

**O DESENHO ECONÔMICO NA
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

O DIREITO DE CONCORRÊNCIA E O CADE

Monica Herman Salem Caggiano

1. Introdução. 2. O desenho econômico na Constituição Federal de 1988. 3. O modelo constitucional e o Estado de Direito. 4. O abuso do poder econômico e sua repressão. O direito da concorrência. 5. A Lei n. 8 884/94 e o CADE

1. Introdução

A idéia de uma “Constituição Econômica” a integrar os textos dos Estatutos Fundamentais, hoje postura já consagrada pelo constitucionalismo contemporâneo, inicia essa vitoriosa trajetória com a promulgação da Constituição mexicana de 1917 e ganha notoriedade, passando a inspirar a feitura dos textos supremos da maior parte dos países, sob o impacto da Constituição de Weimar, de 1919.¹

Certo é, porém, que a questão econômica não era ignorada totalmente pelas primeiras constituições, de perfil liberal. Conquanto portando caracteres preponderantemente políticos², esses documentos constitucionais denotavam uma evidente preocupação com determinados aspectos econômicos da vida societária, em especial com a questão da propriedade.³

Ilustrativa, nessa perspectiva, a lição de CHARLES A. BEARD (*Une Relecture Economique da La Constitution des États-Unis, Paris, Economica, 1988*), assinalan-

¹ Uma nítida preocupação com a reserva de espaço constitucional para o espectro econômico emerge com a promulgação da Constituição mexicana de 1917 e a Constituição soviética de 1918. Foi, no entanto, a Constituição alemã, de 1919, que efetivamente impactou o mundo jurídico com a inserção de um capítulo especial dedicado à “vida econômica”, inspirando as novas experiências constitucionais nesse campo, a exemplo da Constituição espanhola de 1931, a portuguesa de 1933 e a brasileira de 1934.

² VITAL MOREIRA é que registra, juntamente com a doutrina mais categorizada, o caráter político das primeiras constituições, configurando mais “estatuto organizatório do estado” ou, ainda, “estatuto da estrutura política da formação social”. (op. cit., 181 e ss.)

³ Em verdade, não erigida a *status* constitucional, a preocupação com a questão econômica é detectada ainda no período das primeiras constituições. Destaca-se, em 1771, a obra do fisiocrata BAUDEAU, ao encabeçar com a expressão “constituição econômica” um dos capítulos do “*Première Introduction à la Philosophie Économique*”. Na realidade essa menção adentrou a obra referindo-se ao conjunto das regras jurídicas disciplinadoras da “société économique”.

do que o trabalho desenvolvido por Madison, Hamilton e Jay, com a edição dos "The Federalist Papers", direcionava-se a acentuar a tutela efetiva de direitos econômicos plasmados por força da Constituição de 1776. Sob essa peculiar ótica, a federação se afiguraria como "um remédio republicano, saneador dos males que pudessem afetar um governo republicano". Isto porque, o modelo idealizado viria impedir distorções e discriminações eventualmente praticadas no âmbito dos Estados, atingindo exatamente o direito de propriedade.

E mais, lembra VITAL MOREIRA (*Economia e Constituição, Coimbra Ed. Coimbra, Portugal, 1979*), que "a propriedade não era apenas uma baliza face ao estado, não era apenas "direito de liberdade", era também instituição de ordem econômica, cuja defesa se impunha ao Estado, e direito do indivíduo (face ao estado)....".

Fato é que os documentos constitucionais dos séculos XVIII e XIX refletiam quase que com exclusividade a organização dos poderes públicos e o estatuto das liberdades públicas, abordando a questão econômica sob uma via reflexiva, quase camuflada⁴.

A partir da década 40 ou, mais precisamente, sob os efeitos do Segundo Conflito Bélico Mundial, é que se faz sentir de forma mais efetiva a necessidade de regulação da esfera de relações econômicas. Isto, acompanhando o entendimento de ANTONIO CARLOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES e MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES (*Direito Econômico, Coimbra, Almedina, 1991, fls. 19*), visando, de uma parte, garantir "o livre funcionamento do mercado (o princípio da auto-regulação, típico das constituições liberais)", e, de outra, viabilizando o recurso a fórmulas mais sensíveis à hetero-regulação, necessárias ao equilíbrio desse mesmo mercado. Daí, as questões econômicas e sociais, antes meras realidades "extra-constitucionais", se alçarem a um "status" soberano, ao se converterem em "capítulos essenciais ou preponderantes das estruturas constitucionais dos novos Estados"⁵

De se remarcar, ainda, que, decorrente da nova perspectiva de disciplinamento do plano econômico, o conceito de Constituição Econômica firma-se com idêntica projeção de garantia, de arma oponível ao poder, idéia que já servira de superfície à formatação do conceito de constituição política.⁶

E mais, esse espaço constitucional, soberano, reservado ao segmento econômico, a exemplo das demais normas de porte constitucional tem a sua textura plasmada em um pacto entre as partes constituintes. Por isto, o registro de VITAL MOREIRA: "é produto de uma decisão constitucional" cuja finalidade é definir "segun-

⁴ No magistério de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, também, é demarcado o perfil político dos documentos constitucionais editados nos séculos XVIII e XIX. Issc, de um lado, deriva da própria filosofia que lhes serve de substrato, sendo que para "o sistema liberal clássico, o plano econômico é domínio da liberdade individual, que deve estar fora do alcance do Estado... Esse pensamento confia no mercado, na livre competição, para que se alcance a melhor situação". O lema é o "laissez-faire, laissez passer, que le monde va de lui même". De outra parte, remarca o ilustre jurista, a "renovação institucional iniciada no século XVIII procede de uma reação contra os abusos do absolutismo. O Estado, o governo, o poder, é o inimigo da liberdade... As Constituições, por isso, cuidam de limitar o poder político." (*Direito Constitucional Econômico*, S. Paulo, Saraiva, 1990, p. 32/33)

⁵ cf. MARTIN BASSOLS COMA, op. cit.

⁶ A idéia de Constituição, como hoje é entendida, vem a ser formatada no século XVIII, encampando a configuração escrita – um documento idealizado como instrumento de limitação do poder político – uma arma a impedir o arbítrio – a estabelecer "governos moderados, limitados em seus poderes..." submetidos à própria Constituição. (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, S. Paulo, Saraiva, 1999, p. 7). A noção de Constituição Econômica, de sua parte, acompanhando essa idéia-força, pretende assegurar os direitos fundamentais aos agentes econômicos e, disciplinando as macrocondições de funcionamento do mercado, introduziria limites aos poderes e faculdades de que o Estado pudesse vir a dispor para modelar o sistema econômico.

do princípios jurídicos unitários, a ordem de bens, forças e funções econômicas”, visando oferecer segurança e certeza jurídicas à teia de inter-relações que se processam nesse complexo, delicado e, por que não dizer, sofisticado campo de atuação social.

No panorama doméstico, pode-se detectar uma experiência acumulada de mais de meio século de Constituição Econômica.

Em verdade a matéria marcou sua estréia a nível constitucional com a promulgação da Carta Política de 1934, que dedicou um título (TIT. IV) à “*Ordem Econômica e Social*”. Inspirando-se no modelo germânico, de Weimar, apresentava conotação corporativista. Cuidava, é certo, timidamente da questão econômica, promovendo uma inequívoca distinção entre a liberdade política e a liberdade econômica. Quanto aos demais textos constitucionais que marcaram presença entre nós, conquanto adotando técnicas de nuances diferenciadas, mantiveram, em termos gerais, a linha original, apresentando um visível aprimoramento quanto ao tratamento oferecido ao tema.

2. O desenho econômico na Constituição Federal de 1988

A trajetória histórica constitucional brasileira oferece uma visão timbrada pela tônica intervencionista quanto à regulação da esfera da economia: a Constituição de 1946 trazia regra expressa a esse respeito (art. 146) e a Constituição de 1967/69, a par da autorização interventiva inserida no seu art. 163, instituiu, ainda, a figura do decreto-lei⁷ como instrumento a viabilizar essa tradição de ingerência. O clima centralizador se fazia predominante, permeando, a seu turno, o espectro econômico.

Distanciando-se do tradicional tratamento conferido à questão – que albergava, portanto, razoável suporte à atuação intervencionista⁸ – o texto de 1988 insculpiu no seu bojo um modelo econômico descentralizado⁹, procurando aderir a uma das mais puras versões de economia de mercado. Ignorou as tendências já enraizadas na mentalidade doméstica, de intervenção controladora, e acolheu a padronagem do “free market”, praticado com privilegiamento da livre iniciativa.

⁷ A figura do decreto-lei, sob a égide da Constituição de 1967/69, viabilizou uma intensa ação intervencionista do Estado nos domínios da economia, servindo de suporte, também, para a edição dos planos Bresser e Furlan.

⁸ Nesse sentido o magistério de RAUL MACHADO HORTA (*Estudos de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey Ed., 1995, p. 296): “A Constituição abandonou a opção pelo planejamento estatal, que geralmente conduz às experiências autoritárias da direção central da economia pelo Estado, forma que atravessa período de notório declínio, fazendo a distinção entre planejamento determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174 da Constituição)”.

⁹ Dentre as diferentes possibilidades de classificação, emergem como as mais usuais as que preconizam duas grandes categorias: as *fórmulas centralizadas* e as *descentralizadas*. Estas são identificadas por um esquema econômico multipolar, onde as irradiações são produzidas a partir de centros de produção, de oferta e de consumo. Nesse ambiente, a empresa é a unidade de produção e ao Estado é autorizada uma intervenção indireta e global. As *primeiras (centralizadas)*, no entanto, indicam uma economia mantida a base de injunções e dependente do planejamento; configura uma economia de cálculos e objetivos, que atua por intermédio de técnicas e técnicos, apresentando-se refratária à figura do empresário e à livre iniciativa. Ambas as categorias, ademais, compreendem variadas espécies, segundo as nuances específicas que assumem. Os *modelos centralizados*, em geral, colocam os analistas diante de três tipos: a) o *modelo marxista soviético*: baseado na estatização dos meios de produção e no planejamento integral do sistema econômico. A concepção soviética, explicita GIUSEPPE DE VERGOTTINI (*Diritto Costituzionale Comparato*, Padova, Itália, Decem, 1981), porquanto se oferece naturalista e historicista, refletindo as progressivas transformações sociais na construção da própria sociedade socialista; b) o *modelo social democrata de Weimar*: uma configuração corporativista, que tende a ampliar a proteção oferecida ao cidadão para armá-lo de forma a enfrentar não só o Estado, como, ainda, as próprias potências econômicas privadas. Exemplo disso o documento português de 1933 e a Carta Política brasileira de 1934; c) o *modelo nacional socialista*: de feição autoritária, moldado a partir de uma perspectiva dirigente, é respaldado por uma drástica planificação e concebe a economia como unidade de produção nacional. Nessa visão o processo produtivo deve se submeter a controles políticos e sindicais. E, para as *fórmulas da economia descentralizada* (economia de livre mercado), praticada com base na livre iniciativa e na livre concorrência, também três são as variantes, comumente, aceitáveis. Isto, por força de toda uma trajetória histórica, que contemplou os dois conflitos bélicos mundiais, a Grande Depressão e a subsequente crise econômica

É o que decorre do exame do art. 170 c/c o art. 174 da nossa Lei Fundamental. E, nos novos moldes, a intervenção do Estado passa a ser autorizada com o escopo fiscalizatório, visando assegurar opercionalidade ao sistema, ou seja, garantir a convivência conjunta e harmoniosa dos elementos arrolados no art. 170 como sua base principiológica e, nessa qualidade, a orientar as atuações e inter-relações que se processam na economia. Com efeito, o desenho fixado pelo constituinte de 1988¹⁰ coloca o analista diante de uma economia orientada pelos “standards” da livre iniciativa e da livre concorrência, enunciados, desde logo, no artigo que inaugura o capítulo econômico da Constituição, passando a insuflar a linha do desenvolvimento da economia. A sua concretização, é verdade, deve respeitar os demais fatores definidores do campo econômico, ali enumerados, tais como os direitos do consumidor, o meio ambiente, a função social da propriedade, etc. Preconiza-se, destarte, um mercado impulsionado por essas duas máximas; porém, sob os efeitos ponderados, produzidos pelos demais princípios de balizamento inscritos no já mencionado art. 170 e que, em conjunto, formam a textura do modelo econômico visualizado no documento supremo.

Em suma, o formato econômico encontra-se sob o comando da livre iniciativa e da livre concorrência. Na sua estruturação jurídico-constitucional, no entanto, ingressam como elementos limitadores, impondo barreiras ao exercício exacerbado daqueles direitos, a figura do consumidor e sua tutela, a proteção do meio ambiente, o conceito da função social a circunscrever o direito de propriedade, a busca do pleno emprego e, enfim, a própria finalidade do tipo de economia idealizada: “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”, que vem apresentada já no “caput” do mencionado art. 170 da atual Constituição Federal.

Na construção desse modelo não poderia deixar de se cuidar da posição reservada ao Estado. E, por mais paradoxal que possa parecer, o constituinte apresentou coerência, cometendo ao Poder Público o papel de vigilante – de fiscal mesmo; atribui-se-lhe, tão só, a tarefa de zelar pelo equilíbrio constante entre os “standards” estruturais do modelo econômico criado. E, assim, nos termos do art. 174 do texto supremo, foi contemplado com a tarefa de “agente normativo e regulador” da atividade econômica, mediante uma ação fiscalizatória direcionada a ajustar os compor-

.....
evidenciando a necessidade eventual da ação estatal e, daí produzindo possibilidades organizativas diferenciadas, a exemplo: a) o modelo da economia orientada: onde o plano constitui mero fator de ilustração, visando uma orientação econômica. De caráter indicativo, o planejamento estatal envolve a criação e o desenvolvimento de órgãos com a função de estudar e de coordenar os problemas econômicos, implicando na necessidade de informação e de particular coerência; b) o modelo da economia de consenso, pautada na negociação coletiva; c) o modelo da economia contratual, um tipo mais aprimorado da economia de consenso, que eleva sensivelmente a importância da negociação, autorizada não apenas em relação ao Estado mas entre os agentes econômicos da esfera privada.

¹⁰ O modelo adotado pela Constituição Federal de 1988 até o presente momento, inobstante as inúmeras Emendas que o atingiram, continua se apresentando como de elevado teor polêmico. WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA (*O Direito Privado na Ordem Constitucional*, conferência pronunciada na Associação dos Advogados de São Paulo, em 15.05.89) o contempla como de economia de mercado, distante, porém do modelo liberal puro e ajustado à concepção neo-liberal. JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. R.T., S. Paulo, 6 ed., 1990, p. 667) o cataloga como “um sistema de mercado”; registra, no entanto, que é difícil entendê-la como “economia de mercado” e, a seu ver, maculada resta a “livre concorrência” ... “desde que o modo de produção capitalista evoluiu para as formas oligopolistas. Falar hoje em economia descentralizada como economia de mercado – frisa o jurista – é tentar encobrir uma realidade palpável de natureza diversa. A economia está centralizada nas grandes empresas e em seus agrupamentos”. EROS ROBERTO GRAU (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 4 ed., S. Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 309/310), após detalhada análise das posições doutrinárias e dos princípios de regência, a define como atendendo a um “modelo de bem-estar”, ... “análogo àquele adotado pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha”, apresentando “apenas pontos de proteção contra modificações extremas, que conferem ao legislador ordinário, no entanto, campo (largo) para tomar decisões. E, prossegue: “Esse modelo há de ser complementado pelo legislador ordinário, evidentemente torgido, também, pelos princípios regras contempladas no bojo da Constituição”.

tamentos econômicos, com o escopo de assegurar funcionabilidade ao modelo, evitar os abusos que possam ensejar o desequilíbrio entre os princípios da ordem econômica e, assim, preservar o atendimento dessas máximas e do desenho constitucional.

Parece-nos evidente a inovação que a Constituição de 1988 estampa, revendo a tradicional posição interventora, de comando, do Estado na economia brasileira. Não só distanciou-se das fórmulas anteriores¹¹, como, de modo claro e explícito fixou-lhe a competência e previu o instrumento, os mecanismos, e os momentos de ação.

Com efeito, o *caput* do art. 174 do texto constitucional dispõe:

"Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado." (grifo nosso)

E, numa complementação desse quadro, os arts. 173 e 175 explicitam:

"Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (grifo nosso)

Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma de lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos." (grifo nosso)

Os contornos da economia, nos novos moldes constitucionais, lhe conferem **configuração tipicamente de mercado, uma economia descentralizada, reduzindo-se a atuação do Estado à esfera dos serviços públicos** e, ainda nessa função, podendo transferir as tarefas à iniciativa privada, por via das figuras da concessão, da permissão e da autorização, mecanismos próprios ao espectro da privatização.

No tocante às incursões estatais no mercado, na qualidade de agente econômico, ou seja no tocante à sua atuação econômica em sentido estrito, a que se refere EROS ROBERTO GRAU¹² a nova Lei Fundamental circunscreveu as possibilidades aos casos definidos em lei como necessários aos "*imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*" (art. 173, "*caput*"), ou, ainda, às hipóteses previstas na própria Constituição¹³, i.é, às atividades monopolizadas, regime que, ao longo dos dez anos de vida do texto maior, sofreu, a seu turno, sensível flexibilização, viabilizando, também, nessa esfera, a transferência das atividades estatais ao setor privado.

Nessa esteira, de se registrar que as Emendas Constitucionais, notadamente as de números 5, 6, 8, 9, 13, 19 e 20,¹⁴ acabaram por aperfeiçoar o formato econômico

¹¹ Nos termos das formulações constitucionais anteriores, havia previsão expressa da possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico. Na Constituição de 1946, o art. 146 a autoriza de forma explícita, norma reaportada no texto constitucional de 1967/69. Nesse sentido, ainda, ver o entendimento perfilhado por RAUL MACHADO HORTA (nota n.8).

¹² op. cit., p. 147

¹³ Hoje, a par do regime de monopólio preconizado no art. 173 da Constituição, pode-se apontar a hipótese do inciso XXIII do art. seu 21 (pesquisa, lavra, enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados).

¹⁴ A reafirmação de modelo a privilegiar o setor privado, restringindo a atuação estatal nos domínios da economia, vem se consolidando por intermédio das Emendas Constitucionais: n. 5, de 15.08.95 (art. 25 da C.F./privatização); n. 6, de 1995 (alteração dos arts. 170, 171 e 176, acabando com a criticada e polêmica distinção entre "*empresa brasileira*" e "*empresa brasileira de capital nacional*"); n. 8, de 15.08.95 (art. 21 da C.F./

que já era anunciado pelo constituinte de 1988. Clarificando o quadro e fixaram com maior nitidez o tipo de economia idealizado – descentralizado – e a **função de vigilância** a que foi conduzido o Poder Público, tarefa a ser exercida por intermédio da lei, o seu instrumento, aliás próprio do clima de Estado de Direito como já o art. 1º. da Constituição de 1988 se incumbem de definir o Estado Brasileiro.¹⁵

3. O modelo constitucional e o Estado de Direito

Em verdade, o padrão econômico perseguido pelos constituintes de 1988 e aprimorado pela ação do Poder Reformador, instalou o “free market” num ambiente democrático, comandado pela idéia do Estado de Direito, conceito construído e que comparece como garantia, individual ou coletiva, oponível às atuações arbitrárias do Poder Público, cingindo a atuação deste aos parâmetros da lei. É que, o Poder Público, no contexto do Estado de Direito, atua subsumido a um regime jurídico-administrativo comandado pela conhecida tese do “positive Bindung”, resultado de construção doutrinária do Direito alemão, e que, como explicita EROS GRAU, pressupõe que: “...a Administração não pode atuar neste ou naquele sentido senão quando a lei expressamente a tanto o autorize. Na expressão de Winkler: (cf. Eduardo Garcia de Enterría, ob. Cit., p. 289) “Keine Handlung ohne Gesetz” – nenhuma atuação sem lei. Afirmar-se simplesmente que, sob o regime do Direito Público, a Administração está sujeita ao princípio da legalidade, nada significa, eis que o mesmo princípio permeia toda a atuação dos agentes privados, em regime de Direito Privado. Pois não é justamente a consideração dos diversos conteúdos que as doutrinas do comprometimento positivo (positive Bindung) e do comprometimento negativo (negative Bindung) atribuem ao princípio que ordinariamente leva a, com singeleza didática, apontamos a distinção entre os universos do Direito Público e do Direito Privado? – no primeiro se pode fazer o que a lei permite; no segundo, o que a lei não proíbe. Se pretendermos, portanto, relacionar o princípio da legalidade ao regime de Direito Público, forçoso seria referirmo-lo, rigorosamente, como princípio da legalidade sob conteúdo de comprometimento positivo.”¹⁶

De conformidade com a receita constitucional, pois, **a lei emerge como instrumento da ação estatal** a lhe autorizar e respaldar a atuação de vigilância na área econômica, para assegurar o equilíbrio entre os “standards” que integram a sua base estrutural.

Destarte, as investidas do Estado no setor privado, no exercício de sua função de fiscal, somente são permitidas quando previamente **previstas em lei e de conformidade com os mecanismos que essa lhe tiver concedido.**

telecomunicações/ privatização); n. 9, de 9.11.95 (art. 177 da C.F./ relativização do monopólio estatal do petróleo); n. 13, de 21.08.96 (art. 192, II da C.F., extirpando a referência a órgão oficial ressegurador); n. 19, de 4.06.98 (reforma do Estado); n. 20, de 15.12.98 (reforma do sistema previdenciário).

¹⁵ O art. 1º da Constituição Federal define o Estado brasileiro como um *Estado democrático de Direito*. Conquanto tenha suscitado polémica a expressão, como o próprio Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA (um dos que, atuando na qualidade de assessor, por ocasião dos trabalhos constituintes, contribuíram para a sua inserção no texto), fato é que diante do conjunto de macroprincípios a comandar o desenho do Estado brasileira, exsurge com naturalidade sua configuração de Estado limitado pelo Direito e sujeito, pois, aos “standards” de comando do Estado modelado como Estado de Direito.

¹⁶ EROS ROBERTO GRAU, op. cit. p. 141/142.

E mais, por **excepcionais**, direcionadas a tão somente reconduzir o quadro a uma situação de equilíbrio, de normalidade,¹⁷ tais ingerências comportam, apenas, ações de caráter **temporário**, sob pena de desvirtuamento do modelo projetado pelos constituintes.

Daí a imposição de perfeita compreensão da configuração econômica constitucional, espaço em que, hoje, o Estado penetra (ou deve penetrar) quando autorizado por lei, excepcionalmente e sempre de forma provisória, sem se perpetuar na sua ação, com o escopo único de restaurar o equilíbrio e em perfeita harmonia com os pilares sobre os quais repousa a idéia a suportar o padrão “Estado de Direito” – i.é um Estado que pauta sua ação pelo Direito, numa atuação engradada e limitada pela Constituição e pelos princípios¹⁸ que essa descortina, todos de índole limitativa, buscando assegurar à sociedade e a seus integrantes a tranqüilidade da certeza e da segurança jurídicas.

Pois bem, fiel ao desenho econômico esboçado, o documento constitucional prescreveu, até com certa nitidez, os instrumentos a serem acionados para o respaldo das intervenções do Poder Público no espectro da economia a cargo do setor privado. Relegou a concretização desses instrumentos ao legislador ordinário; porém, o fez num panorama comandado pelo conceito de Estado de Direito e, portanto, sob as suas garantias.

E dentre tais instrumentos, destacam-se a lei de defesa do Consumidor (o Código do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), a lei das Concessões (Lei n. 8.987, de 13.02. 1995 e Lei n. 9.074, de 7.07.1995), texto que cuida da regulamentação do processo de privatização, dinâmica que reduz a figura do Estado, amoldando-o ao novo desenho da economia de livre mercado, e a lei antitruste (Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994) que operou, entre nós, o desenvolvimento acelerado do Direito da Concorrência.

4. O abuso do poder econômico e sua repressão. O direito da concorrência

Tem sabor de lugar comum a assertiva de que os recursos no mundo são limitados; mas o desejo de a esses se ter acesso não o é.

Na verdade, porém, esse ponto figura como o cerne nevrálgico da questão em torno da qual gira a problemática tratada no território do Direito da Concorrência; e isto já a partir da célebre teoria da “mão invisível” que, no século XVIII, lançada por ADAM SMITH (*The Wealth of Nations*), propugnava pela auto-regulação do mercado, evidenciando que se os preços se apresentarem acima das possibilidades desse, os eventuais interessados passariam, naturalmente, a buscar produtos outros e gastariam o seu dinheiro em opções mais acessíveis.

¹⁷ Nessa perspectiva é o registro de JOSÉ AFONSO DA SILVA: “A intervenção por via de regulamentação da atividade econômica surgiu como pressão do Estado sobre a economia para devolvê-la à normalidade” (op. cit. p. 677).

¹⁸ Nos termos expostos pelo Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, no seu *Curso de Direito Constitucional* (1999, p. 275 e ss), compõem a estrutura do conceito de estado de Direito os princípios da Supremacia da Constituição, da igualdade, da legalidade e o devido processo legal.

VALENTINE KORAH (E. C. *Competition Law and Practice*, Hart Publishing, Oxford, 1998), retomando a clássica doutrina, anota que a elevação dos preços no mercado, conduzindo os consumidores a realizar opções por outros produtos, colocam o bem como inacessível, inutilizando os recursos gastos na sua produção. O resultado é o “prejuízo” – “*the dead weight loss*” – o qual a ninguém aproveita”. E prossegue, lançando mão do magistério de RICHARD POSNER (*Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago, Chap. 1, 1976): “Esses recursos poderiam ser empregados de melhor forma produzindo mais bens e serviços para o consumo.” E mais, anota “Num mercado competitivo, empresas que não atendam, na sua produção, com eficiência o que os compradores desejam pagar pelo produto, são obrigadas a abandonar o mercado. Esse processo concorre para a garantia de que apenas as mais **eficientes** sobreviverão e para assegurar a pressão (do próprio mercado) direcionada a apurar os preços praticados, conduzindo as firmas a rever custos e ao aprimorando das técnicas de negociação”. (trad. nossa, p. 9)

A **eficiência**¹⁹, portanto, cuja relevância já aparece refletida na obra de SMITH, emerge como elemento impositivo para a integração ao espectro econômico. E, ao longo da evolução histórica, a adoção de medidas e de políticas direcionadas à proteção da livre concorrência vem vocacionadas à ampliação do número de participantes no mercado, **estimulando a concorrência** como mecanismo apto ao atingimento do **uso eficiente** dos recursos e para o bem-estar dos consumidores.

A prática abusiva do poder econômico, consubstanciada em ações que visem restringir a concorrência, obstar o aumento arbitrário dos lucros, o abuso de posição dominante e os atos de concentração econômica – prática essa “*que decorre quase espontaneamente do capitalismo monopolista*”, na lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA²⁰ – é que a ingerência do Estado, por via de regulamentação da atividade econômica, busca vedar, exatamente para assegurar ou restaurar a “livre concorrência” e, conseqüentemente, a **eficiência** exigida no panorama do “*free market*”. Isto, porém, **por via de lei, ou, ainda, por força de políticas públicas que, no entanto, devem vir autorizadas por lei** e que, em conjunto formam o terreno em que se desenvolve o direito da concorrência.

Nesse diapasão, ainda a observação lançada por CLÁUDIO LEMBO ao dedicar um capítulo do livro “O Futuro da Liberdade” à análise da questão econômica, anotando as características peculiares ao **capitalismo concorrencial**, sistema a “*exigir a presença de parceiros econômicos distintos que, praticando saudável competição, procuram.... diminuir custos, oferecer produtos e serviços mais qualificados e por menor preço. A concorrência verifica-se por intermédio do mercado.*” Este, adverte LEMBO, “*pode sofrer deformações por meio de práticas concentracionistas. ... As*

¹⁹ VALENTINE KORAH, analisando o Direito da Concorrência no âmbito da Comunidade Européia, registra que o fator *eficiência* não deve ser entendido como elemento exclusivo a respaldar a regulamentação editada com o escopo de preservar a livre concorrência, a livre iniciativa e, ao final dessa linha a proteção do consumidor é almejada. Alinhando-se à eficiência, aponta: a) a questão atinente à integração no mercado, visando tutelar a possibilidade de ingresso de qualquer um no mercado e impedir ações tendentes à exclusão; b) tratamento especial em relação as *empresas de pequeno e médio porte*, às quais se busca viabilizar uma atuação, ao menos, em colaboração com as grandes potências; c) “*fair competitor*” – um campo propício à competição, assegurando-se (cabendo ao Estado zelar) condições para tanto; d) liberdade política, princípio preconizado na Constituição germânica e repetido no preâmbulo da Comunidade Européia e que reclama para todo cidadão a oportunidade para se inserir na teia de inter-relações do mercado, como condição do exercício da liberdade política. (op. cit., trad. nossa, p. 10/11)

²⁰ op. cit., p. 668.

*sociedades modernas, de traço efetivamente capitalista, procuram evitar a ocorrência das situações acima previstas – monopolização ou cartelização – mediante a edição de leis específicas e de instrumentos eficazes para a preservação das normas garantidoras de uma efetiva economia de mercado”.*²¹

Pois bem, exsurge o Direito de Concorrência como o estudo sistematizado do complexo de normas direcionadas à promoção e proteção da livre concorrência, entendida essa como o meio eficaz de distribuição de recursos e como mecanismo apto a assegurar maiores benefícios para os consumidores. E, nesse contexto, a análise comparada nos posiciona diante de, basicamente, dois sistemas desenvolvidos: o primeiro plasmado sobre o poder de mercado e o outro privilegiando a questão atinente à posição de domínio.

As técnicas de tratamento geradas sob o impulso do primeiro, inspiradas no modelo norte-americano, se concentram na problemática da imposição de preços mediante redução da produção. A idéia nuclear consiste em assegurar ao maior número possível de concorrentes (empresas), independentemente do tamanho ou do potencial, a participação no mercado. O conceito de eficiência se espelha no controle do poder de mercado, tendo-se por objetivo a proteção do consumidor contra a imposição de preços mais elevados. As práticas que afetam os consumidores em matéria de preços é que são consideradas ilegais.²²

A sistemática erigida com ênfase na posição de domínio, é insuflada pela linha legal editada em território europeu, reforçada pelo advento do quadro normativo da União Européia. É nesse panorama que se observa uma acelerada tendência a fusões, verificadas, de forma especial no espectro bancário e no das telecomunicações, provocando posicionamentos mais duros por parte da Comissão Européia.²³ O objetivo básico perseguido em território europeu é a de evitar a formação de empresas dominantes. Como adverte LUIS TINEO, a eficiência, sob a perspectiva dessa concepção traduz-se em mecanismos direcionados a “*controlar não a posição de domínio em si, porém o abuso da mesma, configurando a proteção das oportunidades à empresas menores o fim último dessa espécie de leis*”.²⁴ (tradução nossa)

No continente sul-americano a temática relativa ao Direito da Concorrência foi, até meados deste século, objeto de reduzida – ou quase nula – atenção por parte do legislador constituinte ou ordinário até quase meados deste século. Ao invés, predominante nesse panorama a preocupação com a intervenção do Estado na economia atuando esse no papel de verdadeiro agente econômico²⁵, na produção, utilização e

²¹ No capítulo dedicado ao “*Capitalismo e Sistema financeiro*”, o autor realiza interessante distinção entre *capitalismo de mando* e o *capitalismo concorrencial*. Aquele, de perfil centralizador, idealizado em clima de nacional-socialismo que dominou a Alemanha na primeira metade deste século. Este pautado em “*saudável competição*”, própria da economia descentralizada, na busca de aprimoramento dos meios de produção e da prestação de serviços com o escopo de alcançar índices elevados de eficiência, ou um quadro que autorize “*diminuir custos, oferecer produtos e serviços mais qualificados e por menor preço*.” CLAUDIO LEMBO, *O Futuro da Liberdade*, São Paulo, Ed. Loyola, 1999, p. 131 e seg.

²² Apud, LUIS TINEO, *Políticas y Leyes sobre competencia*, in Revista de Direito Econômico, n.2/1998, p. 114.

²³ De acordo com dados da Thomson Financial Securities Data, as fusões e aquisições no mundo deverão atingir um recorde de US\$ 2.2 trilhões no mundo em 1999, denotando um crescimento de cerca de 16% sobre o volume verificado em 1998. Esse movimento tem sido impulsionado, notadamente, pelas empresas européias, destacando-se o caso do Bank of Scotland que ofereceu US\$ 34 bilhões pelo National Westminster Bank e o caso da franco-belga Totalfina que fez uma oferta de US\$ 49.7 bilhões pela francesa Elf Aquitaine, sendo que esta última transação foi objeto da intervenção da Comissão Européia que decidiu investigar os reflexos negativos do negócio sobre a livre concorrência na Europa, suspendendo-o. (notícia extraída da INTERNET, 8.10.99, 23.08Hs.)

²⁴ Apud, LUIS TINEO, *Políticas y Leyes sobre competencia*, in Revista de Direito Econômico, n.2/1998, p. 114.

²⁵ E.EROS GRAU que promove uma adequada e relevante exposição acerca das duas possibilidades de atuação do Estado nos domínios da

exploração de bens e serviços. E o quadro conduziu a medidas intervencionistas de restrição da concorrência e da livre iniciativa, produzindo efeitos negativos no tocante à exigência de eficiência.²⁶

Foi Argentina que, inspirando-se no modelo da *Lei Sherman*, dos Estados Unidos da América, estreou quanto ao oferecimento de tratamento legal ao tema, editando lei específica em 1934. Hoje, consoante levantamento apresentado por LUIS TINEO, "...dez (10) dos trinta e dois (32) países da América Latina e do Caribe, reformularam ou aprovaram legislação e instituições modernas sobre a livre concorrência: Argentina (1980 – Lei n. 22 262, de 7.07.1980), Brasil (Lei n. 8 884, de 11 de junho de 1994), Colômbia (1959, complementada em 1992), Costa Rica (1994), Chile (1979), Jamaica (1993), México (1992), Panamá (1996) e Venezuela (1991)"²⁷.

De outra parte, interessante o registro quanto à tônica da regulamentação em panorama sul-americano, priorizando o **aspecto da eficiência econômica**, inobstante, a legislação editada tenha claramente perseguido, também, objetivos outros, de natureza social e política, a exemplo da liberdade de indústria e comércio, a participação das empresas de pequeno porte no mercado, medidas de prevenção contra os monopólios e o abuso de posição dominante.

Em terreno doméstico, muitos consideram o Decreto-Lei n. 869/38, cujo projeto foi elaborado por NELSON HUNGRIA, como o primeiro texto normativo antitruste. A trajetória intervencionista estatal, contudo, é demarcada por outros documentos, a exemplo da conhecida Lei Delegada n. 4, de 1962, da Lei n. 1 522/51, que cuidava da intervenção no domínio econômico, para assegurar a distribuição dos produtos necessários ao consumo, da Lei antitruste n. 4.137/62, revogada, expressamente, pelo atual texto, Lei n. 8 884/94, podendo a esses ser alinhados outros tantos.²⁸

A nova lei antitruste, Lei n. 8 884, de 11 de junho de 1994, editada com escopo, tanto profilático – no sentido de atuar no campo da prevenção – como, também, direcionada a servir de instrumento repressivo aos abusos do poder econômico, não atua de forma isolada nesses domínios. Isto porque o texto se preocupa, tão só, com a responsabilidade administrativa, decorrente de condutas que venham a incidir na figura de abuso do poder econômico.

A matéria penal pertinente à concorrência e à ordem econômica é objeto dos dispositivos do "Decreto-Lei n. 7.903, de 1945, que define os crimes de concorrência desleal, e dos artigos 4º. a 7º. da Lei n. 8.137, de 1990, que tipificam os crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo", como adverte FÁBIO ULHOA COELHO (*Direito Antitruste Brasileiro. Comentários à Lei n. 8 884/94*, Saraiva, São Paulo,

.....
economia: a primeira consagra a intervenção direta na economia, na qualidade de agente econômico (atividade econômica em sentido estrito) e a segunda das hipóteses alberga a atividade econômica em sentido amplo a acolher os serviços públicos e a atividade econômica em sentido estrito. (op. cit., Cap.4)

²⁶ Nesse sentido o registro de CHARLES E. LINDBLUM (*Democracia Y Sistema de Mercado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 142): "Segundo, la mayor parte de las naciones del Tercer mundo han acumulado una moza de intervenciones administrativas en el mecanismo de mercad, tales como el control de precios y del tipo de cambio, que han debilitado la utilidad del mecanismo, sin remplazarlo com un programa administrativo".

²⁷ cf. LUIS TINEO, op. cit., p. 108/112

²⁸ A título ilustrativo, vale lembrar que antes, ainda, vigoraram entre nós: o Decreto n. 13.069/1916 (Comissariado da Alimentação Pública); o Decreto n. 13.167/1918 (fixava preços no varejo para alimentação em relação a gêneros de primeira necessidade); Lei n. 3 533, de 1918, requisição de mercadorias; sob a égide da Constituição de 1937, suspensa com base no seu art. 171, a Lei da Mobilização Econômica – Decreto-Lei n. 4 750/42.

1995, p. 3). E mais, frisa o jurista que “*A repressão civil decore da atribuição genérica de responsabilidade pela indenização dos danos derivados de ilícitos (C.C., art. 159)*”. Ademais, esse quadro legal é enriquecido pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Dessume-se, pois, que o instrumento legal colocado à disposição do Estado para ser acionado no desempenho de sua função “*reguladora*” do mercado – quando no exercício do papel de vigilante – reservado à questão da prevenção e da responsabilidade administrativa, reveste-se de **conotações típicas de poder de polícia**, ou seja, uma atividade preordenada a impedir ou evitar a concretização de condutas que possam prejudicar o atingimento de interesses públicos ou a esse contrárias.

Autoriza, assim, o novo texto uma ampliação do poder de polícia para abarcar, também, a esfera econômica, campo em que passa o Poder Público a produzir ingerência por via de postura negativas – um “*non facere*”, próprias do poder de polícia²⁹ ou, até mesmo, por via de obrigações positivas, que se materializam essencialmente no fomento da economia.

Conquanto venham a refletir a ação de polícia administrativa medidas voltadas a assegurar a tranquilidade e a segurança jurídica, implicam essas, via de regra, em restrições à liberdade individual, quadro que, no âmbito de um Estado modelado no padrão de Estado de Direito, conduz, de imediato à subordinação desse poder aos comandos que o balizam, consoante exposto no item 3 deste trabalho.

Daí a advertência, no sentido da imperiosa necessidade de compatibilização das providências administrativas adotadas com superfície nessa competência; essas deverão permanecer circunscritas à esfera da permissividade da norma constitucional, a par de atender a outros princípios extraídos da textura constitucional, a exemplo da proporcionalidade e da razoabilidade³⁰.

Demais disso a estrutura jurídica do Estado de Direito, conforme já reiteradamente anotado pelo Conselho de Estado Francês, autoriza atuações de polícia administrativa a título excepcional. A liberdade é a regra e a ingerência do Estado, por via de atos de polícia administrativa, a exceção.³¹

5. A Lei n. 8.884/94 e o CADE

A atual lei antitruste brasileira cuida, portanto, da prevenção e repressão administrativa em matéria de práticas empresariais incompatíveis com o regime econômico. E, a exemplo da Lei n. 8.137/90, documento que trata da repressão penal, muda o tom utilizado pela legislação anterior, passando a delinear “*infrações da ordem econômica*”, abandonando o “*conceito de abuso do poder*”. Isto, contudo, não expulsa

²⁹ Na definição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, conceito que, aliás, estampa o entendimento perfilhado pela doutrina em geral, o poder de polícia consubstancia-se na “*atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público*”. E mais, adverte a conceituada administrativista para o fato de que, hoje vem se presenciando uma expansão dessa área de atuação do Estado para abranger, a par de obrigações de natureza negativa, também deveres de conteúdo positivo – obrigação de fazer. *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 1990, p. 86 e ss. Conceito similar é oferecido pelo já clássico “*Direito Administrativo Brasileiro*”, de Hely Lopes Meirelles que o considera “*mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual que se revelem nocivos, contrários ou inconvenientes ao bem estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional*”, 6 ed., p. São Paulo, Ed. Rev. Dos Tribunais, 1978.

³⁰ Ver neste sentido CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Apartamentos Sobre o Poder de Polícia*, in RDP, n. 9., p. 55 e seg.

³¹ JEAN RIVERO, *Droit Administratif*, 6 ed., Paris, Dalloz, p. 398 e seg.

esta última figura do panorama doméstico; até porque a própria Constituição Federal, ao cometer ao legislador ordinário a tarefa da feitura de legislação antitruste preordenou a repressão do *"abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros"* (§ 4º, art. 173). (grifo nosso)

Referido diploma não se limita a tratar das infrações de ordem administrativa; oferece, ainda, nova configuração ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão criado em 1962, pela Lei n. 4.137, que, no novo formato, é erigido a autarquia. Uma autarquia atípica, vez que, pelo que se depreende do disposto no art. 50³² do texto, é absolutamente liberada da tutela do Poder Executivo, não estando sujeitas suas decisões à revisão por parte dos órgãos da Administração Direta.

Em verdade o CADE emerge, nessa nova configuração, com o porte de tribunal administrativo³³, instituição incompatível com o sistema adotado na Constituição, que ignora o contencioso administrativo e que permanece fiel ao sistema de jurisdição una, sob a égide do princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário, estampado no preceito do inciso XXXV, do seu art. 5º. De qualquer forma, ainda que mutiladas as vias recursais administrativas, por força do referido *"standard"* constitucional resta para os inconformados a propositura de ação perante o Poder Judiciário.

Destarte, contrariamente à flexibilização que se pretende adotar em espectro econômico e fugindo à tendência atual, no sentido da atuação do Poder Público por intermédio de agências, optou o legislador por cometer a um órgão autárquico, com *"status"* e poderes de tribunal, a competência para apurar a ocorrência do ilícito³⁴ contra a ordem econômica e julgá-lo.

Não se afigura absolutamente inovadora e nem isolada a solução do direito brasileiro, qual seja conferir a um órgão público (poderia ter sido uma agência – o novo padrão utilizado pelo Poder Público). Na Argentina, há a Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Lei 22.262); no Canadá – o Tribunal da Concorrência (L.R.C. 1985; DORS/94-regras sobre a concorrência).

Vale, porém, rememorar os registros lançados, com a peculiar perspicácia e plena imparcialidade, por JOSÉ AFONSO DA SILVA, no sentido de que as limitações impostas à atividade econômica configuram intervenções que se realizam *"mediante ato administrativo"*, embora – frisa o mestre – *"não possam efetivar-se senão de acordo com previsão legal"*. E mais, admite o jurista: *"A repressão do abuso do poder econômico é uma das formas mais drásticas de intervenção no domínio econômico e, no entanto, não é feito mediante lei, mas por ato administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), embora sempre nos termos da lei, no que se atende ao princípio da legalidade."*³⁵

³² Art. 50 da Lei n. 8884/94: *"As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições"*

³³ Na Argentina verifica-se também essa tendência ao robustecimento do papel da agência encarregada da defesa da concorrência, *"A Comisión Nacional de Defensa de la Competencia"*, encontrando-se em tramitação projeto de lei visando a criação do Tribunal de Defesa da Concorrência. (Cf. material exposto na Internet, pela Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, www.mecor.ar/SICyM/ende/memoria97-12/10/99).

³⁴ É lição de FÁBIO UJHOA COELHO: *"O ilícito caracterizado como pressuposto de sancionamento administrativo denomina-se, pela atual legislação, infração contra a ordem econômica"*. (op. cit., p. 23)

³⁵ op. cit., p. 678.

No desempenho do papel com o qual a lei o contemplou e ainda que fora dos padrões constitucionais, o CADE vem atuando, pois, em tríplice vertente: a) no combate às infrações à Ordem Econômica; b) na promoção da livre concorrência, mediante uma ação preventiva de controle de atos de concentração e, ainda, nos termos do próprio relatório apresentado pela entidade³⁶, c) em função educativa, por intermédio de resposta a consultas formuladas pelos interessados e o que denomina de "*mecanismos de difusão da Cultura da Concorrência*", que se desdobram em: realização de "forum de debates"; página na Internet; edição de revista própria; e programas de intercâmbio.

Forçoso é convir que, ao longo dos cinco anos da reformulação e do robustecimento que lhe foi assegurado pela Lei n. 8 884/94, a entidade demonstrou competência, notadamente no tocante às duas últimas tarefas acima enumeradas. Divulgou o trabalho produzido, incrementou o campo do Direito da Concorrência, provocando o florescimento de escritórios especializados nessa peculiar área administrativa – econômica, e impôs um certo respeito em relação a sua atuação e às decisões proferidas, buscando, ainda, incentivar a modalidade consulta.

Em particular, no tocante às consultas, foi reduzido o número apreciado em 1998³⁷ (cinco, de conformidade o já aludido Relatório), buscando a entidade fórmulas a ampliar essa esfera, o que refletiu na edição da Resolução n. 18/98. O mecanismo, no entanto, suscita questões de maior profundidade, porquanto em se admitindo consulta concernente a caso concreto, **se adentra o campo da censura**, prática abolida entre nós por força da Constituição de 1988.

De fato, é lição elementar, extraída da doutrina das liberdades públicas o fato de que o tratamento repressivo da liberdade se afigura muito mais favorável ao concreto e efetivo exercício dos direitos. Implica na idéia de **liberdade com responsabilidade**, ou seja há um privilegiamento da liberdade e a repressão é prevista para os abusos. Ao invés, o tratamento acolhido, *in casu*, insere-se no rol preventivo, exigindo dos cidadãos interessados que submetam, previamente, à autoridade a conduta pretendida, solicitando autorização para a sua prática. A apreciação é prévia e o ato somente pode se concretizar na hipótese de vir a ser contemplada com pronunciamento confirmativo a consulta.

É certo que esse mecanismo – a consulta, não foi inserido com caráter obrigatório. Mas, como o próprio documento/relatório/ CADE assinala, constitui um dos relevantes elementos da esfera de atuação da entidade que deve concorrer para "*a segurança jurídica*" – a possibilidade de prévia apreciação e o pronunciamento do órgão produzindo um clima de segurança jurídica. Daí, inclusive, as medidas estimuladoras das consultas.

Imperioso, todavia, anotar que a segurança jurídica, no sistema desenhado à nível constitucional, deve decorrer das garantias nele inseridas: o prevalectimento da própria norma da Lei Maior; e esta acolheu claramente o tratamento repressivo da liberdade, expulsando até, expressamente, a censura.

³⁶ CADE. *Relatório Anual 1998/1999*, Brasília 1999.

³⁷ A consulta encontra-se prevista no inciso XVII, do art. 7º da Lei n. 8884/94.

Demais disso, a consulta em caso concreto configura um pré-julgamento, vinculando, de um lado o Poder Público, e, de outro, inviabilizando o duplo grau e todo um processo administrativo que atenda ao “*standard*” constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV).

Sob este particular aspecto, também é verdade que o instituto da consulta não foi modelado de forma a assegurar conotação de definitividade ao pronunciamento CADE que dela resultar. Isto, porém, a seu turno se apresenta nocivo para a questão da segurança jurídica e, demais disso, inutiliza a consulta como mecanismo de aperfeiçoamento e agilização de soluções e de economia processual, bem assim, quanto ao seu perfil educativo; ao invés, em razão desses reflexos, a transforma em meio apto a postergar a efetiva e concreta solução da hipótese trazida à baila, o que, de fato, muito afastado está da segurança jurídica que se persegue. É o que demonstra, aliás, o próprio quadro informativo do Relatório/CADE, fls. 139, que apresenta consultas em tramitação desde 1993 e 1994, somente definidas em 1997.

Por derradeiro, é de se investigar os efeitos concretos da atuação desenvolvida pelo órgão. Para tanto, basta verificar o relatório 98/99, já mencionado. Registra a peça, às fls. 27, um total de 1083 decisões no período compreendido entre a edição da Lei n. 8.884/94 e 1998, no decorrer de 4 (quatro) anos. Às fls 77, de outro lado, informa-se que, em 1998, das decisões proferidas em matéria de concentração 95% contemplou aprovação integral, 3% aprovação integral, sem exame de mérito, 1% aprovações na íntegra, com a imposição de compromisso de desempenho, e 1% de aprovações parciais. Ainda, no que toca à imputação de multas, a aplicada na sessão de 27 de outubro do corrente ano de 1999 foi até notícia de jornal: “*O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) condenou ontem as três maiores siderúrgicas brasileiras a pagar multas milionárias por formação de cartel. Essa foi a primeira vez que o CADE resolveu aplicar multas a empresas com combinarem reajustes de preços.*” (*O Estado de São Paulo*, ed. de quinta-feira, 28 de outubro de 1999, p. B.17). E isto não é de se admirar, porquanto até mesmo em hipótese de intempestividade apenas 7% dos casos foram objeto de condenação, atingidos por sanção pecuniária. (cf. Relatório/CADE, p. 89).

O CADE, portanto, figura em cenário da concorrência com uma notoriedade fictícia, decorrente, talvez do próprio esforço de divulgação de suas atividades, esforço que se insere no elenco das tarefas de cunho educativo que o órgão assumiu. Reduzida resta, como o próprio relatório/CADE elucida, sua interferência concreta, de efeito corretivo ou repressivo, no campo da concorrência.

Essa situação, no entanto, não induz à invalidade da fórmula adotada pelo legislador, consubstanciada em atribuir a um órgão da Administração Indireta a tarefa de proceder ao controle do mercado, no ensejo de preservar-lhe a eficiência, por intermédio de uma atuação de vigilância e de caráter repressivo no que concerne ao abuso do poder econômico. Essa tarefa, nesse momento de desregulamentação, poderia ser conferida a uma agência – uma empresa pública; até, mesmo, a um Tribunal Especializado, dotado das garantias próprias do Poder Judiciário, de independência e

imparcialidade. A sua ação, todavia, em qualquer das hipóteses, deverá se conformar à estrutura principiológica da Constituição, sob pena de ver inutilizado o esforço e o trabalho efetuados, o que seria absurdo.

São Paulo, 2 de novembro de 1999.

6. Bibliografia

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Apontamentos Sobre o Poder de Polícia*, in RDP, n. 9., p. 55 e seg.
- BEARD, Charles A., *Une Relecture Economique de La Constitution des États-Unis*, Paris, Economica, 1988.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem, *O Controle do Mercado por Via de Tabelaamento*, in RDP 100/41
- COELHO, Fábio Ulhoa, *Direito Antitruste Brasileiro, Comentários à Lei n. 8.884/94*, São Paulo, Saraiva, 1995.
- COMA, Marin Bassols, *Constitucion Y Sistema Economico*, Madrid, Tecnos, 1988.
- DI PIETRO, Maria Sylvia, *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 1990.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1999.
- _____, *Direito Constitucional Econômico*, São Paulo, Saraiva, 1990.
- GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 4 ed., São Paulo, Malheiros, 1998.
- HORTA, Raul Machado, *Estudos de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey Ed., 1995.
- KORAH, Valentine, E. C. *Competition Law and Practice*, Hart Publishing, Oxford, 1998
- LEMBO, Cláudio, *O Futuro da Liberdade. Capitalismo e Sistema Financeiro*, São Paulo, Ed. Loyola, 1999.
- MEDAUAR, Odete, *Concessão de Serviço Público*, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 6 ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1978.
- MOREIRA, Vital, *Economia e Constituição*, Coimbra Ed. Coimbra, Portugal, 1979.
- POSNER, Richard, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago, Ed. University of Chicago, 1976.
- RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, 6 ed., Paris, Dalloz.
- SANTOS, Antonio Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda e LEITÃO MARQUES, Maria Manuel, *Direito Econômico*, Coimbra, Almedina, 1991.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1990.
- TINEO, Luis, *Políticas y Leyes sobre competencia*, in Revista de Direito Econômico, n. 2, 1998