridico dependente o connesso com l’oggetto del processo” (LOTARIO DITTRICH, *Incompatibilità*, cit., pp. 93/94).

<sup>27</sup> . Nesse sentido: NELSON NERY JUNIOR & ROSA MARIA ANDRADE NERY, *CPC Comentado*<sup>6</sup>, cit., comentário n. 5 ao CPC 267, p. 593.

Rua Monte Alegre, 984 São Paulo-SP

Telefone: (0xx11) 3670.8127

nneryjr@hotmail.com

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

a obtenção de sentença de mérito no processo, que, no processo contencioso tradicional, é o autor.<sup>28</sup>

Como o processo administrativo concorrencial tem natureza objetiva, não se pode falar no “interesse” do autor da representação à obtenção da sentença administrativa, mas do interesse de toda a coletividade (direito *difuso*) na higidez do mercado, para que não haja comportamentos anticoncorrenciais detrimenentos à ordem constitucional econômica.

Fica, por assim dizer, relativizada a imputação, ao autor da representação, do ônus da prova do impedimento do Conselheiro do CADE. Notadamente tendo-se em conta que o processo administrativo pode iniciar-se *ex officio*, independentemente de representação ou provocação de quem quer que seja.

Quando o fato encontrar-se provado nos autos, o julgador deverá decidir de acordo com a livre apreciação desses fatos. Ao revés, quando houver o *non liquet* relativamente a um determinado fato, isto é, quando nos autos não houver prova daquele fato, o juiz deverá julgar contra aquele que tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu.

Essa consequência da aplicação da teoria do ônus da prova, apropriada para o processo judicial contencioso tradicional, não pode ser aplicada ao processo administrativo objetivo da

---

<sup>28</sup> . Nesse sentido: LEO ROSENBERG, *Die Beweislast*, 5.<sup>a</sup> ed., Beck, München, 1965, § 32, III, 1, p. 391.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

concorrência. Cabe ao julgador administrativo analisar os fatos e determinar as provas que entender cabíveis, para que possa proferir julgamento imparcial e, tanto quanto possível, mais aproximado da verdade real.

Os elementos de prova que acompanham o expediente enviado pelo CADE à Faculdade de Direito da PUC-SP, nos quais estamos baseando este parecer, nos dão conta de que não existe nenhuma circunstância concreta que evidencie “interesse direto ou indireto na matéria” da Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva nos casos submetidos ao exame do CADE que estão sendo patrocinados pelo Escritório de Advocacia José Inácio Gonzaga Franceschini, onde atua seu ex-companheiro Edgard Antonio Pereira como consultor econômico.

Para caracterizar-se o impedimento, pelo motivo de “interesse direto ou indireto na matéria”, seria preciso demonstrar-se concretamente em que consistiria referido interesse. A alegação genérica de que seu ex-companheiro trabalha no mencionado escritório não configura, a nosso juízo, causa para a decretação de sua parcialidade no julgamento dos processos afetos à competência do CADE.

Poder-se-ia argumentar que a eminente Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva teria interesse: a) de beneficiar o escritório onde seu ex-companheiro exerce relevantes funções; ou b) de prejudicar esse escritório por haver-se separado de seu

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

companheiro, guardando mágoas pela forma eventualmente traumática como teria ocorrido a separação.

Em qualquer dos dois casos – interesse em beneficiar ou em prejudicar –, a prova do “interesse direto ou indireto na matéria” teria de ser cabal. Não se pode afastar Conselheiro escolhido por critério fixado pela lei, de notório saber econômico ou jurídico, de reputação ilibada, aprovado pelo Senado Federal e nomeado pelo Presidente da República para mandato certo, sob alegação de parcialidade desacompanhada de prova concreta e cabal de tão grave acusação.

Há interessante decisão da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito do tema do “interesse na causa” :<sup>29</sup>

**“Interesse na causa. Prova.** Para que seja afastado o juiz por suspeição, por interesse na causa (CPC 135 V) – *no processo concorrencial, por impedimento (LPA 18 I)* –, é necessária a indicação expressa da vantagem material ou moral que justificaria o interesse do juiz no julgamento da causa em favor de uma das partes”.

Podemos concluir no sentido de que não há motivo para declarar-se o impedimento da Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva nos processos administrativos concorrenciais patrocinados pelo Escritório Franceschini.

---

<sup>29</sup> . Tribunal de Justiça de São Paulo, Câmara Especial, Exceção de Suspeição n. 46.366-0/6, relator Desembargador Alves Braga, julgado em 4.6.1998, votação unânime, citado em NELSON NERY JUNIOR & ROSA MARIA ANDRADE NERY, *CPC Comentado*<sup>6</sup>, casuística do art. 135, p. 495.

## **11. Suspeição de Conselheiro.**

De outra banda, poderia caracterizar-se a suspeita de parcialidade da Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva , circunstância que a afastaria do julgamento dos processos em que intervém o Escritório de Advocacia Franceschini.

O motivo estatuído na LPA 19 (amizade íntima ou inimizade notória) é freqüentemente alegado nos processos judiciais, como circunstância indicadora da parcialidade do juiz. A hipótese é semelhante à do CPC 135 I (amizade íntima ou inimizade capital).

Essa causa, no entanto, só se concretiza quando a amizade íntima ou inimizade notória ou capital existe entre o juiz ou julgador administrativo e a parte ou interessado, ou seu cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau. Quando a amizade ou inimizade é entre o juiz ou julgador e o advogado, procurador, representante ou consultor da parte ou interessado, a causa de suspeição não se verifica.

A esse propósito é firme a doutrina bem como a jurisprudência de nossos tribunais.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup>. No sentido de que a suspeição ocorre somente quando a amizade ou inimizade é do juiz com a parte, mas não com o advogado dela: RT 523/236; RJTJSP 122/446; RF 246/387; RTJ 78/490; JTARS 16/148.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

O relacionamento da Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva com seu ex-companheiro, o economista Edgard Pereira, caso seja concretamente comprovado ser caracterizar de amizade íntima (antes da separação) ou inimizade notória (depois da separação), essa circunstância é irrelevante para determinar a suspeição da eminente Conselheira.

Isto porque essa amizade ou inimizade seria dela com o consultor da parte, mas não com a própria parte, como previsto expressamente na LPA 18 e CPC 135 I.

Solicitamos *venia* para mencionar o que já dissemos a respeito da causa de suspeição prevista no CPC 135 I: <sup>31</sup>

**‘I: 5. Amigo ou inimigo da parte.** A amizade íntima ou inimizade capital deve ser do juiz com a parte e não com o advogado desta. São circunstâncias que, em tese, indicam ser o juiz amigo íntimo da parte, o fato de ser noivo ou compadre da parte, bem como pela preexistência de favores prestados por ele ou a ele pela parte (Arruda Alvim, *CPCC*, VI, 104). Quando a amizade íntima ou a inimizade capital for do juiz com o advogado da parte, poderá ser oposta a exceção, não com base no CPC 135 I, mas no CPC 135 V, sendo que o juiz pode, também, por motivo de foro íntimo dar-se por suspeito afastando-se do caso (CPC 135 par.ún.). O certo é que o juiz que mantém amizade íntima ou inimizade capital com o advogado da parte pode não ter isenção para proferir decisão na causa.’”

A amizade ou inimizade do julgador com o consultor da parte não configura a hipótese de suspeição descrita no CPC 135 I e na LPA 19. Poderia, como afirmamos na opinião acima transcrita,

---

<sup>31</sup> . NELSON NERY JUNIOR & ROSA MARIA ANDRADE NERY, *CPC Comentado*<sup>6</sup>, cit., comentário n. 5 ao art. 135, p. 491.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

configurar a hipótese de “interesse na causa”, mas, frise-se ainda mais uma vez, teria de ser demonstrado de forma cabal e concreta o interesse por ser amigo ou inimigo de consultor da parte ou interessado no processo administrativo.

Em suma, queremos com isso dizer que *não é automática* a existência de suspeição (pelo CPC 135 V), ou impedimento (pela LPA 18 I), de Conselheiro que mantenha amizade íntima ou inimizade notória com consultor de parte ou interessado no processo administrativo concorrential. Para que seja afastado das votações no Plenário do CADE, deve haver demonstração inequívoca e concreta de que, por ser amigo ou inimigo de consultor da parte, o Conselheiro, no caso concreto, tem interesse na matéria e, de conseqüência, não está isento para votar.

A afirmação de suspeição por motivo de foro íntimo (CPC 135 par.ún.) é privativa do juiz ou julgador administrativo. Não há necessidade de ele declinar qual seria esse motivo, bastando para tanto dizer que ele existe e que, portanto, afasta-se do julgamento do processo.

Sendo ato privativo do juiz ou julgador, é vedado pretender obrigar o juiz a declinar esse motivo, bem como é vedado deixar de aceitar o afastamento do juiz do processo. Afirmada suspeição por motivo de foro íntimo o juiz deixa de funcionar no processo e, ao final, não votará na sessão de julgamento do referido processo.

## **12. Cessação dos motivos caracterizadores de impedimento ou suspeição de Conselheiro do CADE.**

Resta-nos examinar a questão da permanência, no tempo, dos motivos de impedimento e de suspeição de Conselheiro do CADE. Verificada a existência dessa parcialidade, até quando estaria o Conselheiro impedido ou suspeito para votar ? Seria permanente o bloqueio de sua atividade decisória nos processos concorrenciais ? Nos processos em que já exista a afirmação de suspeição, nos quais, portanto, não funciona o julgador administrativo, pode ser reativada a função do Conselheiro, voltando ele a poder decidir e votar, caso não mais subsista o motivo que ensejara seu afastamento por impedimento ou suspeição ?

São questões delicadas que têm de ser enfrentadas com tranqüilidade e prudência, firmeza e correção.

A parcialidade do juiz ou julgador administrativo não é eterna. Subsiste enquanto estiver presente o motivo que a ensejou; cessa no momento em que não mais existir a causa que determinara referida parcialidade.

No caso da união estável que existia entre a Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva e o economista Edgard Antonio Pereira, a eminente Conselheira afirmou suspeição por motivo de foro íntimo, deixando de funcionar nos processos administrativos

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

patrocinados pelo Escritório Franceschini, onde seu ex-companheiro era consultor econômico.

Quando foi dissolvida a união estável, o único motivo que havia para que a Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva não julgasse os processos do mencionado escritório deixou de existir. A partir desse momento não mais subsistiam razões para mantê-la afastada dos julgamentos do escritório onde trabalhava seu ex-companheiro.

Evidentemente que o desaparecimento do motivo que ensejara o afastamento da Conselheira, vale dizer, a dissolução da união estável havida entre ela e Edgard Pereira, fez com que ela pudesse retomar normalmente suas funções no colegiado concorrential. Não é jurídico, tampouco ético, dizer-se que, para todo o sempre, ficaria ela afastada do julgamento dos processos já iniciados e que se encontram em tramitação no CADE. Isto seria atentatório aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, além de ferir o princípio do juiz natural, ao qual estão submetidos os juízes do processo administrativo (art. 5.º, inciso LIII, da Constituição Federal).

Há decisão judicial no sentido de que, tendo ocorrido a separação judicial entre o juiz e advogada, deixa ele de ser impedido e pode julgar o processo para o qual havia anteriormente o impedimento. Nessa mesma decisão judicial, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), restou decidido que a suspeição não é eterna e que, cessados os motivos que a ensejaram, deixa o juiz de ser

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

suspeito e pode julgar a causa. Tomamos a liberdade de transcrever referida decisão: <sup>32</sup>

“MAGISTRADO. Suspeição. Propositura de ação contra o excipiente não torna o juiz eternamente suspeito. Inexistência de interesse do juiz na causa quando dela não advier vantagens econômicas ou morais. Voto vencido.

Não há fundamento para suspeição do juiz quando cessa a causa da arguição.

Inexiste interesse do juiz na causa quando dela não lhe advier nenhuma vantagem econômica ou moral.

A propositura de uma demanda contra o excipiente não torna o juiz eternamente suspeito de parcialidade.

A suspeição termina quando desaparece a causa originária.

Não teria sentido o excepto ficar eternamente suspeito de parcialidade por haver demandado o excipiente.”

### **13. Afirmação de suspeição por motivo de foro íntimo.**

Nada obstante a nobre Conselheira Lúcia Helena Salgado não ser mais impedida ou suspeita para julgar os casos patrocinados pelo escritório Franceschini, é possível que não se sinta em condições, por motivo de foro íntimo, para exercer o seu mister. Admite-se, portanto, que a ilustre Conselheira possa dar-se por suspeita por motivo de foro íntimo (CPC 135 par.ún.), afastando-se dos processos administrativos do referido escritório. Esse ato, frise-se mais uma vez, é privativo da ilustre Conselheira. Só a ela cabe

---

<sup>32</sup> . STJ, 1.<sup>a</sup> Seção, Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 22.985-0-DF, relator Ministro Américo Luz, julgado em 17.5.1994, maioria de votos, Diário da Justiça da União de 13.6.1994 e in RT 719/264.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

afirmar suspeição por motivo de foro íntimo. Não se lhe pode impingir, forçadamente, que afirme suspeição pelo mencionado motivo.

**V – DISPOSIÇÕES FINAIS.**

**14. Respostas às indagações formuladas pelo consulente.**

Com relação aos quesitos que foram endereçados pelo consulente, podemos responder da seguinte forma:

1. Quais as regras sobre impedimento e suspeição que se aplicam ao Conselheiro do CADE ? É admissível, por extensão, a aplicação dos arts. 134 a 136 do CPC ?

Resposta: Como há lacuna no processo administrativo da concorrência, regulado pelos arts. 30 a 53 da Lei Antitruste, aplicam-se os motivos de impedimento e suspeição previstos nos arts. 18 a 21 da Lei do Processo Administrativo, bem como nos arts. 134 a 136 do Código de Processo Civil.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

2. A Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva era impedida ou suspeita para funcionar nos casos do Escritório de Advocacia José Inácio Gonzaga Franceschini, no qual trabalhava seu ex-companheiro, o economista Edgard Antonio Pereira ?

Resposta: Como mantinha laços de companheirismo com consultor econômico do Escritório Franceschini, estava impedida de participar dos julgamentos dos processos administrativos patrocinados por aquele escritório, por força da incidência da LPA 18 II e do CPC 134 II e IV.

3. Caso negativa a resposta anterior, como ela se deu por suspeita, seriam nulos os julgamentos do colegiado, de que não participou ?

Resposta: Prejudicada. A resposta ao quesito anterior foi positiva.

4. Dissolvida a união estável que existia entre a Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva e o economista Edgard Antonio Pereira, subsistiriam razões para que não julgasse os processos do Escritório Franceschini ?

Resposta: Dissolvida a união estável, não subsiste mais razão para que continue afastada dos julgamentos dos processos patrocinados pelo escritório onde trabalha seu ex-companheiro.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

5. A Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva está impedida ou suspeita de funcionar, hoje, nos processos administrativos que deram entrada no CADE durante a união estável ?

Resposta: Não. Dissolvida a união estável, em 6.8.1999, não há mais razão para que continue afastada. Pode julgar os processos antigos patrocinados pelo escritório Franceschini. Pode afirmar suspeição por motivo de foro íntimo.

6. A Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva está impedida ou suspeita, para todo o sempre, de funcionar e decidir os processos administrativos do escritório onde trabalha seu ex-companheiro ?

Resposta: Não. Cessada a união estável, *ipso facto* estão cessados os motivos que ocasionaram o afastamento da Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva . Não há impedimento ou suspeição permanentes. Desde 6.8.1999, data da cessação da união estável entre a eminente Conselheira e o economista Edgard Pereira, está apta a funcionar em todos os processos patrocinados pelo Escritório Franceschini Miranda.

## 15. Conclusões.

Diante de todo o exposto, chegamos às seguintes conclusões:

- a) o Conselheiro do CADE é julgador administrativo, tendo função equiparável à do juiz;
- b) a defesa da concorrência é *direito material difuso* e pode ser efetivada por meio de ação civil pública (art. 1.º, inciso V, da LACP);
- c) não há interesse subjetivo puro no processo administrativo da concorrência;
- d) o processo administrativo concorrencial tem natureza de *processo objetivo*;
- e) por tratar-se de processo objetivo, incidem no processo administrativo da concorrência os princípios inquisitório, oficial e da indiesistibilidade da representação, entre outros;
- f) os aspectos principiológicos da Lei do Processo Administrativo aplicam-se integralmente ao processo administrativo concorrencial, nada obstante a regra do art. 69 da LPA dizer que suas disposições só se aplicariam aos processos que não fossem regidos por lei específica;

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

g) os aspectos gerais da LPA, naquilo que não conflitem com o sistema do processo administrativo da Lei Antitruste, aplicam-se subsidiariamente ao processo concorrencial;

h) o sistema de impedimento e suspeição da LPA, previsto nos arts. 18 a 21 da referida lei, aplicam-se ao processo administrativo concorrencial;

i) os motivos de impedimento e suspeição do Código de Processo Civil (arts. 134 a 136) também se aplicam, cumulativamente aos dos arts. 18 a 21 da LPA, ao processo administrativo da concorrência;

j) tendo em vista as lacunas existentes no sistema administrativo da Lei Antitruste para o regulamento do impedimento e da suspeição do Conselheiro do CADE, aplicam-se ao processo administrativo concorrencial: i) a Constituição federal; ii) os arts. 30 a 53 da Lei Antitruste; iii) todas as normas principiológicas da Lei do Processo Administrativo; iv) as normas gerais da Lei do Processo Administrativo, para preenchimento de lacunas, desde que não sejam conflitantes com o sistema processual administrativo da LAT; v) as normas do Código de Processo Civil que regulam o impedimento e a suspeição (arts. 134 a 136); vi) as normas administrativas internas do CADE, especialmente o art. 7.º do Regimento Interno

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

do CADE (Resolução n. 12, de 31.3.1998) e o art. 5.º do Código de Ética do CADE (Resolução n. 16, de 9.9.1998);

l) vige, no processo administrativo concorrencial, o princípio da imparcialidade do julgador administrativo;

m) caso o Conselheiro do CADE aja com parcialidade, desatendendo o princípio constitucional da imparcialidade, comete ato de improbidade administrativa, estando sujeito às penas indicadas no art. 37, § 4.º da Constituição Federal (perda da função pública, suspensão de direitos políticos, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário);

n) são decorrências do princípio da imparcialidade no processo administrativo concorrencial, os postulados da isonomia e do contraditório e ampla defesa;

o) princípio da imparcialidade é um *prius* e o da proporcionalidade um *posterius* no processo administrativo concorrencial;

p) o impedimento é vício que presume, de forma absoluta (*juris et de jure*), a parcialidade do Conselheiro do CADE e é caracterizado por circunstâncias aferíveis objetivamente;

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

q) há 9 (nove) casos de impedimento no sistema do processo administrativo concorrencial;

r) a suspeição é vício que presume, de forma relativa (*juris tantum*), a parcialidade do Conselheiro do CADE e é caracterizada por circunstâncias aferíveis subjetivamente;

s) há 5 (cinco) casos de suspeição no sistema do processo administrativo concorrencial;

t) o motivo de amizade íntima ou inimizade notória (ou capital), que ensejaria a suspeição da Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva para julgar os processos administrativos patrocinados pelo escritório de advocacia onde trabalha seu ex-companheiro (LPA 19 e CPC 135 I) não se caracteriza, se a amizade ou inimizade é com o **consultor** da parte ou do interessado, mas somente se o for com a própria parte ou interessado;

u) não é automática a suspeição de Conselheiro por amizade ou inimizade com a parte: é necessário que seja comprovada cabalmente a razão por que, se amigo ou inimigo, poderia beneficiar ou prejudicar a parte ou interessado;

v) no caso sob exame, não há comprovação de que haja amizade íntima ou inimizade notória (ou capital)

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

entre a Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva e as PARTES ou INTERESSADOS nos processos administrativos patrocinados pelo Escritório Franceschini Miranda;

x) o motivo de suspeição por amizade ou inimizade teria de ser analisado caso a caso, concretamente, e não fixado de forma abstrata, genérica.

**CONCLUSÃO GERAL**: A Conselheira Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Lúcia Helena Salgado e Silva **não se encontra impedida ou suspeita** para decidir e julgar os processos administrativos concorrenciais que estejam ou venham a ser patrocinados pelo Escritório de Advocacia José Inácio Gonzaga Franceschini, onde trabalha, como Consultor Econômico, seu ex-companheiro, o economista Prof. Dr. Edgard Antonio Pereira. Pode julgar os processos em curso e os que venham a dar entrada no CADE, patrocinados pelo mencionado escritório.

Pode, entretanto, afirmar suspeição por motivo de foro íntimo. Essa atitude é voluntária e se insere na atribuição exclusiva da ilustre Conselheira.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

É o parecer que submetemos à elevada apreciação do Augusto Plenário desse Egrégio Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

São Paulo, 25 de outubro de 1.999.

Prof. Dr. **NELSON NERY JUNIOR**

Titular de Direito Processual Civil

Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito pela PUC-SP

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**Faculdade de Direito**

Este material é parte integrante do site **Gente, Vida e Consumo**



[www.gentevidaeconsumo.org.br](http://www.gentevidaeconsumo.org.br)

Rua Monte Alegre, 984 São Paulo-SP  
Telefone: (0xx11) 3670.8127  
nneryjr@hotmail.com