

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

SÉRGIO ALEXANDRE DE MORAES BRAGA JUNIOR

ABUSO DO PODER ECONÔMICO E A ORDEM CONSTITUCIONAL:
A Regulação Estatal da Livre Concorrência

RECIFE – PE

2005

SÉRGIO ALEXANDRE DE MORAES BRAGA JUNIOR

ABUSO DO PODER ECONÔMICO E A ORDEM CONSTITUCIONAL:
A Regulação estatal da Livre Concorrência

Tese apresentada ao Curso de Doutorado
da Faculdade de Direito do Recife, da
Universidade Federal de Pernambuco, para
obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Antonio de
Menezes Albuquerque.

RECIFE – PE

2005

Catalogação na fonte
Bibliotecário Josias Machado CRB/4-1690

B813a

Braga Junior, Sérgio Alexandre de Moraes

Abuso do poder econômico e a ordem constitucional: a regulação estatal da livre concorrência. – Recife: O Autor, 2005.
261 f.

Orientador: Paulo Antônio de Menezes Albuquerque.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2005.
Inclui referências.

1. Brasil - Política econômica. 2. Oligopólio. 3. Intervenção (Governo Federal) - Brasil. 4. Brasil. [Constituição (1988)]. 5. Planejamento. 6. Direito econômico. 7. Direito e economia. I. Albuquerque, Paulo Antônio de Menezes (Orientador). II. Título.

343.8107 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2019-01)

AVALIAÇÃO DA BANCA EXAMINADORA

Banca Examinadora

Prof. Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues – Universidade de Fortaleza
Julgamento:Aprovada Assinatura:_____

Prof. Dr. Gilberto Bercovichici – Universidade de São Paulo
Julgamento:Aprovada Assinatura:_____

Prof. Dr. Gustavo Santos – Universidade Federal de Pernambuco
Julgamento:Aprovada Assinatura:_____

Prof. Dr. Newton de Menezes Albuquerque – Universidade de Fortaleza
Julgamento:Aprovada Assinatura:_____

Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa – Universidade Federal de Pernambuco
Julgamento:Aprovada Assinatura:_____

AGRADECIMENTOS

Aos professores, colegas e servidores do Curso de Doutorado pelo incentivo, participação e disponibilidade na atividade acadêmica comum.

Ao professor Dr. Paulo Antonio pela dedicação e paciência dispendidas a este trabalhoso aprendiz, em todos os instantes da construção deste trabalho acadêmico.

À minha filha Alexia, que me ensinou verdadeiramente a amar;
À minha eterna professora e orientadora Maria Magnólia Lima
Guerra (*In memorian*);
À tia Lucy Braga que me amparou em momentos tão difíceis (*in
memorian*);
À culta amiga Manoela Torquato (*in memorian*);
À minha avó Maristela Costa Aderaldo que tanto me inspirou em
minha formação moral (*in memorian*);
À querida Irmã Yolanda de Souza Brasil por tantas lições de vida
deixadas em minha caminhada espiritual (*in memorian*)
À minha mãe Helena pelo apoio nos momentos de dor

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AED	Análise Econômica do Direito
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANP	Agência Nacional de Petróleo
BACEN	Banco Central do Brasil
BASA	Banco da Amazônia S/A
BIRD	Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento
BNB	Banco do Nordeste do Brasil S/A
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BNH	Banco Nacional de Habitação
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEE	Comunidade Econômica Européia
CECED	Conseil Européen de la Construction d'Appareils Ménagers
CF;88	Constituição Federal de 1988
CONSIDER	Conselho de Não-Ferrosos e de Siderurgia — Ministério da Indústria e do Comércio
CNPQ	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
CPI	Código de Propriedade Industrial
EMBRATUR	Empresa Brasileira de Turismo
ETENE	Escritório Técnico de Estudos Econômicos
FIESP	Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
FINEP	Financiadora de Estudos e Projetos,
FTC	Federal Trade Commission
IBGE	Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IAA	Instituto do Açúcar e do Álcool
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
IPLAN	Instituto de Planejamento
IPEA	Instituto de Planejamento Econômico e Social
ONU	Organização das Nações Unidas
PAEG	Programa de Ação Econômica do Governo

PIB	Produto Interno Bruto
PNB	Produto Nacional Bruto
PND	Plano Nacional de Desenvolvimento
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PROCADE	Procuradoria Jurídica do CADE
POLAMAZÔNIA	Programa de Pólos Agropecuários e Agrominerais da Amazônia
POLONORDESTE	Programa de Desenvolvimento de Áreas Integradas do Nordeste
POLOCENTRO	Programa de Desenvolvimento dos Cerrados
PROMAT	Programa Especial de Desenvolvimento do Estado de Mato Grosso
PROSUL	Programa Especial de Desenvolvimento do Estado de Mato Grosso do Sul
PSN	Plano Siderúrgico Nacional
RFFSA	Rede Ferroviária Federal
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SBDP	Sociedade Brasileira de Direito Público
SDE	Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda
SG	Superintendência Geral do CADE
SNDC	Sistema Nacional de Defesa do Consumidor
SNDE	Secretaria Nacional de Direito Econômico
SPVEA	Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUDAM	Superintendência de Desenvolvimento da Amazonia
SUDECO	Superintendência de Desenvolvimento do Centro Oeste
SUDENE	Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste
SUDESUL	Superintendência de Desenvolvimento da Fronteira do Sudoeste
SUNAMAM	Superintendência Nacional da Marinha Mercante
TCC	Termo de Cessação de Conduta
TCD	Termo de Compromisso de Desempenho
TCE	Tratado da Comunidade Europeia

TELEBRÁS

Telecomunicações Brasileiras S.A.

TFUE

Tratado sobre o Funcionamento da União Européia

TRF

Tribunal Regional Federal

RESUMO

A presente tese aborda um tema do Direito Econômico O presente trabalho estuda a ação estatal intervintiva nos casos de detecção de abuso do poder econômico. O poder econômico é analisado na medida de sua concentração permissiva, em nosso sistema de controle antitruste. Verificamos como o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a SDE-Secretaria de Direito Econômico atuam, em consonância com as agências reguladoras, para prevenir e reprimir os atos danosos ao mercado, considerados de concentração econômica. Observamos as falhas e acertos destes órgãos nas práticas de democratização de mercado à coletividade. Estudamos suas naturezas, composições e graus de independência de suas decisões nos julgamentos de interesse do grande capital. Evidencia-se o papel ordenador, fiscalizador e fomentador do Estado na atividade intervintiva e planificadora da Ordem Econômica Constitucional, com sua principiologia própria. Ressalta-se a defesa da livre concorrência, tanto na órbita constitucional, bem como na estrutura do próprio ordenamento normativo. Os modelos intervintivos são denotados com a exemplificação de nossa história política planejadora. Demonstramos o quanto desiguais são as ações estatais no bloqueio(ou na sua tentativa) da atividade econômica concentradora. Ressaltamos o papel da exploração direta da atividade econômica pelo próprio Estado. Ocupamo-nos dos critérios das ações antitruste no Estado nacional, bem como dos conceitos, tão discutidos, de mercado relevante e de posição dominante, na órbita jurídica econômica. Discutimos como podemos evitar o esgotamento da produção econômica, voltada exclusivamente, para os setores oligopolistas e monopolistas.

Palavras-chave: Ordem econômica. Intervenção. Planejamento econômico. Abuso do poder econômico. Concentração de mercado.

ABSTRACT

The present work studies the interventionist action of state in detection cases for abuse of economical power. The economical power is analyzed in proportion to its permissive concentration, in our antitrust control system. We proved as the CADE - Administrative Council of Economical Defense and the SDE-General Office of Economical Right act, in consonance with the regulator agencies, to prevent and repress the harmful actions to the market, considered of economical concentration. We remark the flaws and hits of these organs in practices of market democratization to collectivity. We study their natures, compositions and independence degrees of their decisions in judgements for interest of great capital. It is quite clear the ordainer role, inspector and fomenter of State in interventionist activity and planning activity of Constitutional Economical Order, with its proper principles. It is emphasized the free competition defense so much in constitutional environment, as well as in the structure of proper normative system. The interventionist frameworks are denoted with examples of the phases of our political history designing. We demonstrated how the state actions are unequal in blocking (or in their attempt) of economical activity concentrating. We emphasized the role of the direct exploration of economical activity by State itself. We were in charge with the criteria of antitrust actions in the national State, as well as concerning to concepts, so discussed, of important market and overlook position, in the economical juridical environment. We discussed how we can avoid the exhaustion of the economical production, returned exclusively, for the oligopolistic and monopolist sectors.

Keywords: Economic order. Intervention. Economic planning. Abuse of economic power. Market concentration.

RÉSUMÉ

Le présent travail étudie l'intervention de l'Etat dans les cas de détection d'abus de pouvoir économique. Ce dernier est analysé en fonction d'une concentration abusive dans le cadre de notre système de contrôle antitrust. Nous avons vérifié comment le CADE (Conseil Administratif de Défense Economique) et le SDE (Secrétariat de Droit Economique) ont agi, en concertation avec les agences régulatrices, pour prévenir et réprimer les actes nuisibles au bon fonctionnement du marché, compte tenu de leur concentration économique. Nous avons observé les erreurs et les réussites de ces organismes en ce qui concerne les pratiques de démocratisation du marché en regard de la collectivité. Nous avons étudié leurs natures, leurs compositions et le niveau d'indépendance dans leurs décisions et dans leurs jugements touchant l'intérêt du grand capital. Nous y avons mis en évidence le rôle ordonnateur, de surveillance et d'incitation de l'Etat dans les interventions et planifications de l'Ordre Economique Constitutionnel, avec sa *philosophie* propre. Nous avons mis en évidence la défense de la libre concurrence, tant dans les structures constitutionnelles que dans le domaine normatif. Les modes d'intervention sont influencés par les pratiques planificatrices de notre histoire politique passée. Nous avons démontré combien les interventions de l'Etat sont inégales face au blocus (ou sa tentative) de l'activité économique concentratrice. Nous avons mis l'accent sur le rôle de l'exploration directe de l'activité économique par l'Etat lui-même. Nous nous sommes occupés des critères qui régissent les actions antitrusts dans l'Etat national, ainsi que de la définition des concepts, si discutés, de marché important et de position dominante, dans l'orbite juridique économique. Nous avons réfléchi sur les moyens que nous avions d'éviter les pertes de rentabilité de la production économique, quand elle est dirigée exclusivement, vers les secteurs oligopolistiques et monopolistiques.

Mots-clés: Ordre économique. Intervention. La planification économique.
Abus de puissance économique. La concentration du marché.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	21
2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	21
2.2 FUNDAMENTOS E FINALIDADE DA ATIVIDADE ECONÔMICA.....	24
2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REGULADORES DA ATIVIDADE ECONÔMICA	26
2.3.1 Noção e espécie de princípios	26
2.3.2 Princípio da soberania nacional.....	29
2.3.3 Princípio da propriedade privada.....	31
2.3.4 Princípio da função social da propriedade	33
2.3.5 Princípio da livre concorrência	35
2.3.6 Princípio da defesa do consumidor.....	37
2.3.7 Princípio da defesa do meio ambiente	39
2.3.8 Princípio da redução das desigualdades regionais e sociais	41
2.3.9 Princípio da busca do pleno emprego.....	42
2.3.10 Princípio do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte	43
2.4 EXPLORAÇÃO DIRETA DA ATIVIDADE ECONÔMICA PELO ESTADO.....	44
2.5 MONOPÓLIOS ESTATAIS	47
2.6 O ESTADO COMO AGENTE NORMATIVO	49
2.7 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	50
3 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA	54
3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	54
3.2 TIPOS DE INTERVENÇÃO	59
3.2.1 Legislativa e administrativa.....	59
3.2.2 Intervenção por legislação, administração direta ou indireta e Cooperação	60
3.2.3 Indireta, direta não monopolística e direta monopolística	60

3.2.4 Intervenção Indireta ou Diretiva	63
3.2.5 Intervenção por absorção ou participação, por direção ou por indução ..	66
3.2.6 Intervenções por Via Unilateral e Convencional	67
3.2.7 Intervenção Global ou Macroscópica	69
4 PLANEJAMENTO ECONÔMICO	71
4.1 PLANEJAMENTO GOVERNAMENTAL	71
4.2 OS DIVERSOS PLANOS GLOBAIS.....	75
4.2.1 Plano de obras e equipamentos.....	76
4.2.2 Plano Salte (Saúde, Alimentação, Transporte e Educação)	78
4.2.3 Comissão Mista Brasil-Estados Unidos	80
4.2.4 Programa de Metas	81
4.2.5 Plano Trienal.....	84
4.2.6 Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG)	86
4.2.7 O Primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento (I PND).....	89
4.2.8 O Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND)	93
4.2.9 O Terceiro Plano Nacional de Desenvolvimento (III PND)	94
4.3 CONTEÚDO DOS PLANOS NACIONAIS	97
4.4 NATUREZA JURÍDICA DOS PLANOS	100
4.5 PLANEJAMENTO REGIONAL	103
4.5.1 Administração e Acompanhamento dos Programas Especiais	104
4.6 ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS DE PLANEJAMENTO ECONÔMICO	106
5 A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA	110
5.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	110
5.2 A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA	110
5.2.1 Antecedentes históricos	110
5.2.2 Disciplina atual da concorrência.....	115
5.2.2.1 Microssistema do direito da concorrência e legislações afins	115
5.2.2.2 A Lei nº 8.884/1994	116
6 O PODER ECONÔMICO E SUA CARACTERIZAÇÃO	121
6.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS	121
6.2 MERCADO RELEVANTE	122

6.2.1 A noção de mercado	122
6.2.2 A noção jurídica de mercado relevante.....	122
6.2.3 O mercado relevante segundo a procura.....	128
6.2.4 O. mercado relevante segundo a oferta	131
6.2.5 O mercado relevante e sua delimitação geográfica	134
6.3 A POSIÇÃO DOMINANTE	138
6.3.1 Mercado e poder	138
6.3.2 A noção jurídica de posição dominante.....	142
6.3.3 A mensuração do poder nos mercados	150
7 O ABUSO DO PODER ECONÔMICO	159
7.1 O PODER ECONÔMICO E A TAREFA DE CONCEITUAR O ABUSO	159
7.2 LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA.....	160
7.3 O PODER ECONÔMICO E SUA FUNÇÃO SOCIAL.....	166
7.4 O PODER ECONÔMICO E O SEU EXERCÍCIO REGULAR	170
7.5 O ABUSO COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO	176
7.6 O PODER ECONÔMICO E A RACIONALIDADE.....	181
7.7 ABUSO DE PODER ECONÔMICO, ABUSO DE DIREITO E DESVIO DE PODER	184
7.8 O conceito de abuso de poder econômico segund o direito econômico.....	193
8 ÓRGÃOS DE DEFESA DE DIREITO ECONÔMICO	204
8.1 A SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO (SDE).....	204
8.2 O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE).....	205
8.2.1 Natureza jurídica, composição, atribuições e poderes	205
8.2.2 Controle jurisdicional das decisões do CADE.....	206
8.2.2.1 Discricionariedade e vinculação	208
8.2.2.2 Noção de discricionariedade	211
8.2.2.3 Justificativa e limites da discricionariedade	213
8.2.2.4 Conceitos jurídicos indeterminados	216
8.2.2.5 Revisão das decisões do CADE pelo Poder Judiciário	218
8.3 AGÊNCIAS REGULADORAS	221
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS	230

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	237
ANEXOS	256
I. Decreto Lei N. 869 de 1938 -Crimes Contra Economia Popular	257
II. Lei nº 4.137, de 1962 - Abuso Do Poder Econômico	260

1 INTRODUÇÃO

São bastante amplas as funções cumpridas pela disciplina econômica que o Estado implanta. Não obstante, é corrente ainda a referência à organização dos mercados, somente no sentido de organização da concorrência.

Destaca-se, no ordenamento jurídico, uma função normativa das atividades privadas e uma função institucional que corresponde, em primeiro lugar, à exigência de limitar e coordenar a dominação que exercem as grandes unidades empresariais, dominação que tenderia a exercitar-se, de fato, como poder, e, mais ainda, como *poder público*. Essa função institucional seria fundamentalmente de Direito Público.

A disciplina do direito da economia esteve prevalentemente confiada à atividade dos entes privados, qualificando-se em verdade a autonomia desses como um verdadeiro e próprio poder normativo: mas a crescente intervenção do Estado modificou o sentido e as modalidades dos poderes atribuídos aos entes privados, colocando o problema da nova forma de coordenar interesses individuais e sociais e o das conseqüentes alterações no valor dos instrumentos privados.

Analizando a evolução do Direito em nosso século, percebe-se que, quando esmorece a crença em mecanismos naturais e automáticos que assegurem a correção das distorções do mercado, modificam-se não somente os limites entre o Direito Público e o Direito Privado, mas os próprios critérios que haviam conduzido à classificação jurídica lançada a partir daqueles dois troncos.

Situação jurídica semelhante se observa em face do esmorecer da crença no planejamento, no Direito dos Estados socialistas. Menos complexa parece, neles, a distribuição dos elementos econômicos pelos ramos jurídicos. Se ali se reserva ao Estado a iniciativa econômica relevante, há de caber no Direito Público todo o Direito Econômico, enquanto direito material.

Distingui-se nitidamente do ordenamento jurídico-econômico socialista o dos Estados de iniciativa dualista porque, nestes, parcela amplíssima do universo do

Direito Econômico se volta para a disciplina das relações entre sujeitos privados. Nessa esfera, porque a atividade econômica privada se exerce nos mercados e porque são as distorções do mercado o que importa sanar, toma o Direito Econômico a qualidade de Direito da Organização dos Mercados.

Substancialmente, distribuem-se as preocupações do Direito Econômico por três áreas:

- a) Ordenamento jurídico das situações de mercado que tendem a relações de dominação;
- b) Tutela jurídica dos sujeitos passivos das relações de dominação
- c) Disciplina jurídica orientadora das atitudes, propensões e expectativas que comandam, nos mercados, o comportamento das macro-variáveis econômicas.

Encarando o Direito Econômico de diferentes ângulos, podemos descrever de formas diversas, igualmente corretas, seu objeto.

Empiricamente, podemos apresentar o elenco das áreas que o Direito Econômico abrange, indicando como seu objeto as diretrizes para o desenvolvimento, o equilíbrio econômico para o pleno emprego, a tutela dos valores concorrenciais, a disciplina da repartição para a difusão do bem-estar.

Objetivamente, esse universo pode ser descrito como a disciplina da organização dos mercados, sob a inspiração do interesse coletivo. No conjunto dos condicionamentos de mercado, mediante orientação, estímulos e limitações, localiza-se a possibilidade de situar juridicamente o planejamento, o equilíbrio econômico, a regulamentação da competição e a redução dos desniveis econômicos. Não se confunda essa disciplina jurídica, dominante da organização dos mercados, com a simples disciplina típica do Direito Empresarial, predominantemente dispositiva, definidora dos quadros da liberdade de iniciativa.

Se nos voltarmos para os sujeitos do Direito Econômico, seremos tentados a descrevê-lo como a disciplina jurídico-econômica que, sob inspiração dominante do interesse coletivo, regula a atividade do empresário e condiciona a dinâmica da empresa, dado que, por situar-se no centro dos mercados, recebe o empresário todo o impacto das normas votadas à organização desses.

As diretrizes, o equilíbrio econômico, a organização da competição e a redução dos desniveis de riqueza são quase sempre objeto mediato das normas de direito econômico. Imediatamente, essas normas regulam fatores produtivos, dão

disciplina à utilização de rendimentos, ordenam juridicamente instrumentos financeiros e instrumentos de repartição, condicionam as trocas internacionais.

O Direito Econômico, ao revés, visa, na organização dos mercados, aos interesses do Desenvolvimento e do Bem-Estar Social, valores em que também se inspira predominantemente o Direito do Planejamento.

Nos mercados por que competem, não se apresentam as diversas empresas em situação de equivalência. Diferenciais de dimensão, de avultamento, de capacidade empresarial, projetada esta em iniciativa, em inovação econômica, em organização, em agressividade, distanciam entre si as empresas e criam no mercado esferas de poder, freqüentemente resultando em relações de dominação, com sacrifício para a sensibilidade dos indicadores do mercado e com o amortecimento de seus mecanismos de eficiência.

A tutela jurídica da competição, voltada contra os abusos do poder econômico e nascida predominantemente da análise macroeconômica do funcionamento dos mecanismos da concentração empresarial, há de exercitarse, porém, de forma a ajustar-se à preservação desses mecanismos, sempre que a eficiência produtiva social o impuser, pois freqüentemente devem eles receber tutela equivalente, para que os ganhos de eficiência fundados em economia de escala propiciem a competitividade dos produtores locais nos mercados externos e, mais do que isso, a competitividade do produtor local, nos próprios mercados internos, contra competição provinda do exterior.

Já a tutela jurídica do consumidor, compreensível no simples quadro econômico das assimetrias da repartição, cresce de significado à medida que a concentração empresarial atinge o nível do varejo, ensejando um novo efeito-dominação. Situações semelhantes ocorrem quando o varejo, colocado sob os feitos do domínio de empresas concentradas, tenda a transferir tal dominação ao consumidor.

Nos países de iniciativa privada, convergentemente, o Estado tende a assumir participações crescentes na atividade econômica e a aperfeiçoar formas de direção da economia e de intervenção para superação das distorções do mercado.

Tão associados se acham ao Direito Econômico fenômenos de intervenção do Estado que, para alguns juristas, definir-se-ia ao Direito Econômico precisamente como o direito daqueles atos de intervenção econômica. A fórmula suscita naturalmente numerosas dúvidas. Estariam ou não os serviços públicos econômicos

abrangidos no conceito de intervenção? Que se deve entender por serviços públicos? Intervém o Estado quando age, quando regulamenta a ação de agentes ou em ambos os casos? Intervém quando influí permanentemente ou quando só afirma sua presença nos momentos de corrigir desvios? Quando ocorre concentração econômica de mercado? Que mecanismos a máquina pública possui para coibi-las?

Questionamentos estes, dentre outros, é que levantam a problemática deste trabalho levando em conta as diretrizes de nossa Ordem Econômica Constitucional, e a formação de nosso corpo estrutural de combate aos abusos do poder econômico.

2 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A expressão Ordem Econômica designa, com as expressões Ordem Pública e Ordem Social, um universo presidido por princípios e regras jurídicas rígidas, que as informam, assegurando-lhes condições de existência, resguardo e equilíbrio, endereçando-se, em cada Estado, a regra jurídica constitucional e a lei contra qualquer tipo de ato atentatório perturbador da atividade humana, no seio de cada Ordem.

No antigo Estado liberal, era vedada qualquer intervenção do Governo, na Ordem Econômica, ingerência tida sempre como nefasta, prevalecendo, a respeito, a máxima radical, então amplamente divulgada: “No campo econômico, todo o mal, que o Estado faz, faz bem; todo o bem, que o estado faz, faz mal”.

No Estado de Direito, a Ordem Econômica é protegida pelas Constituições e pelas leis, quer contra manobras dos particulares quer contra ingerências do próprio Estado.

Fundamental o equilíbrio da Ordem Econômica, sendo poder-dever do Estado garantir-lo. Se a Ordem Econômica fica na dependência direta do Poder Executivo, basta a violação do governante, sem consulta ao interesse público, para que ocorra intervenção na economia. Perturbador o equilíbrio por qualquer ato que não consulte o interesse público, imprevisível e imediato o quantum do reflexo na Ordem Social, pondo em risco a segurança do Estado. A vulneração da Ordem Econômica pode partir de agentes do próprio Estado, de qualquer dos Poderes e, em especial, do Poder Executivo, podendo ainda o equilíbrio ser abalado por atos de pessoas jurídicas de direito privado, as grandes empresas e, entre elas, as multinacionais.

Pela importância de que se reveste, a intervenção do Estado, na Ordem Econômica, nos regimes de legalidade, cabe aos representantes do povo, por meio de regras e princípios que se encontram nas Constituições e nas leis.

No Brasil, o constituinte fixara, na Constituição de 1934, art. 115, regra jurídica constitucional, estabelecendo que a Ordem Econômica deveria ser organizada conforme os princípios de justiça e as necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos existência digna, garantida a liberdade econômica dentro desses limites.

A Carta Política de 1937, art. 135, a seguir, fixou regra explícita, mediante a qual a intervenção do Estado, no domínio econômico, só legitimará para suprir as deficiências da iniciativa individual e para coordenar os fatores da produção de maneira a evitar ou resolver-lhe os conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção do Estado, no domínio econômico¹, poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

De acordo com a Constituição vigente, a Ordem Econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os distantes da justiça social, observados certos princípios enumerados pela regra jurídica constitucional.

Em outras palavras, o constituinte de 1988 repete a orientação do constituinte de 1946, cristalizada na Carta Política, redigida há 42 anos, art. 145: "A Ordem Econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano" (CONSTITUIÇÃO DE 1988).

A valorização do trabalho humano é recomendação que está nas Constituições de 1946, de 1988, e de 1967-1969 ("valorização do trabalho como

¹ Limites da intervenção do estado no domínio econômico: STF "A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico, por sua vez, não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro, notadamente os princípios - como aquele que tutela a intangibilidade do ato jurídico perfeito de que se revestem de um claro sentido de fundamentalidade. Motivos de ordem pública ou razões de Estado - que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, a *parte principis*, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade - não podem ser invocados para viabilizar o descumprimento da própria Constituição, que, em tema de atuação do Poder Público, impõe-lhe limites inultrapassáveis, como aquele que impede a edição de atos legislativos vulneradores da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada" (STF - Pleno - AI no. 244.578/RS - Rel. Min. Celso de Mello. *Informativo STF*, No.154).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF - Pleno - AI no. 244.578/RS - Rel. Min. Celso de Mello. *Informativo STF*, No.154).Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo154.htm>.Data:25 de junho de 1999

condição da dignidade humana"). A expressão ditames da justiça social do texto agora vigente fora empregada em 1946, 1967 e 1969.

A Constituição brasileira de 1988 previu um título destinado exclusivamente à disciplina da atividade econômica e do sistema financeiro (Título VII), que corresponde aos arts. 170 a 192. No que respeita à ordenação da Economia, extraí-se dos apontados dispositivos legais que o Estado brasileiro pode atuar, via de regra, com seu poder de polícia, incentivo e ordenação.

No entender de Vital Moreira² a Constituição econômica:

“(...) é pois, o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta”

Por outras palavras, na esteira do que dispõe o texto constitucional em vigor, pode-se dizer que o Estado brasileiro age regulando, fiscalizando, incentivando e planejando a atividade econômica ou exercendo, ele próprio, esta atividade. Na primeira modalidade de atuação tem-se o Estado como agente normativo; na segunda como agente econômico.

Nesse trilhar, percorrendo as disposições do Título VII da Constituição, observa-se logo em seu primeiro artigo (art. 170), o rol de princípios a nortear a ordem econômica. O mesmo prevê como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, e por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Mais adiante (arts. 172 a 181) surgem os dispositivos constitucionais implicados com os investimentos de capital estrangeiro, exploração e regulação da atividade econômica pelo Estado, prestação de serviços públicos, exploração de jazidas, monopólios estatais, transportes, microempresas e turismo, dentre outros temas. No Capítulo II do mesmo Título estão os regramentos sobre a política urbana e no Capítulo III os referentes à política agrícola e fundiária, bem como sobre a reforma agrária. No Capítulo IV, por fim, restam as disposições sobre o sistema financeiro nacional. Interessa-nos mais de perto, para os fins deste trabalho, as

² MOREIRA(2002, p. 75).

disposições contidas entre os arts. 170 e 181, onde foram assentadas as bases da intervenção estatal na Economia brasileira.

2. 2 FUNDAMENTOS E FINALIDADE DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Prescreve o art. 170, da Carta Magna de 1988, que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Em sintonia com esta disposição há também aquelas prescritas nos arts. 1º e 3º do texto constitucional. Pelo art. 1º, tanto a dignidade da pessoa humana como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa constituem fundamentos da República Federativa do Brasil. Prevê o art. 3º, por sua vez, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro.

A valorização do trabalho humano surge como um dos pilares da ordem econômica nacional. Em várias outras passagens, o texto constitucional revela preocupação com a classe dos trabalhadores. É o que se extrai, v.g., do plexo de diretos elencados no art. 7º da Constituição.

Ao prever a valorização do trabalho humano como fundamento da Economia nacional, resta evidente o repúdio do legislador constituinte a toda e qualquer forma de discriminação e exploração do homem pelo homem. A regra não se restringe às atividades privadas, posto que também reclama dos organismos estatais o estabelecimento e a execução de políticas públicas volvidas à valorização do trabalho humano.

Condições ideais para existência digna devem ser proporcionais pelo Poder Público não somente ao trabalhador e ao funcionário, ativo e inativo, como também ao desempregado, ao abandonado, ao mendigo, ao presidiário. Todos são seres humanos e, pois, merecedores de existência digna³, conforme nos reportamos nas Cartas Políticas anteriores.

³ O legislador constituinte de 1934 já aludira à existência digna, reflexo ou resultado da Ordem Econômica organizada de acordo com os princípios da justiça e das necessidades da vida nacional (Constituição de 1934, art. 115), devendo os poderes públicos verificar, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País (Constituição de 1934, art. 115, parágrafo único,) e assegurar a todo trabalho que possibilite existência digna (Constituição de 1946, art. 145, parágrafo único). A condição

O outro fundamento em que está assentada a ordem econômica é a livre iniciativa. Por liberdade de iniciativa entende-se, na lição de Ana Maria De Oliveira Nusdeo, a existência de possibilidade reais de acesso e exercício de atividade econômica pelos indivíduos, como garantia de sua liberdade econômica. É conceito que não se confunde com a livre concorrência, que se refere às possibilidades desses agentes de disputarem as preferências do consumidor no mercado e às medidas de salvaguarda a um tipo de mercado de assim o permita⁴.

Para Eros Roberto Grau, no entanto, a liberdade de iniciativa econômica não se identifica apenas com a liberdade de empresa. Abrange ela todas as formas de produção, individuais ou coletivas. Assim, entre as formas de iniciativa cooperativa (art. 5, XVIII, 174, §§ 3º e 4º, e 192 da CF), a iniciativa autogestionária e a iniciativa pública (arts. 173 e 177 da CF)⁵. Frise-se, ainda, que livre iniciativa não é sinônimo de imunidade à interferência estatal. Como toda e qualquer atividade desenvolvida num Estado de Direito, a atividade econômica, embora em regra livre, também poderá se sujeitar à limitações⁶, desde que tais restrições tenham substrato constitucional. Veja-se, nesse sentido, o parágrafo único do art. 170 do texto constitucional, que prevê a possibilidade de exigência de prévia autorização de órgãos públicos para certas atividades econômicas, nos casos previstos em lei.

Finalidade da ordem econômica nacional, por outro lado, é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A dignidade humana, como se disse, além de objetivo a ser alcançado por meio de uma ordem econômica justa, também constitui fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF).

Como prescreve o próprio texto constitucional, dignidade e justiça social são verso e reverso de uma mesma moeda. Não pode haver existência digna sem justiça social e também não haverá justiça social enquanto uma grande parcela da comunidade não ostentar uma vida minimamente digna, conforme as Constituições anteriores já previam⁷.

⁴ da dignidade humana, decorrente da valorização do trabalho, é também posta em evidência na Constituição de 1967, art./ 157, II, retirada na EC 1/69, art. 160, II.

⁵ Nusdeo (2002, p. 234).

⁶ Grau (2000, p. 238).

⁷ Laubadére (1976, p. 244).

⁷ Ao passo que o art. 157 da Constituição de 1967 colocava a justiça social como meta prioritária e única da Ordem Econômica e Social ("A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social"), o art. 160 da EC 1/69 indica a mesma justiça social como um dos objetivos, não o único, dessas mesmas

Ditames, na expressão ditames da justiça social, significa regras da justiça social⁸, ou doutrina da justiça social. O termo está, praticamente, em desuso, sendo empregado, uma vez ou outra, na linguagem conservadora de uma outra lei, como no Código de Processo Penal, referindo-se o dispositivo 464 à exortação feita aos jurados pelo Juiz, depois de formado o conselho (“ditames da justiça”).

A almejada justiça social⁹, no entanto, ainda parece distante de se tornar realidade. Com efeito, saltam aos olhos as mazelas do povo brasileiro. Em matéria jornalística recentemente publicada, anotou-se, por exemplo, que a respeito da miséria no Brasil se sabem duas coisas: o país tem um elevado número de pobres em relação a suas riquezas e a distância entre miseráveis e ricos é muito ampla.

2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REGULADORES DA ATIVIDADE ECONÔMICA

2.3.1 Noção e espécies de princípios

Já se tornou corrente na doutrina, tanto nacional como alienígena, a abordagem da natureza, das características, das espécies e de outros temas pertinentes aos princípios. Também se nota, com cada vez mais freqüência, a referência expressa aos princípios em decisões judiciais, o que está a indicar o

ordens (“A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social”).

⁸ A expressão justiça social é equívoca, suscetível, pois, de vários significados, tendo sido divulgada pela Igreja Católica e empregada corretamente, hoje, na linguagem das ciências sociais, políticas e no campo do Direito. Trata-se da modalidade de justiça denominada justiça distributiva, como se vê pelo emprego que dela fez o Papa Leão XIII, em fins do século passado: “Entre os graves e numerosos deveres dos governos que querem prover como convém ao bem público, o que domina todos os outros consiste em cuidar igualmente de todas as classes de cidadãos, observando rigorosamente as leis da justiça distributiva, côô é chamada”.

⁹ Nas palavras de Canotilho (1998, p. 225), “perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos), a dignidade da pessoa humana como base da república significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da república. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem; não é o homem que serve os aparelhos políticos-partidários”.

interesse não apenas dogmático, mas inequivocamente pragmático que o assunto desperta.

Limitar-nos-emos aqui a traçar suas características, espécies e uma noção que sirva de base às linhas seguintes. Posteriormente, serão examinados os princípios específicos da ordem econômica.

J.J. Gomes Canotilho pondera, assim, que as normas jurídicas comportam duas espécies: as regras e os princípios¹⁰. Tendo em vista a dificuldade na diferenciação de ambos, alguns critérios são usualmente citados, tais como:

- a) Grau de abstração: enquanto os princípios possuem um grau de abstração elevado, as regras têm uma abstração reduzida;
- b) Grau de determinabilidade: no caso concreto, por serem vagos e indeterminados, os princípios carecem de mediações concretizadoras, ao passo que as regras são suscetíveis de aplicação direta;
- c) Caráter de fundamentalidade: os princípios são normas de natureza ou com papel fundamental no ordenamento jurídico, devido à sua posição hierárquica;
- d) Proximidade da idéia de Direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na idéia de Direito; as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;
- e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos das regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas.

Para o professor Canotilho, entretanto, as principais diferenças qualitativas são:

- a) os princípios são normas impositivas de uma otimização, ao passo que as regras são normas jurídicas que prescrevem imperativamente uma exigência, que é ou não cumprida;
- b) os princípios têm uma convivência conflitual, enquanto as regras têm convivência antinômica;
- c) os princípios coexistem; as regras se excluem;
- d) os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, enquanto as regras devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições;
- e) em caso de conflito de princípios, estes podem ser objeto de ponderação e harmonização, ao passo que as regras, por conterem fixações normativas definitivas, não podem conviver quando contraditórias.

Pelo exposto já é possível depreender as características mais salientes dos princípios, o que permite, inclusive, mentalizar-se sua posição dentro do sistema jurídico. Cite-se a título ilustrativo, conceito de Celso Antônio Bandeira De Mello, que já se tornou clássico entre nós:

¹⁰ Canotilho (1998, p. 1.124).

Princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeira alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativa, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico". E prossegue mais adiante: " Violar um princípio é muito mais grave que transgredir um norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de suas valentes fundamentais, contumélio irremissível a sua arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra¹¹.

Além deste, inúmeros outros conceitos de princípios têm sido apresentados tanto pela doutrina pátria como estrangeira¹² Para efeito do presente estudo, vislumbramos o princípio como uma norma geral fundamental¹³, com elevado grau de abstração, vinculante e informadora da ordem jurídica.

Os princípios também comportam uma classificação. Dentre as tantas colhidas na doutrina, aderimos aqui à proposta por Luís Roberto Barroso¹⁴. Assim, considerando que nem todos os princípios têm o mesmo raio de atuação, sua incidência pode variar não só quanto à amplitude, mas também quanto à sua influência. Os princípios podem ser, então: fundamentais, gerais e setoriais ou especiais.

Princípios fundamentais, segundo o referido autor, são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado. São os fundamentos da organização política do Estado, que o definem como unitário ou uma federação, república ou monarquia, presidencialista ou parlamentarista, seu regime democrático, etc.

Os princípios gerais referem relevantes especificações dos princípios fundamentais, embora não reflitam diretamente as decisões políticas do Estado. Têm um menor grau de abstração e permitem, não raramente, a tutela imediata de situações concretas. Se esprariam por toda a ordem jurídica e comumente são consagradores de direitos. Como exemplos, podem ser citados os princípios da legalidade, da isonomia, do juiz natural.

Por derradeiro, os princípios setoriais ou especiais são os que presidem um determinado e específico conjunto de normas atreladas a certo tempo. Pontifica o

¹¹ Mello (2000, p. 747).

¹² Ver os trabalhos de Espíndola (1999) e Rothenburg (1999).

¹³ Enfoque central de tema relevante.

¹⁴ Barroso (1999, p. 150).

jurista Luis Roberto Barroso que eles se irradiam limitadamente, mas são supremos no seu âmbito de atuação. Estão distribuídos por diversos títulos e capítulos da Constituição, como os referentes à administração pública, organização dos poderes, tributação e orçamento, ordem econômica, ordem social etc.

Interessa-nos aqui o estudo dos princípios especiais ou setoriais elencados no art. 170, da Constituição Federal, vale dizer, os princípios informadores da atividade econômica. Observemos, pois, quais são eles e no que consistem.

2.3.2 Princípio da soberania nacional

A soberania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao passo que a independência nacional foi erigida a princípio informador do país em suas relações internacionais (arts. 1º, I, e art. 4º, I da CF/88).

Ambos os preceitos, elencados no Título I do texto constitucional (Dos Princípios Fundamentais), irradiam-se por todas as demais disposições da Lei Maior, inclusive aquelas pertinentes à ordem econômica. Daí porque, pensamos, seria desnecessário reprimir a soberania como um princípio específico da atividade econômica (CF, art. 170, I).

A soberania¹⁵ é fundamento básico do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, I).

A soberania é, realmente, fundamento do Estado, qualquer que seja sua forma, monárquica ou republicana, federativa ou unitária, por que Estado “é síntese dos poderes soberanos”. Soberania é a m situação do Estado que não está submetido a outro e que, por isso, pode elaborar sua Constituição, ou seja, pode criar seu direito positivo no mais alto grau. O vocábulo “soberania” evoca a ideia de “soberano”, aquele que decidia qual o tipo de direito válido para a coletividade, num dado momento histórico. O soberano podia ser um indivíduo, o rei, por exemplo, ou

¹⁵ Soberano é o Estado que tem a faculdade de legislar em seu mais elevado grau. Estado soberano é aquele que pode decidir, no mais alto grau, sobre a eficiência do seu direito. Quando o Estado, sozinho, pode, sem a menor influência externa, elaborar todo o seu sistema jurídico, dizemos que esse Estado é soberano.

toda uma classe ou casta, como ocorria e ocorre nos regimes oligárquicos, podendo, ainda, ser toda a Nação, como diziam os filósofos do Séc. XVIII.

Georges Burdeau¹⁶ assim define o termo soberania:

A idéia de direito decorre da consideração de uma ordem social desejável, sendo dirigida por uma certa representação do futuro. O soberano deve o título ao fato de que esta ordem social e este futuro não podem, sem o seu consentimento, se impor como fim da regulamentação jurídica. Desta situação do soberano resulta que a soberania é a força que nasce das circunstâncias históricas e nacionais em que se encontra comprometida a comunidade política em um momento de sua existência. A soberania caminha com a força política preponderante e é precisamente a qualidade de não depender – quanto à existência – de nenhuma outra ordem jurídica preestabelecida que faz dela uma noção exclusivamente política. Não há um Estatuto do soberano, como há um Estatuto dos governantes, mas há um fato: o poder de um homem ou de uma coletividade, que, senhores para decidir quanto ao futuro de um grupo, são, por esse fato, senhores de todo o ordenamento jurídico. Eis por que o soberano é colocado acima de todo Estatuto constitucional e que não é a este vinculado. O soberano o cria, mas não lhe deve nada. A marca essencial da soberania é a posse do poder constituinte. Por ele, com efeito, o soberano detém ao mesmo tempo o domínio da idéia de direito, que serve de princípio diretor para a vida estatal e para a escolha dos governantes. Assim que este princípio de legitimidade é admitido, não cabe mais aos indivíduos a aquisição do poder ou de nele se manter apenas pela potestade ou por vontade própria”

Em suma, a soberania é o fundamento – e deve ser o fundamento – de todo e qualquer tipo de Estado democrático ou ditatorial, monárquico, republicano, federativo ou unitário, porque esse traço é característico de independência, na órbita externa ou internacional.

Soberania não é traço característico de sistema de governo, republicano ou monárquico, mas da Nação, do Estado que constitui pessoa jurídica pública distinta dos indivíduos que a integram, o que significa que a expressão ou manifestação da soberania não se consegue pela mera soma de certo número de vontades individuais, mas pela proporção de uma coletiva vontade, que traduza o sentir de toda a Nação, soberania que se caracteriza por ser “una”, “indivisível”, “inalienável” e “imprescritível”¹⁷. Soberano é o Estado. Soberana é a Nação. As formas de governo são fenômenos eventuais com que se apresenta o Estado, num dado momento. Só nesse sentido é que se pode afirmar que a República Federativa do Brasil é soberana, quando, a rigor, “soberano é o Estado brasileiro sob a forma republicana”.

¹⁶ Burdeau (1947, p. 21-22).

¹⁷ Burdeau (1947, p. 118).

Por soberania entende-se, consoante o escólio preciso de Michel Temer, “o fenômeno ligado à ideia de poder, de autoridade suprema. Funciona como unificadora de uma ordem. Daí a concepção kelseniana segundo a qual ela é expressão da unidade de uma ordem. Esta ordem unificada, por sua vez, é que se apresenta aos demais Estados. E estes importam, tão-somente, a existência dessa ordem jurídica global. Ela (a soberania) faz com que, no plano jurídico, inexistam Estados maiores ou menores, fortes ou fracos, mais ou menos importantes. Iguala-os todos, pois em nível externo não reconhece nenhum poder superior ao seu”¹⁸.

No art. 170, inciso I, previu a Constituição uma soberania específica, vale dizer, a soberania nacional econômica, que não supõe, porém, o isolamento econômico, mas antes, pelo contrário, a modernização da economia – e da sociedade – e a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas¹⁹. Sobre o tema, a propósito, assim se pronunciou José Afonso da Silva:

Se formos ao rigor dos conceitos, teremos que concluir que, a partir da Constituição de 1988, a ordem econômica brasileira, ainda de natureza periférica, terá de empreender a ruptura de sua dependência em relação aos centros capitais desenvolvidos. Essa é uma tarefa que a Constituinte, em última análise, confiou à burguesia nacional, na medida em que constitucionalizou uma ordem econômica de base capitalista. Vale dizer, o constituinte de 1988 não rompeu com o sistema capitalista, mas quis que se formasse um capitalismo nacional autônomo, Isto é, não dependente²⁰.

2.3.3 Princípio da propriedade privada

A propriedade foi objeto de considerável preocupação do legislador constituinte, tanto que, logo no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, XXII), cuidou ele de garantir expressamente o direito da propriedade. Em várias outras passagens a Constituição também se refere, direta ou indiretamente, à propriedade. Interessa-nos aqui, no entanto, avaliar especificamente a previsão do

¹⁸ Temer (1993, p. 57).

¹⁹ Grau (2000, p. 261).

²⁰ Silva (2000, p. 770).

art. 170, inciso II, do texto constitucional, assim como nas Cartas anteriores²¹, que inseriu a propriedade privada como um dos princípios informadores da atividade econômica.

A expressão direito de propriedade digna noção diversa da indicada pelo vocábulo propriedade. Considera como direito, propriedade é a faculdade ou poder de dispor da res, como substância, e de tudo aquilo que ela possa proporcionar a seu titular. Exceto disposição legal em contrario, ou direitos de terceiros, o proprietário pode conduzir-se, em relação à coisa, como bem entender, assim como pode impedir que terceiros façam de sua propriedade qualquer uso, por mínimo que seja. O gênio romano definiu o direito de propriedade, ou *dominium*, como o “*ius utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*” (o direito de usar, fruir e abusar do que é seu, até o ponto em que a razão do direito o permita). Para o Código civil francês, “direito de propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto possível; desde que dela não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos”.

Para Cretella Júnior “o domínio, isto é, a propriedade da coisa corpórea, presume-se exclusivo – *erga omnes* - e ilimitado, significado isto que o *dominus* tem o direito de afastar daquilo eu lhe pertence a ação de qualquer estranho, de terceiros. É ilimitado o domínio, porque abrange os poderes elementares, que o constituem.”²²

Certo é que Economia e propriedade são matérias que se avizinham. Mormente nos modelos econômicos capitalistas, como é o nosso, a propriedade privada ganha especial relevo, mercê de sua inequívoca relação com a livre iniciativa. Compreensível, assim, tenha sido a propriedade privada prestigiada como princípio norteador da ordem econômica. Não se trata, a toda evidência, de direito absoluto, mas sujeito à observância de sua função social, conforme s anotou no tópico seguinte.

²¹ Com efeito, a preocupação evidente do legislador constituinte de 1967, 1969 e 1988, com o “adequado” usus da propriedade (*ius utendi* e *ius abutendi*), para que ela cumpra plenamente sua função social é o resultado de gradativa e constante evolução, que transparece, de modo claro, nas sucessivas regras jurídicas da Constituição de 1934, art. 113, 17 (“É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”), da Carta Política de 1937, art. 122, 14 (“O seu conteúdo e os seus limites serão definidos nas leis que lhe regularam o exercício”), da Constituição de 1946, art. 147 (“O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá promover a justa distribuição da propriedade, co igual oportunidade para todos”), da de 1967, art. 157, da de 1969, art. 160, e na de 1988, art. 170).

²² Cretella Júnior (2000, p.255).

Celso Ribeiro Bastos pondera que a essência da proteção constitucional é impedir que o Estado, por medida genérica ou abstrata, evite a apropriação particular dos bens econômicos ou, já tendo esta ocorrido, venha a sacrificá-la mediante um processo de confisco²³. Além disto, a previsão expressa da propriedade privada como princípio norteador da ordem econômica revela a necessidade de compreendê-la nesse contexto, e não apenas como um direito fundamental. Em outras palavras, a propriedade, aqui, deve ser examinada sob o prisma de sua repercussão no processo econômico, vale dizer, como mecanismo condutor aos fins da atividade econômica: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (CF, art. 170).

José Afonso da Silva relaciona a propriedade, basicamente, a duas espécies de bens: os de consumo (ou uso pessoal) e os de produção²⁴. Os primeiros são, por natureza, vocacionados à apropriação privada e mostram-se imprescindível à existência digna das pessoas (alimentos, roupas, medicamentos etc.) Destinam-se, assim, à manutenção da vida humana e por isso devem estar disponíveis à aquisição de todos, justificando-se, inclusive, intervenção estatal na sua distribuição.

Os bens de produção, de outro lado, também chamados de capital instrumental, são os aplicados na produção de outros bens ou rendas, como as ferramentas, fábricas, imóveis não destinados à moradia e ou outros. Não estão volvidos, pois a assegurar a sobrevivência humana, mas à produção de outros bens ou rendimentos.

É sobretudo quanto aos bens de produção que incide a regra específica do art. 170, inciso II, da Constituição. Adotou-se, por conseguinte, o princípio segundo o qual os bens de produção constituem, via de regra, propriedade privada, e não estatal. Esta propriedade, todavia, para ser legítima, sujeita-se ao atendimento de sua função social. É o que verá adiante.

2.3.4 Princípio da função social da propriedade

Em duas oportunidades o texto constitucional cuidou de expressar que a propriedade deve atender sua função social (arts. 5º, XXIII e 170, III).

²³ Bastos (2000).

²⁴ Silva (2000, p. 790).

Dessume-se, pois, diante da regra clara da Constituição Federal, que a propriedade não de constitui em direito absoluto e intangível. Embora preserve boa parte de duas características adquiridas na Antiguidade (uso, gozo, fruição, disposição e oposição a terceiros), o direito de propriedade recebe, hodiernamente, intensas restrições decorrentes das novas necessidades sociais.

Zanobini²⁵ relata que a propriedade, relação de direito privado, mediante a qual uma coisa, pertencente a uma pessoa, esta, antes, sujeita totalmente a vontade desta, em tudo que não fosse proibido pelo direito público e pela concorrência de direito alheio; era o senhorio geral e independente da pessoa sobre a coisa, para fins de direito, reconhecidos, nos limites estabelecidos pelo direito (*Filomusi Guelfi*). Projeção da personalidade humana no domínio das coisas tem sido considerada por muitos como o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos outorgados ao individuo e que, por longo tempo, conservou a mesma fisionomia que lhe delineara o Direito Romano²⁶.

Alfredo Buzaid observava que “com a evolução dos tempos, a propriedade deixa de ser o direito subjetivo do individuo e para a ser a função social do detentor dos capitais mobiliários ou imobiliários”²⁷. A expressão função social, no texto constitucional de 1988, opondo-se à função individual, designa realidade rica de significado, ao indicar o uso pleno do bem imóvel urbano ou rural.

Antigamente, bem diversa era a situação. A propriedade, eixo em torno do qual girava todo o direito das coisas, caracterizava-se pelo seu feitio nitidamente individualista; trata-se, então, de relação jurídica puramente privada e individual, de caráter sagrado e absoluto. Gradativamente, porém, modificou-se essa concepção egoísta e individualista, que logo se tornou obsoleta, graças as tendências fundamentais da civilização atual, que reconheceu e proclamou, *urbi et orbi*, o predomínio do interesse público sobre o interesse privado²⁸.

Pelo atual regramento constitucional, a propriedade – e aqui interessa notadamente e dos bens de produção – não é tida como um fim em si mesma. Deve ser meio para a prosperidade e desenvolvimento de todos, e não apenas do indivíduo que a detém. Como se depreende o panorama traçado pelas disposições

²⁵ Zanobini (1948, p. 140).

²⁶ Monteiro (1955, p. 7-8).

²⁷ Buzaid (1958, p. 22).

²⁸ Monteiro (1955, p. 7-8).

atinentes à ordem econômica, a propriedade privada atenderá sua função social²⁹ quando refletir um instrumento voltado a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (CF, art. 170, *caput*). Não se concebe, pois, a propriedade nociva aos interesses coletivos, embora lucrativa e atraente aos seus titulares.

David Ricardo, mesmo um dos baluartes da Escola Clássica, defende a utilização racional da terra, classificava, então, ao seu tempo, como “classe improdutiva” os empresários que não utilizavam adequadamente suas terras e desejavam o aumento simultâneo do preço do trigo³⁰.

2.3.5 Princípio da livre concorrência

A livre concorrência é outro dos pilares em que está assentada a ordem econômica brasileira (CF, art. 170, IV). Tamanha foi à preocupação do constituinte com a matéria que alem do referido princípio, estabeleceu expressamente que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4). No mesmo trilhar, e também demonstrando atenção com a questão concorrencial, editou-se a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Como sustenta José Marcelo Martins Proença, a livre concorrência desempenha um papel fundamental para que a livre iniciativa possa, de fato, trazer

²⁹ Função social da propriedade: STJ - "O direito privado de propriedade, seguindo-se a dogmática tradicional (Código Civil, art. 524 e 527), à luz da Constituição Federal (art. 52, XXII, CF), dentro das modernas relações jurídicas, políticas, sociais e econômicas, com limitações de uso e gozo, deve ser reconhecido com sujeição a disciplina e exigência da sua função social (arts. 170, II e UI, 182, 183, 185 e 186, CF). É a passagem do Estado - proprietário para o Estado - solidário, transportando-se do 'monossistema' para o 'polissistema' do uso do solo (arts. 5º., XXIV, 22, II, 24, VI, 30, VIII, 182, §§ 3º. e 4º., 184 e 185, CF)" - (STJ - IJ1 Seção - MS n2 1.856-2/DF - Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Diário da Justiça, Seção I, 23 ago. 1993).Disponível: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf, Data:20/03/2004

³⁰ “A situação do operário é de pobreza e a população decresce; diminuirá, portanto, a oferta de mão de obra e ambos os preços terão equilíbrio. Mas, como os lucros dos empresários dependem das oscilações dos salários, são eles até certo ponto regulados, também, pelo crescimento da população. E, a vista do exposto, os únicos beneficiários do crescimento da população, dentro desse quadro geral do processo de desenvolvimento, seriam os proprietários de terra” (RICARDO, 1937, p.229).

benefícios à sociedade. A livre ação dos agentes econômicos, o livre acesso ao mercado e a livre escolha dos consumidores e utilizadores são as três liberdades que caracterizam um mercado concorrencial, ou seja, um mercado onde a concorrência joga livremente, configurando essa liberdade o objetivo visado pelo princípio da livre concorrência, distinguindo-o, portanto, do conceito da livre iniciativa, mas não os incompatibilizando³¹.

O princípio da livre concorrência, no entanto, não afasta a possibilidade de intervenção estatal no domínio econômico. Ao contrário, a presença do Estado se apresenta, por vezes, imprescindível à própria efetivação de uma concorrência livre e saudável. Daí a necessidade de disposições normativas que coibam o abuso do poder econômico e sancionem as infrações relativas às condutas que inibam a livre concorrência. Desta forma, constitucionalização expressa da livre competição, elevada a princípio geral da ordem econômica, vem seguida da proteção à liberdade dos concorrentes no mercado³², que é constantemente ofendida por dois gêneros de ação: um constituído pelas práticas colusórias oriundas de acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e condutas concertadas que tenham por objetivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência; o outro, pelas práticas restritivas consistentes no abuso de posição dominante no mercado brasileiro ou em parte substancial dele, por uma empresa ou por um grupo de empresas³³.

Nessa linha de raciocínio, Vidal Serrano Nunes Júnior leciona que:

³¹ Proença, J. (2001, p. 5).

³² Princípios da livre concorrência, defesa do consumidor e da liberdade do exercício das atividades econômicas e restrição à autonomia municipal (instalação de farmácias): STF - 'Autonomia municipal. Disciplina legal de assunto de interesse local. Lei municipal de Joinville, que proíbe a instalação de nova farmácia a menos de 500 metros de estabelecimento de mesma natureza. Extremo a que não pode levar a competência municipal para o zoneamento da cidade, por redundar em reserva de mercado, ainda que relativa, e, consequentemente, em afronta aos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade do exercício das atividades econômicas, que informam o modelo de ordem econômica consagrado pela Carta da República (art. 170 e parágrafo, da CF)" (STF - 11 T. - REExr. n2 203.909-8/ES - Rel. Min. Carlos Venoso, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 fev. 1998, p. 38). No mesmo sentido: STF - "Lei n2 10.991/91, do Município de São Paulo. Fixação de distância para à instalação de novas farmácias ou drogarias. Inconstitucionalidade. L'A 'Constituição Federal assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização do Poder Público, salvo os casos previstos em lei. 2. Observância de distância mínima da farmácia ou drogaria existente para a instalação de novo estabelecimento no perímetro. Lei Municipal n210.991/91. Limitação geográfica que induz à concentração capitalista, em detrimento do consumidor, e implica cerceamento do exercício do princípio constitucional da livre concorrência que é urna manifestação da liberdade de iniciativa econômica privada. Recurso extraordinário conhecido e provido CSTF - 2a T. - RE...<tr, nU 193.749-I/SP - Min. Carlos Velloso - Rel. p/ Acórdão: Min" Maurício Corrêa, *Diário da Justiça*, Seção 1, 4 maio 2001, p. 35).

³³ Faria (1990, p. 151).

Enquanto instituto jurídico, a livre concorrência acaba por absorver dois estágios distintos de normalização. De um lado, traduz o plexo de direitos subjetivos dos que disputam o mercado: o direito à concorrência. De outro, assume a feição de garantia institucional da ordem econômica, quando reclama a presença normativa e reguladora constante do Estado para sua preservação ou, em outras palavras, para assegurar a existência do assim chamado estado de concorrência³⁴.

2.3.6 Princípio da defesa do consumidor

Findou o tempo que o consumidor ocupava o segundo plano na disciplina da atividade econômica. Sua defesa, elevada à categoria de princípio constitucional, foi objeto de grande atenção do constituinte, conforme se infere, dentre outros dispositivos, dos arts. 5º, inciso XXXII, 24, incisos V e VIII, 150, §5º, 170, inciso V, 220, § 4º e 48 do ADCT, todos da Constituição Federal.

Em sintonia com a dicção constitucional, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), veio disciplinar, no plano infraconstitucional, a defesa do consumidor. Cuida-se de diploma legal inovador e que implantou não apenas novas regras jurídicas, mas também uma nova cultura empresarial e consumerista.

Pelo art. 2º, da Lei nº 8.078/1990, considera-se consumidor toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Equipara-se ao consumidor, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

A lei assegura a defesa do consumidor contra atos atentatórios do fornecedor, definido este como a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 3º do CDC).

³⁴ Salles (2001, p. 90).

Marcos Paulo de Almeida Salles vê nos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor dois sistemas de direito econômico protetivos à categoria hipossuficiente.³⁵

O art. 6º da mesma lei prevê como direitos básicos do consumidor a proteção da saúde, da vida e da segurança contra produtos e serviços considerados perigosos, a educação, a informação, a proteção contra publicidade enganosa e abusiva, modificação e revisão de cláusulas contratuais abusivas, prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, acesso aos órgãos administrativos e judiciais, facilitação da defesa de direitos, adequada e eficaz prestação de serviços públicos.

³⁵ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).Art. 105 - Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.

Cuida este artigo, e os que se seguem, de mais um sistema de Direito Econômico no Brasil, que devemos compatibilizar nesta análise com o Sistema Financeiro Nacional, para caber ao sistema de proteção ao consumidor, no caso das instituições financeiras. Tão somente "levar ao conhecimento" do BACEN, os atos que entender serem violadores da presente lei, quando praticados por tais instituições, nada mais lhes competindo, uma vez que o procedimento administrativo há que ser instaurado, se for o caso, pelo próprio BACEN-Banco Central do Brasil.

Cabe a este último de plano definir através da Resolução do CMN os limites de sua competência em face desta lei, em relação à eventual prática das chamadas relações de consumo, quando o agente desenvolveu suas atividades sob sua autorização concedente.

Art. 107 - *As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo,*

§ 1º - *A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos,*

§ 2º - *A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias.*

§ 3º - *Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento.*

A análise do disposto neste artigo leva-nos a uma interpretação conjunta do disposto nos artigos 7º e 54 por entender necessário ao equilíbrio das relações de consumo, em especial àquelas dos serviços prestados pelas instituições do sistema financeiro, a possibilidade das convenções coletivas de consumo.Isto é, os direitos do consumidor dos serviços prestados por instituições do sistema financeiro estarão preliminarmente sujeitos à regulamentação expedida pelas autoridades administrativas do Sistema Financeiro Nacional, que por dever de ofício delimitam o campo de atuação das mesmas quando da autorização concedida para operar, ao mesmo tempo em que se obrigam por sua fiscalização.Com o intuito de proteger os usuários dos serviços prestados pelo Sistema Financeiro, principalmente na arrecadação de tributos e encargos sociais, assim como no pagamento das contas ou tarifas de serviços prestados massificamente pelas instituições financeiras públicas ou privadas que estejam sujeitas ao disposto na presente lei, é conveniente que, com a orientação do Banco Central do Brasil, as respectivas entidades da classe promovam convenções coletivas orientadoras e homogenizadoras destas prestações complementares efetuadas pelos agentes financeiros àquelas empresas e seus clientes consumidores. Tais normas, quando de caráter objetivo, obrigam a ambas as partes no acordo daquela prestação de serviço, sendo esse o parâmetro de eficiência satisfatório a ser exigido pelo consumidor (SALLES, 1991, p. 91).

A efetiva defesa do consumidor, no entanto, não se restringe à edição de um código de direitos. Requer, assim, a efetiva implementação de políticas públicas alinhadas, v.g., com a criação de órgãos públicos fiscalizadores, com o estímulo à criação de associações de defesa do consumidor, com uma atuação independente da Secretaria de Direito Econômico, do Conselho Administrativo de Direito Econômico (CADE) e os demais organismos estatais reguladores dos diversos setores econômicos (Banco Central, agências reguladoras etc.).

No plano legislativo, de outra banda, afronta o princípio constitucional em comento a edição de leis que de qualquer maneira inibam ou se proponham a amesquinar direitos do consumidor, não apenas do ponto de vista do direito material, mas também processual.

Impõe-se ao Poder Judiciário, igualmente, uma interpretação consentânea com a magnitude alcançada pelo consumidor, notadamente quanto às querelas no âmbito dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, onde se permite, num único processo, a prolação de julgado que repercutirá em milhares de situações jurídicas. Somente assim ter-se-á uma implementação efetiva – e não meramente retórica – dos direitos do consumidor³⁶.

2.3.7 Princípio da defesa do meio ambiente

³⁶ Defesa do consumidor e livre iniciativa: STJ - Processo civil- Constitucional-Direito do Consumidor - Mandado de segurança - Código de Defesa do Consumidor, Art. 6, inciso III, e art. 31- Decreto no. 90.595/1984 - Portaria Super No. 2/1996 da extinta Sunab - Sistema de código de barras para indicar os preços das mercadorias Supermercados - Processo Administrativo n.º 08012.001556/98-18 - Adoção em caráter alternativo de afixação direta; nos bens expostos à venda, mediante etiquetas ou similares, do respectivo preço à vista; ou, na hipótese de existência de código de barras (Decreto no. 90.595/1984), proceder à informação dos preços das mercadorias em lista apostila em local visível ao consumidor - Ausência de direito líquido e certo - Defesa da ordem econômica - Direito do consumidor à informação adequada e clara - Segurança denegada. I - É necessária a colocação de etiquetas em todos os produtos, mesmo se adotado mecanismo de código de barras com os esclarecimentos nas gôndolas correspondentes. II - Por ser assegurado ao consumidor o direito de informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, não há que se falar em 'intervenção abusiva no domínio econômico', com desrespeito aos arts. 1º, IV, 170, *caput* e inciso II, e 174, *caput*, todos da CF/1988, porque incensurável o despacho proferido pelo Excelentíssimo Ministro de Estado da Justiça, publicado no DO 1; de 14-8-1998" (STJ - Iª Seção - MS nº 5.943/DF - Rel. Min. Nallcy Andrichi, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 mar. 2000). Disponível: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/26701120/pg-1413-superior-tribunal-de-justica-stj-de-13-05-2001?ref=next_button. Data: 25/02/2000.

Além de prever a defesa do meio ambiente como princípio norteador da atividade econômica (art. 170, VI), a Constituição Federal dedicou capítulo próprio à disciplina do tema, onde prescreveu que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defende-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225).

Assim, qualquer cidadão do povo (*quaisque de populo*) é parte legítima para propor a ação popular que vise a anular ato lesivo ao meio ambiente, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

O meio ambiente foi objeto de inúmeras regras jurídicas constitucionais, cabendo ao Estado protegê-lo (art. 23, VI), combatendo a poluição em qualquer de suas formas. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre a proteção ao meio ambiente e o controle da poluição (art. 24, VI). Todo um capítulo, com seis parágrafos e sete incisos, além do caput (art. 225, §§ 1º a 6º e incs. I a VII), tem por Título Do meio ambiente. O Título da ordem econômica e financeira tem seu Cap. I dedicado aos Princípios gerais da atividade econômica, erigindo-se a defesa do meio ambiente (art. 170, VI) à categoria de princípio, ao lado da soberania nacional. Assim, qualquer cidadão do povo é parte legítima, para ajuizamento de ação popular, visando a anular ato lesivo ao meio ambiente.

Proteção ao meio ambiente é poder-dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que, para a concretização desse relevante desiderato, devem empregar esforços conjuntos, no uso de sua competência administrativa comum (art. 23, VI), sempre sob incidência de leis da União, dos Estados e do Distrito Federal, a quem expressa regra jurídica constitucional (art. 24, VI) delegou competência concorrente para legislar sobre tal matéria.

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin relatam que a tutela legal do ambiente no Brasil tem início na década de 60 e consolida-se nos anos 80 e 90. A defesa do meio ambiente está diretamente implicada com o princípio da função social da propriedade. Aceito como abstração teórica, porém, o instituto deixa de manifestar-se no cotidiano das relações produtivas brasileiras e, a partir delas, no que mais nos importa, no conflito homem-natureza. No país, não é incomum que litígios ambientais, essa a desanimadora realidade, ainda sejam julgados sob os exclusivos auspícios do Código Civil, como se o princípio da função social da

propriedade – para não falar da sua função sócio-ambiental-fosse fórmula alienígena ao ordenamento. Daí porque, afirma o autor que: “Esse quadro de afastamento entre a teoria e a prática talvez explique a insistência e até a forma pleonástica com que o constituinte tratou a função social da propriedade, agregando-lhe, em vários pontos da Constituição, um conteúdo mais nítido e, a partir daí, espera-se, propiciando-lhe melhores oportunidade de implementação”³⁷.

Verifica-se, pois, que como princípio expresso a ser observado em toda e qualquer atividade econômica, a defesa do meio ambiente pressupõe o banimento de empreendimentos degradadores e lesivos, não comprometidos com a proteção de um patrimônio vital à sobrevivência humana.

Nas palavras de Eros Roberto Grau, “a Constituição dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de retorno á barbárie”. E conclui, mais à frente, que “o princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego”³⁸.

2.3.8 Princípio da redução das desigualdades regionais e sociais

A prosperidade de qualquer Estado reclama a redução ou, se possível, a erradicação das desigualdades regionais ou sociais em seu território. Em países como o nosso, com dimensões territoriais significativas e com uma alarmante concentração de renda, as desigualdades parecem se tornar cada vez mais acentuadas, ao reverso da dicção constitucional. De qualquer forma, entretanto, assim não deveria ser. Por força do art. 3º, inciso III, do texto constitucional, um dos objetivos da República Federativa do Brasil é precisamente erradicar a pobreza e marginalização, bem assim reduzir as desigualdades sociais e regionais.

No Título atinente à ordem econômica, surge a redução de tais desigualdades como um princípio geral a nortear toda e qualquer atividade

³⁷ Benjamin (1999, p. 25).

³⁸ Grau (2000, p.275).

econômica (como nas Constituições anteriores)³⁹, seja ela proveniente do particular, seja do próprio Estado. É a atividade econômica a serviço do bem-estar social, da possibilidade de acesso aos bens de consumo, da expansão do desenvolvimento por todos os quadrantes do país.

Não nega o texto constitucional, por óbvio, a possibilidade de coexistência de grupos sociais mais abastados com outros de menor poder aquisitivo. O que se pretende, porém, é que ambos os grupos não estejam afastados de forma abissal, vale dizer, que as desigualdades sejam tantas a ponto de inviabilizar ao segundo grupo uma sobrevivência digna.

Trata-se, indubitavelmente, de princípio que demanda a implementação de políticas públicas consistentes pelo Poder Executivo, mas que deve pautar, também, as opções normativas do Poder Legislativo e as decisões do Poder Judiciário.

2.3.9 Princípio da busca do pleno emprego

O inciso VIII, do art. 170, da Constituição Federal, prevê a busca do pleno emprego como princípio da atividade econômica. Assim, dentre outros valores a serem preservados, os agentes econômicos também deverão dedicar em suas atividades atenção especial ao oferecimento de postos de trabalho à comunidade. Não é preciso grande esforço de raciocínio para se inferir que o desenvolvimento econômico de um país pressupõe um povo com capacidade de consumo. E os recursos financeiros para tanto serão, como regra, auferidos pela força de trabalho de cada indivíduo. Sem emprego não há recursos financeiros para consumir. Sem consumo, não há crescimento e harmonia econômica.

³⁹ Na Constituição de 1934, art. 115, parágrafo único, o legislador constituinte recomendava que os poderes públicos verificassem periodicamente o padrão de vida nas várias regiões do País. É simples recomendação, regra jurídica programática em que o legislador traça diretrizes e aconselha os poderes públicos, ao invés de editar regra mandamental de aplicação efetiva. Em 1934, a recomendação ou conselho para observar as regiões e registrar-lhes as diferenças; em 1988, a regra jurídica constitucional é dinâmica, atuante, ordenado a redução das desigualdades regionais e sociais, Padrão de vida, em 1934; redução de desigualdades, em 1988.

A busca do pleno emprego⁴⁰ reclama, especialmente, implementação de políticas públicas não recessivas e voltadas ao aumento de postos de trabalho. Parece-nos, pois, que medidas governamentais que apresentem caráter recessivo e redundem em diminuição do número de empregos estão eivadas de inconstitucionalidade, mercê da dicção constitucional expressa⁴¹. Desta forma, a liberdade de opções políticas e econômicas, inerente aos administradores públicos, não os exime da observância deste e dos demais princípios constitucionais. Conceber o contrário seria tornar letra morta o preceito em comento.

Pleno emprego é expressão abrangente da utilização máxima de todos os recursos produtivos, visando propiciar trabalho a todos os que estejam em condições de exercê-lo. Cuida-se de princípio, assim, que se harmoniza com a regra de que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano. Quer-se que o trabalho seja à base do sistema econômico, receba o tratamento de principal fator de produção e participe do produto da riqueza e da renda em proporção de sua posição na ordem econômica⁴².

Como pleno emprego (*full employment*) Keynes, define como “uma situação tal em que os fatores de produção desejosos de trabalhar estejam todos em pregados, ou ainda, “o volume máximo de recursos ou em prego compatível com o salário ou renda reais dados”.⁴³

2.3.10 Princípio do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país

A Emenda Constitucional nº 6, de 15 agosto de 1995, deu nova redação ao inciso IX, do art. 170, da constituição Federal. A partir de então, passou-se a ter como princípio setorial da atividade econômica o tratamento privilegiado às

⁴⁰ Pleno Emprego - Expressão que corresponde ao nível de emprego de todos os fatores de produção, ao nível de otimização máximo, em que não existe ou é mínimo o desemprego não voluntário ou ao nível de emprego mais elevado sustentável a longo prazo.

⁴¹ Neste sentido: Grau (2000, p. 277). Contra: Bastos (2000, p. 147).

⁴² Silva (2000, p. 775).

⁴³ Keynes (1953, p. 404).

empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. A redação anterior previa o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. O art. 171, da Lei Maior, revogado pela predita Emenda, definia como empresa brasileira à constituída sob as leis nacionais e que tivesse sede e administração no país.

Como leciona José Afonso da Silva, a nova redação dada ao inciso IX do art. 170, bem como a revogação do art. 171, importam em profunda modificação no conceito de empresa brasileira. Desapareceu, desde então, o conceito de empresa brasileira de capital nacional, remanescente, apenas, a distinção entre empresas brasileiras e empresas não-brasileiras, com a diferença exclusivamente formal entre elas. Com efeito, basta que a empresa estrangeira ou multinacional se organize segundo as leis brasileiras e tenha sede e administração aqui para ser reputada nacional. Pouco importa a nacionalidade de seu capital ou de seus sócios, bem como a residência destes ou dos respectivos diretores⁴⁴. O favorecimento pode constituir na isenção de alguns impostos, por um lado, e pela concessão de empréstimos de instituições financeiras públicas, por outro lado.

A despeito das aludidas modificações, permanece a previsão constitucional de tratamento favorecido às empresas de pequeno porte. Veja-se, a propósito, que o art. 179 do texto constitucional estatui que todas as pessoas políticas deverão dispensar às microempresas e empresas de pequeno porte. Trata-se de fundada preocupação do constituinte, mercê do inequívoco papel de tais empresas no desenvolvimento do país. Constituem elas reconhecida fonte de empregos, de bens de consumo e, por conseguinte, de tributos. O tratamento diferenciado se justifica na medida em que interessa os países a proliferação de tais empresas, que não demandam, via de regra, excessivos investimentos para serem implementadas. Legítima, outrossim, a previsão de um regime jurídico mais protetivo, já que as empresas em pauta não contam, usualmente, com o apoio dos grandes conglomerados econômicos-financeiros internacionais nas situações comuns de retração no mercado.

⁴⁴ Silva (2000, p. 775).

2.4 EXPLORAÇÃO DIRETA DA ATIVIDADE ECONÔMICA PELO ESTADO

Prosseguindo na análise das disposições constitucionais sobre a ordem econômica, passemos, agora, ao estudo da atuação do Estado como agente econômico. Sobre o tema, prescreve o art. 173, do texto constitucional, que: “ressalvamos os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Dessume-se da dicção constitucional um duplo sentido: num primeiro momento, permite-se ao Estado a exploração direta da atividade econômica; num segundo plano, restringe-se o permissivo apenas às hipóteses de salvaguarda da segurança nacional e de interesse coletivo relevante, ressalvadas outras hipóteses previstas na Constituição.

Certo é, assim, que o legislador constituinte se posicionou claramente no sentido de tornar absolutamente excepcional a atuação do Estado no ramo empresarial, admitindo-a somente nas situações expressamente alinhadas na Carta Magna. Reforça-se, uma vez mais, o princípio da livre iniciativa⁴⁵, próprio de uma Economia de mercado.

O imperativo de segurança nacional e o relevante interesse coletivo – autorizadores da exploração direta da atividade econômica pelo Estado – dependem de integração legislativa. Por outras palavras, a lei define as hipóteses em que se afiguram presentes os imperativos de segurança nacional e o relevante interesse coletivo. Questão que se apresenta, por conseguinte, é saber a que lei se refere o texto constitucional: federal, estadual ou municipal.

A definição de segurança nacional, ao que parece, somente pode ser feita por lei federal. Com efeito, só à União – e não aos Estados e Municípios – cabe

⁴⁵ Neste sentido observar: Livre iniciativa e regulamentação, da atividade econômica: STJ - "A Constituição Federal, no seu art. 170, preceitua que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados Os princípios que indica. No seu art. 174 pontifica que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento: Desses dispositivos resulta claro que o Estado pode atuar como agente regulador das atividades econômicas em geral, sobretudo nas de que cuidam as empresas que atuam em um setor absolutamente estratégico, daí lhe ser estipular os preços que devem ser praticados" (*Ementário :STJ*, no. 9/303 - MS no. 2.887-1 - DF, Rel. Min: César Asfor Rocha, 1ª. Seção, unânime. *Diário da Justiça*, 13 dez 1993).

estabelecer as situações de ameaça à segurança nacional e que autorizam a atuação do Estado como agente econômico⁴⁶.

Quanto ao relevante interesse coletivo, todavia, variam os entendimentos acerca dos entes políticos autorizados a defini-lo.

De um lado, respeitável segmento doutrinário perfilha-se, como regra, pela exclusividade da União para definir o que seja relevante interesse coletivo, somente admitindo lei estadual ou municipal em situações excepcionais⁴⁷. Outra corrente, não menos ilustre, sustenta a competência concorrente de União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre relevante interesse coletivo, com exclusão dos Municípios, ante o disposto no art. 24, inciso I, da CF⁴⁸.

Filiamo-nos, no entanto, ao entendimento de que qualquer das pessoas políticas ostenta, em tese, competência para legislar e dispor sobre relevante interesse coletivo, ressalvados os respectivos limites territoriais. Com efeito, prescreve o art. 24 do texto constitucional que União, Estados e Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre direito econômico e produção e consumo. O inciso I, do art. 30, da CF, por outro lado, confere aos Municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local, o que pode abranger relevante interesse coletivo, para fins de exploração direta de atividade econômica⁴⁹.

Ponto controvertido, ainda, é o referente à existência ou não de monopólio estatal em relação às atividades empresariais desenvolvidas com esteio no art. 173 da CF. Indaga-se, assim, se atividades do Estado destinadas a atender os imperativos de segurança nacional e aos relevantes interesses coletivos devem ou não ocorrer em regime de monopólio, vale dizer, com exclusão da iniciativa privada.

Eros Roberto Grau sustenta não apenas a possibilidade, mas a necessidade da exploração direta ser feita em regime de monopólio, quando fundada em imperativo de segurança nacional. Ainda segundo o autor, a intervenção decorrente do relevante interesse coletivo poderá ou não ocorrer em regime de monopólio, dependendo do caso concreto e de definição em lei⁵⁰.

Com efeito, a Constituição parece não admitir a existência de monopólios além dos casos nela contemplados. Isto porque o texto constitucional somente

⁴⁶ Neste sentido, Bastos (2000, p. 180), Grau (2000, p. 306) e Nunes Júnior (2001, p. 110).

⁴⁷ Bastos (2000, p.180).

⁴⁸ Grau (2000, p. 307).

⁴⁹ Neste sentido: Silva, J. (2000, p. 782) e Nunes Júnior (2001, p. 111).

⁵⁰ Grau (2000, p. 310).

autoriza, via de regra, o desempenho concorrencial das atividades estatais, sem exclusão dos particulares. A exclusividade no desempenho de atividades econômicas é excepcional e somente concebida nos casos expressamente alinhados na Constituição⁵¹. Daí porque, não havendo previsão constitucional para monopólio em situações tais, há que ser admitida a exploração também pela iniciativa privada.

Cumpre sublinhar, ainda, que ao ressalvar os casos previstos na Constituição, o art. 173, do texto constitucional, confirma que a exploração direta da atividade econômica poderá ocorrer em outras situações, e não apenas nas hipóteses de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Estes outros casos, no entanto, devem estar expressamente elencados na Constituição, tal como ocorre, p. ex., com as hipóteses previstas no arts. 177 e 21, inciso XXIII.

Não é demais lembrar, finalmente, que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado se dá por meio de suas empresas públicas, sociedades de economia mista e respectivas subsidiárias (arts. 173, § 1º, e 37, incisos XIX e XX, da CF).

2.5 MONOPÓLIOS ESTATAIS

Como já restou explicitado no tópico anterior, o monopólio estatal das atividades econômicas constitui a exceção. Monopólio representa exclusividade na exploração de uma determinada atividade econômica; traduz, por isso, exceção às regras da livre iniciativa⁵² e livre concorrência.

Nesse contexto, as hipóteses de monopólio elencadas na Constituição são discrepantes do substrato teleológico predominante na tessitura normativo-constitucional; por isso, como toda exceção constituem-se em preceitos jurídicos

⁵¹ Bastos (2000, p. 186).

⁵² Livre iniciativa e regulamentação, da atividade econômica: STJ - "A Constituição Federal, no seu art. 170, preceitua que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano." Limitações à livre iniciativa: STJ - "Devem corresponder às justas exigências do interesse público que as motiva, sem o aniquilamento das atividades reguladas" (*Ementário STJ*, no. 111254 - REsp. no. 29.299~6 - RS. Rel. Min. Demócrito Reinaldo, I^o T., unânime, *Diário da Justiça*, 17 out. 1994). .."

sujeitos a interpretação restritiva, tanto em sua abrangência como nas formas pelas quais devem externar-se materialmente⁵³.

Variadas são as razões que levam o legislador a instituir o monopólio sobre algumas atividades econômicas. Segurança, riscos em caso de desabastecimento ou mesmo questões políticas podem determinar a imposição de monopólio em certos ramos da Economia.

No Brasil, atualmente, são três os setores em que a Constituição Federal impõe o monopólio: petróleo, gás natural e minério ou minerais nucleares.

De fato, dispõe o art. 177, do texto constitucional, que constituem monopólio da União:

- I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
- II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
- III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
- IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou derivados básicos de petróleo produzidos no país, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;
- V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

Com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995, o § 1º, do art. 177, passou a permitir que a União contratasse com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei. Referida lei, nos termos do § 2º, deverá dispor sobre:

- I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;
- II – as condições de contratação;
- III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União⁵⁴.

⁵³ Bastos (2000, p. 298).

⁵⁴ Atendendo à prescrição constitucional, foram editadas a Lei nº 9.478/1997, que dispõe sobre a política energética acional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, bem como a Lei nº 9.847/1999, que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis de que trata a referida norma, bem como estabelece sanções administrativas.

Como se pode observar, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 9/1995, manteve-se a União como proprietária das reservas de petróleo e a exploração do petróleo como seu monopólio, porém permite-se que outras empresas, estatais ou não, nacionais ou não, façam a exploração mediante contrato com a União. Ou seja, o monopólio continua da União e a Petrobrás permanece numa posição extremamente privilegiada; a Emenda permite, todavia, que a União repasse a exploração petrolífera à iniciativa privada ou a outras estatais. A Emenda também abre ao setor ao capital estrangeiro, porque não há qualquer restrição a multinacionais⁵⁵.

Remanesce absoluto, no entanto, o monopólio referente às atividades envolvendo minérios e minerais nucleares e seus derivados.

2.6 O ESTADO COMO AGENTE NORMATIVO

Comentamos, linhas atrás, que o Estado brasileiro age na Economia, preponderantemente, duas maneiras: como agente econômico ou como agente normativo. Na primeira situação, atua diretamente na Economia, executando, ele próprio, determinada atividade econômica. Na segunda hipótese, age como ente regulador, fiscalizando, incentivando e planejando a atividade econômica desenvolvida pela iniciativa privada.

Considerando que a exploração estatal direta da atividade econômica já foi objeto de análise, calha, agora, uma observação acerca do papel normativo do Estado no cenário econômico.

Nessa ordem de ideias, estatui o art. 174, da Constituição, que: “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as função de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Extrai-se do texto constitucional, portanto, que atuando como agente regulador da Economia, o Estado desenvolve três atividades principais: fiscalização, incentivo e planejamento.

⁵⁵ Silva (1996, p. 127).

A fiscalização, levada a efeito com lastro no poder de polícia do Estado, destina-se principalmente a assegurar a observância dos princípios constitucionais norteadores da ordem econômica, bem assim inibir o abuso do poder econômico. Visa, ainda, coibir comportamentos desestabilizadores da Economia, vedando condutas nocivas ou impondo aquelas necessárias à manutenção do equilíbrio no mercado.

O Estado pode ainda intervir para propiciar incentivo, que já traz em si a ideia de estímulo, de ajuda, enfim, de concessão de benefícios no implemento da atividade privada. É dizer, o Estado pode incentivar determinados ramos da Economia, quando no seu mais rápido desenvolvimento vislumbrar um interesse coletivo. É o que acontece, notadamente, nas regiões norte e nordeste, onde de há muito implica-se uma política visando à redução das desigualdades regionais (CF, ART. 170, VII)⁵⁶.

O planejamento, por fim, constitui mais uma das formas pelas quais o Estado se apresenta na regulação da ordem econômica. Pontifica Celso Ribeiro Bastos, a propósito, que “o planejamento se dará, inicialmente, por via de uma lei, mas de caráter estrutural, uma vez que refere-se a diretrizes e bases, conforme reza o § 1º, do art. 174, da Lei Maior. No nosso texto constitucional ficam muitos claros estes níveis legais e sublegais em que o planejamento se decompõe. O art. 174, da Constituição refere-se aos atos sublegais. Consta do preceito que a função de planejamento se dará na forma de lei. O § 1º, deste mesmo artigo, deixa certo que a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional”⁵⁷.

Não é demais sublinhar que o planejamento estatal da Economia é meramente indicativo para o setor privado. De fato, além da expressa dicção constitucional, liberdade de planejamento para a iniciativa privada nada mais é que consectário do sistema capitalista e do modelo econômico abraçado pelo constituinte de 1988.

O mesmo art. 174 também traz, em seus parágrafos segundo, terceiro e quarto, disposições de apoio e estímulo às cooperativas e outras formas de associativismo, buscando, com isso, incentivar o ingresso destes organismos no cenário econômico nacional.

⁵⁶ Bastos (2000, p. 230).

⁵⁷ Bastos (2000, p. 265).

2.7 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo⁵⁸.

Nas palavras de Agustín Gordillo, o serviço público tem por finalidade, assim, a satisfação de uma necessidade pública, vale dizer, a soma das necessidades individuais. Não pressupõe necessariamente que todos os indivíduos da sociedade a tenham, bastando a necessidade da maioria⁵⁹.

Dada a relevância dos serviços públicos no cenário econômico nacional, cuidou ao legislador constituinte de prescrever, no Título referente à ordem Econômica, que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação se serviços públicos” (art. 175).

Segundo o parágrafo único do mesmo artigo, à lei ficam confiadas as disposições sobre:

- a) o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- b) os direitos dos usuários;
- c) política tarifária;
- d) a obrigação de manter o serviço adequado.

Em que pese, como se disse, a relevância dos serviços públicos no panorama econômico, é preciso distingui-los das atividades propriamente econômicas.

⁵⁸ Mello (2000, p. 575).

⁵⁹ Gordillo (2000, p. 49-50).

De fato, no modelo capitalista, como é o nosso, as atividades econômicas desenvolvem-se no regime da livre iniciativa, sob a orientação de administradores da empresa privada. Ao Poder Público, excepcionalmente, confere-se a possibilidade de desenvolver atividades econômicas, na forma prescrita pelo art. 173 do texto constitucional. Já o serviço público, de outro lado, é por natureza estatal e em como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sujeito ao regime de Direito Público e sua titularidade não cabe à iniciativa privada⁶⁰.

Na lição precisa de Celso Antônio Bandeira de Mello:

a distinção entre uma coisa e a outra é obvia. Se está em pauta atividade que o texto constitucional atribuiu aos particulares e não atribuiu ao Poder Público, admitindo, apenas, que este, excepcionalmente, possa empresá-la quando movido por imperativos da segurança nacional ou acatado por interesse público relevante, como tais definidos em lei (tudo consoante dispõe o art. 173 da Lei Magna), casos em que operará, basicamente, no regime do Direito Privado, é evidente que em hipóteses quejandas não se estará perante atividade pública e, portanto, não se estará perante serviços públicos⁶¹.

A própria Constituição Federal cuidou de exemplificar alguns serviços públicos. O art. 21 do texto constitucional prescreve, *v.g.*, que compete à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional, bem como explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, de radiodifusão sonora e de sons e imagens, os serviços e instalações de energia elétrica, de navegação aérea, aeroespacial e infra-estrutura aeroportuária, os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros, os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, os portos marítimos, fluviais e lacustres, dentre outros.

Aos Estados foi atribuída a exploração do serviço de gás canalizado e a competência residual para instituir e prestar serviços públicos não reservados à União ou aos Municípios (CF, art. 25 e § 1º).

Compete aos Municípios, de outra banda, prestar os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, bem como os serviços de atendimento à saúde da população, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados (CF, art. 30, incisos, V e VII).

⁶⁰ Silva (1996, p. 779).

⁶¹ Mello (2000, p 583).

Há, ainda, os serviços públicos de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, enumerados no art. 23 da Lei Maior.

Como se disse alhures, o rol de serviços públicos apresentado pelo texto constitucional não é exaustivo. E nem poderia ser de forma diversa, já que à lei municipal cumpre delinear os serviços de interesse local e à legislação estadual compete a previsão de serviços públicos no âmbito estadual, respeitados os limites constitucionais. Mesmo na seara federal, em que pesem valiosos entendimentos dissonantes, parece não haver óbice constitucional à previsão de outros serviços públicos, notadamente porque não se trata, aqui, de exercício de atividade econômica, este sim circunscrito às hipóteses taxativamente previstas na Constituição Federal.

Calha, por fim, uma ponderação a respeito da possibilidade de exploração, por particulares, dos serviços classificados como públicos. Sobre o tema, filiamo-nos ao escólio de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, para quem “nem todos os serviços qualificáveis como públicos privativos do Estado e serviços públicos não-privativos do Estado. Nesta última categoria estão os serviços de educação (arts. 205 e 209 da CF) e saúde (arts. 196 e 199 da CF), que não serão públicos quando desempenhados pelos particulares, uma vez que a Constituição não limitou a prestação deles ao Estado ou a quem, lhe faça às vezes. Embora a assistência à saúde seja livre à iniciativa privada, os serviços são de todo modo qualificados como de relevância pública (art. 197 da CF)”⁶².

⁶² Grotti (2000, p. 47).

3 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A atividade intervencionista no setor econômico constitui uma das características mais proeminentes do Estado Moderno. Ao invés de constituir opção ou faculdade para o Poder Público, a intervenção, atualmente, traduz imperativo ou obrigação.

A intervenção, efetivamente, constitui objeto essencial do Direito Econômico, tanto diretamente, pelo Estado, como indiretamente através dos órgãos administrativos em suas diversas modalidades, mediante técnicas também diversificadas.

Fernando Albino de Oliveira⁶³ relata-nos que a existência de um campo reservado à liberdade de iniciativa constitui-se pressuposto lógico-jurídico da matéria de intervenção do Estado no domínio econômico. Não houvesse tal área circunscrita, não haveria intervenção.

A questão da oportunidade de o Estado intervir ou não já constitui matéria plenamente aceita, pois, já consta do capítulo das Constituições modernas, encerrando diretrizes, princípios e objetivos a atingir, como ocorre com a Constituição Brasileira de 1988, no art.170⁶⁴.

⁶³Oliveira (1976, p. 55). No mesmo sentido, Ferraz Júnior (1978, p. 265).

⁶⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

E, o art. 173 da mesma Carta faculta a intervenção da União mediante lei federal, quando determinado setor de atividade econômica não se apresenta propício a ser desenvolvido por empreendimentos privados. Eis a redação do citado dispositivo constitucional:

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.

Encerrada a questão do dever ou não dever o Estado intervir ou monopolizar ou ele mesmo empreender atividades econômicas, sob os moldes consagrados pelo Direito Privado, resta adotar as técnicas necessárias e eficazes para atingir esses objetivos.

Geraldo Vidigal⁶⁵ designa a intervenção como a transitória presença econômica do Estado no mercado. Analisa ainda, nesse contexto a etimologia da palavra⁶⁶. Assim, toma de diversas expressões, para referir a atuação do Estado sobre a atividade econômica: formas de *participação* e *formas de ação*, entre estas as ações visando a *intervenção* na atividade econômica privada.

Na teoria do intervencionismo administrativo, a intervenção pressupõe, *prima facie*, por um lado, a presença do sujeito ativo, no caso brasileiro, somente a União Federal (Const. Federal, art. 173) e, de outro, o objeto da intervenção ou sujeito passivo da intervenção, correspondente a determinado empreendimento e atividade econômica, sem que isso constitua obstáculo à criação de empresas mistas e mesmo empresas públicas, no âmbito estadual ou municipal.⁶⁷

A intervenção administrativa anota Garrido Falla⁶⁸ supõe uma peculiar intervenção estatal, um tipo de intervenção, que se insere no segundo ramo de relações: nas considerações complementares e não nas paralelas.

Eros Roberto Grau diz-no que O *regime liberal* supunha a conveniência da omissão do Estado em relação à dinâmica do processo econômico - o "laissez-faire,

⁶⁵ Vidigal (ano 1977, p. 94-99).

⁶⁶ Intervenção - oriunda de *Intervir*, ou seja, *vir entre, interpor-se, colocar-se entre* dois objetivos - significava, de início, a crença em que deveria ser momentânea ou, pelo menos, e outra parte, o verbo *dirigir* não contém de si o sentido que se emprestou ao dirigismo, mas apenas os de governar, de comandar, de dar rumo.

⁶⁷ Vidigal (1977, p.99).

⁶⁸ Falla (1987, p. 94).

"laissez-passer" abria campo às manifestações da "mão invisível"⁶⁹, projeção da soma dos egoísmos individuais, que levaria a sociedade aos seus melhores destinos. Quando finda o sonho liberal, esse regime é substituído por outro, que então supõe - repita-se - a substituição daquela "mão invisível" pela *mão visível* do Estado. Sobrevém o *regime do intervencionismo*, que se institucionaliza, fundamentalmente, em regimes jurídicos específicos para a propriedade e o contrato⁷⁰.

Raimundo Bezerra Falcão⁷¹ aprofunda esta ideia sob a ótica social democrata:

A postura intervencionista veio para salvar o mercado. Não buscou eliminá-lo. É, irrecusavelmente, uma saída para o capitalismo, embora tendo que mitigá-lo em suas mais exacerbadas manifestações. Apesar disso, e espelhando o fenômeno inegável da convergência dos sistemas capitalistas e socialista, a intervenção estatal não pode negar sua vinculação genética com certas formulações que obteriam a colhida de qualquer teórico do socialismo [...].

A salvação do mercado, todavia, teve, antes de tudo, que romper determinado círculo de conservadorismo, verdadeira estaca doutrinária levantada pelos teóricos do liberalismo político e econômico. Desbordando do seu árvores tradicional, onde permitia que se escoassem as melhores oportunidades de elevar a vida das massas, onde o Estado armou-se de maior força geratriz de mutações sociais e ordinatórias da economia, tendo como nutriente um novo instrumental de ação⁷².

Os processos e modos de intervenção apresentam-se realmente proteiformes e certos setores de atividade individual exigem do Estado uma posição efetiva e dinâmica, tais como a do setor siderúrgico, de telecomunicações, de combustíveis, de transportes, de energia elétrica, etc. A intervenção administrativa e legislativa, de orientação, de participação e de direção integram-se nas atividades modernas do Estado, ao qual incumbe adequar o tipo ideal de intervenção a determinado empreendimento.

Percebe-se, claramente, que a adoção do regime intervencionista não opera

⁶⁹ O conceito de mão invisível (*invisible hand*) surge com Smith (1979), em que se falava das restrições estatais as importações. Comumente, porém ele é aceito para ilustrar a importância que o individualismo competitivo atribui ao autor, dentro do sistema de liberdade natural e, portanto, em ligação com a filosofia que lhe serve de base ao pensamento econômico.

⁷⁰ Grau (1981, p.60).

⁷¹ Falcão (1981, p.170).

⁷² Falcão (1981, p.172).

a substituição do capitalismo pelo socialismo⁷³; o mercado⁷⁴ subsiste, preservado, como mecanismo de coordenação do processo econômico, pois é justamente no clima de mercado que encontram as condições mais propícias de dinamização os dois valores juridicamente protegidos fundamentais do capitalismo: propriedade privada dos bens de produção e liberdade de iniciativa.econômica. Por isso mesmo é que confirma-se a existência de um comprometimento entre intervencionismo econômico e mercado, eis que aquele está voltado à preservação deste. Desde tal visão, o mercado nutre-se do intervencionismo⁷⁵.

Adotada, a concepção ou tipificação de *intervencionismo*, diremos que as técnicas de atuação do Estado *no e sobre* o processo econômico, voltadas à realização dos fins da *ordem econômica*, são técnicas *intervencionistas*. Isso levam-nos a necessidade de nos determos na consideração dos sentidos das palavras *intervenção* e *intervencionismo*.

Segundo Modesto Carvalhosa⁷⁶ o intervencionismo é típico do neoliberalismo, tendo caráter mecanicista, episódico e de mera resultância. Propõe o impedimento, pelo Estado, dos abusos do poder econômico, para restabelecer a liberdade contratual e de iniciativa econômica ao nível proposto pelo liberalismo, segundo Smith⁷⁷, compreendendo a dinamização de um conjunto de instrumentos estatais a serviço de interesses privados. Já entre as duas grandes guerras, entretanto, a política de atuação do setor público sobre o setor privado, motivada já por razões de justiça social, tem um sentido de *dirigismo coativo*, com manifestações específicas no nazismo e no fascismo. Finalmente, após 1945, motivada agora pelo

⁷³ Marx (1970, p.222) – Mais valia. “A mais valia se origina de um excedente quantitativo de trabalho de duração prolongada do mesmo processo de trabalho, tanto no processo de produção de fios, quanto no processo de produção de artigos de orivesaria.”

⁷⁴ Mercado „Mecanismo que ajusta o consumo, a produção, fixa os preços e as quantidades e os recursos entre si, reparte o rendimento ou fixa os preços dos bens. O mecanismo de mercado, também chamado mecanismo dos preços funciona e num ambiente automático e impessoal --- a mão invisível -- de que falava Smith (1979)”. No sentido lato é o lugar de encontro entre compradores e vendedores de bens e serviços numa acepção abstrata e impessoal. É uma forma de confronto entre milhões de compradores e vendedores, que se realiza diariamente, sem necessidade de se encontrarem num determinado local. Ex: Mercado do petróleo, do ouro, do dólar ou das ações). No sentido restrito ou corrente é um lugar de encontro entre compradores e vendedores de bens e serviços, com caráter permanente e inserido num certo contexto regional. Ex: Feiras livres em cidades e muitos outros mercados que funcionam no país e no estrangeiro em datas previamente fixadas e aceites ao longo dos tempos. NOTA: O mecanismo de mercado liberal ou concorrencial teve o seu apogeu nos séculos XVIII e princípios de XIX. Contudo, nos finais do século XIX, o mecanismo de mercado começou a ser manobrado devido ao aparecimento das grandes concentrações

⁷⁵ Grau (1981, p.60-61).

⁷⁶ Carvalhosa (1973, p. 99) e Carvalhosa (1973, p.143-4).

⁷⁷ Smith (1979, p.13 -14).

ideal de justiça social, objetivando a integração econômica - no caso dos países europeus - a ingerência do setor público reflete uma plena consciência social quanto aos fins e racionalidade quanto aos meios e instrumentos, aí surgindo o *dirigismo racional*.

Marcelo Sciorilli⁷⁸ concorda com o autor anterior, pois relata que tanto o intervencionismo, como o chamado neoliberalismo, surgem como modelos intermediários, ou seja, modelos em que não se observa uma regulação estatal absoluta da Economia e tampouco uma liberdade econômica sem limites.

O intervencionismo surge por volta do início do século XX, sobretudo no Ocidente, pretendendo atribuir um novo papel ao Estado, que também passa a ser conhecido por Estado do Bem-Estar Social⁷⁹ (*Welfare State*). Segundo este sistema, o Estado deve intervir no processo econômico por meio de disposições constitucionais e infraconstitucionais. Passa a atuar como empresário, criando empresas públicas e sociedades de economia mista com o escopo de concorrer com a iniciativa privada. Também fomenta a economia⁸⁰ por meio de incentivos fiscais, empréstimos e subsídios. Tem o Estado, portanto, dupla função: suprir as deficiências do sistema de mercado e implementar objetivos de política econômica definidos em nível político.

O professor Raimundo Falcão⁸¹ relata-nos que:

O Estado não deve se contentar em ser intervencionista. Ele é intervencionista para ser social. Só o intervencionismo não basta. Também, não se justifica por si só. A meta do intervencionismo é transformar o ultrapassado Estado liberalista em Estado Social. Nem tampouco Estado de bem-estar, como alguns preferem chamá-lo, eis que o bem-estar poderia reverter em benefício somente de alguns. Se alguém insiste no composto bem-estar, que se complete a expressão – Estado de bem-estar social.

Concorda com este pensamento Bilac Pinto,⁸²

a intervenção do Estado no domínio econômico não se operou, porém, mediante planos prévios ou como consequência de uma preparação doutrinária. Ao contrário disso, ela teve caráter fragmentário e se foi operando por considerações de oportunidade prática, no curso de vicissitudes de uma longa história.

⁷⁸ Sciorilli (2004, p.7).

⁷⁹ Keynes (1953).

⁸⁰ Bastos (2000, p. 84).

⁸¹ Em flagrante defesa da social democracia, Falcão (1981, p.179-180) a retrata neste tópico.

⁸² Pinto (1954, p. 44).

Para que o interventionismo estatal se faça proveitoso, é *mister* que não aja de maneira casuística e improvisada, ou num comportamento que seria certamente ainda mais infeliz, de forma aleatória. Em face disso, é que aflora patente a importância do planejamento, ao se cogitar da decisão interventiva.⁸³

3.2 TIPOS DE INTERVENÇÃO

3.2.1 Legislativa e administrativa

É clássica, na discussão, a classificação de Guido Zanobini⁸⁴, segundo a qual as intervenções se apresentam sob duas formas: a *legislativa* e a *administrativa*, segundo a origem de poderes (funções) emanada das ações estatais. Buscando critérios específicos para definir uma classificação mais lata das modalidades de intervenção, no entanto, defrontar-nos-emos com posições relativamente dispares desta singular expressão.

3.2.2 Intervenção por legislação, administração direta ou indireta e cooperação

Themistocles Cavalcanti⁸⁵, por sua vez, reportando-se ao texto da Constituição de 1946, por sua vez, elenca as seguintes modalidades de intervenção:

- a) através do poder normativo, todas as suas modalidades e toda a hierarquia legislativa;
- b) através de medidas de polícia, disciplinadoras das atividades privadas, e executando medidas exigidas pelo interesse público;
- c) assumindo o Estado serviços entregues anteriormente à atividade privada, ou tomando a iniciativa de serviços industriais ou comerciais (art. 146);

⁸³ Falcão (1981, p.175).

⁸⁴ Zanobini (1958, p. 411).

⁸⁵ Cavalcanti (1954, p. 24-25).

d) cooperação com os particulares, sob todas as formas, para a realização de serviços e obras de interesse público". Os meios de intervenção - completa o mesmo autor - são: *legislação, administração direta ou indireta, cooperação*.

3.2.3 Indireta, direta não monopolística e direta monopolística

Miguel Seabra Fagundes⁸⁶, citando à Constituição de 1967, demonstra a existência de "três modalidades de intervenção estatal na economia":

- I) a de disciplina de controle, ou indireta (§ 8º citado - do art. 157 - primeira parte); seria prevista no art.174 da atual Carta Magna, onde o papel fiscalizador do estado se faz presente;
- II) a de exploração direta não monopolística (§ 1º citado - do art. 163); seria a prevista no art.175 da CF/88, como as concessões públicas, reguladas em lei;
- III) a de exploração direta monopolística (§ 8º. citado - do art. 157 - segunda parte), seria a prevista no art.177 da CF/88, como a exploração de petróleo e gás natural.

3.2.4 Intervenção Indireta ou Direta

Por essa forma, o Estado orienta e traça a política econômica estrita, também chamada "administração ordenadora", mediante os instrumentos ou mecanismos estatais que encerram o sistema econômico com vistas a certas finalidades prefixadas pelo Estado. Esse processo conforme ensina Roberto Dromi,⁸⁷ geralmente legislativo, nem sempre coativo, senão comumente de coerção indireta (estímulos), traduz-se em programas de ajuda, subvenções articuladas em uma política de fomento, planos de desenvolvimento entre outros, que põem também em marcha a participação privada na atividade econômica, mediante juntas, consórcios, corporações, etc.

⁸⁶ Fagundes (1968, p. 165).

⁸⁷ Dromi (1987, p. 10).

Intervenção Direta - Por meio de intervenção, também denominada "administração prestacional", o Estado figura como sujeito do empreendimento econômico, participando e dirigindo o empreendimento.

Constitui, dessarte, uma intervenção estatal administrativa, geralmente através de empresas (empresas públicas e sociedades de economia mista). Essa intervenção direta pode ser efetivada:

a) Por participação em situação de competência ou pelo menos não substitutiva da atividade econômica privada, como seja, para exemplificar, os transportes, produção de aço, indústria automobilística, etc.

b) Por substituição de atividades econômicas privadas, que incorporem ao setor público, v.g., petróleo, gás, energia, telecomunicações, etc., com caráter de monopólio⁸⁸ e, portanto, inteiramente excludente da participação privada.

O Estado, portanto, necessita, muitas vezes, descer de seu pedestal, de seu poder de império, e figurar na arena da luta do setor privado, ombreando com as demais empresas particulares, através dos entes que também se plasmam sob os moldes do Direito Mercantil ou de qualquer outra forma admitida em direito (Decreto-Lei nº 200/67).

Suas empresas, consoante determinações constitucionais regem-se pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações (Constituição Federal, art. 173, § 2º), e o regime tributário das que não constituem atividades monopolísticas, se identificam com o das demais empresas privadas (Lei nº 6.264, de 18.11.75).

O Estado através de seus entes da Administração Pública indireta — empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações — exerce a gestão econômica em certos setores específicos, seja organizando, controlando ou incentivando.

Marcelo Sciorilli⁸⁹ relata que dentro deste cenário, que vive o Estado

⁸⁸ Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarburetos fluidos;
 II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
 III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
 IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;
 V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

brasileiro, ao que parece uma transição do modelo intervencionista para o neoliberal. Tem-se observado, de fato, a saída gradativa do Estado brasileiro do ramo empresarial, com os cada vez mais freqüentes processos de privatização. Preservam-se, de outro lado, os mecanismos de regulação e fomentação da economia, como forma de se inibir, por exemplo, o abuso do poder econômico.

Com efeito, para exemplificar, a empresa pública BNH, que controlava o Sistema Nacional de Habitação e, no setor de produção de açúcar e de álcool, a autarquia Instituto do Açúcar e do Álcool (IAA), à qual conferiu a Lei poderes de disciplinar, controlar as atividades correlacionadas com o setor e, inclusive, exercer o poder de polícia sobre os respectivos produtores, podendo, até mesmo, cobrar contribuições parafiscais e impor multas por infrações cometidas.

Poderíamos, assim, cindir a intervenção através dos órgãos da administração indireta, como *intervenção de coordenação e controle econômico* e *intervenção de produção*, em que a entidade figura, respectivamente, como disciplinadora do setor e como produtora. Nesse particular, o sistema administrativo brasileiro aproxima-se do sistema português, tal como exposto por Augusto Ataíde,⁹⁰ em sua excelente monografia intitulada Elementos para um Curso de Direito Administrativo da Economia, embora se afirme que o sistema brasileiro de intervenção administrativa teve um surgimento, até certo ponto desordenado e dissociado de moldes preestabelecidos ou mesmo planejados, consoante observação de Bilac Pinto⁹¹ que,

a intervenção do Estado no domínio econômico não se operou, porém, mediante planos prévios ou como consequência de uma preparação doutrinária. Ao contrário disso, ela teve caráter fragmentário e se foi operando por considerações de oportunidade prática, no curso das vicissitudes de uma longa história.

Mesmo assim, é de se reconhecer, certamente, mercê da coincidência que só ocorrer com o pensamento lógico, certo delineamento doutrinário das formas de gestão econômica, tais como indicados por Villar Palasi⁹²:

⁸⁹ Sciorilli (2004, p.8).

⁹⁰ Ataíde (1970, p. 146).

⁹¹ Pinto (1954).

⁹² Falla (1962, p. 156).

- a) O Estabelecimento Público Intervencionista que se caracteriza, por um lado, porque tem personalidade jurídica independente, por outro, porque tem poder de império *erga omnes*, isto é, que perante os administradores aparece como portador de poderes públicos.
- b) A chamada empresa pública, que se caracteriza pela autonomia e personalidade jurídica distinta da personalidade da administração pública intervencionista por exercer império *erga omnes* e o poder de que dispõe é simplesmente interno, para sua própria organização.

A Empresa Própria, em que o Estado produz determinados bens mediante uma entidade que se integra em sua própria estrutura, sem diferenciação orgânica suficiente para dotá-la de personalidade jurídica própria (ex. Serviços de publicações dos Centros Oficiais, de revistas).

O Acionariato do Estado — que supõe a existência de uma série de empresas com forma mercantil de sociedade anônima. O Estado intervém nessas sociedades porque possui um determinado volume de ações, que pode chegar até a totalidade, convertendo a sociedade anônima em sociedade anônima de um sócio (*one's man company*) e desvirtuando, portanto, a própria essência da sociedade anônima. Esse acionariato do Estado pode ser determinado, seja por razões de ordem fiscal ou pode ser um acionariato que se poderia chamar de gestão, precisamente, para dominar ou influir no mercado através dessas empresas

Empresa Pública. A empresa pública, em sentido estrito, já integra com particular expressão vários setores de atividade econômica do País, e já conta com conceituação determinada pela Reforma Administrativa Brasileira, introduzida pelo Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67, assim delineada:

Art. 5º — Para os fins desta lei, considera-se:

I — omissis.

II — Empresa Pública — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital *exclusivo da União*, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o governo seja levado a exercer por força de *contingência* ou de *conveniência* administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

Tem-se debatido, doutrinariamente, os critérios definidores da empresa pública. Primeiramente, encontra-se em posições cardiais, a doutrina que procura firmar-se sobre o *critério do capital público* e outra doutrina que preconiza o *critério da direção pública*. Assim, a entidade será considerada empresa pública, se o capital for totalmente do governo, e, se for adotado o segundo, a entidade será empresa pública se dirigida pela Administração. Outras posições doutrinárias procuram

harmonizar esses critérios com outros subcritérios tais como, a prossecução de um interesse público, atendimento ao público, criação por lei, etc.

A análise da posição legal consubstanciada no Decreto-Lei n° 200/67 revela que o Brasil ficou em posição eclética concentrando na definição legal tanto a característica da publicação do capital, o interesse público implícito por integrar a Administração Pública Federal, além dos subcritérios acolhidos pelos doutrinadores estrangeiros e que se descrevem na noção econômica de empresa, como unidade de produção de bens e serviços.

O elenco das empresas públicas *strícto sensu* é do tipo unipessoal, ou seja, com um só acionista (*one's man company*), a União, já se configura bastante expressivo nos diversos setores de atividade econômica.

Sociedade de Economia Mista. Outra maneira de intervenção direta do Estado no setor econômico é a sociedade de economia mista ou entidade plasmada sob a forma de sociedade por ações em que o Poder Público fica como acionista majoritário, mantendo o mínimo de 51% das ações com direito a voto, ao lado de outros acionistas: pessoas jurídicas de direito público (Estados ou Município), pessoas jurídicas de direito privado e pessoas físicas.

A Reforma Administrativa da União (Dec.-Lei n° 200/67) também encerra a sua definição nos termos subsequentes:

Art. 5.º — Para os fins desta lei, considera-se:

II — Sociedade de economia mista — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria, à União ou à entidade da administração indireta.

Doutrinariamente, é comum a conceituação de economia mista expressando a associação do capital público, seja do Estado ou de outras pessoas políticas, com capitais particulares. É nesse sentido a caracterização fornecida pelo jurista gaulês George Ripert,⁹³ que reconhece a dificuldade de uma definição precisa: "Dá-se o nome de Economia Mista a uma forma de exploração em que o Estado, ou outra coletividade pública, se associa aos capitais privados."

⁹³ Ripert (1959, p. 709).

Henri Zwahlen⁹⁴ também se fixa no critério da participação público-privada para exploração de negócios de interesse geral por parte do Estado e interesses privados, por parte dos particulares: "Uma empresa de economia mista é aquela de cuja direção participam pessoas públicas, que têm em vista o interesse da comunidade, e pessoas privadas, que têm em vista seu interesse particular. Sua estrutura é, na realidade, de uma sociedade comercial, e constitui o meio ideal para essa colaboração."

Para Bonnard⁹⁵ tem-se forma especial de "sociedade anônima que comprehende uma participação financeira e administrativa da autoridade concedente à sociedade, de tal maneira que essa dupla participação se encontra fazendo parte da sociedade na conformidade das regras especiais que diferem do direito comum comercial aplicado aos sócios das sociedades anônimas ordinárias".

E o argentino Hector Câmara⁹⁶ também segue idêntica posição focalizando a comunhão de capital, de interesse e de atividade administrativa: "Sociedade de economia mista é aquela que se submete, em suas linhas essenciais, às sociedades por ações, de que participam como acionistas e administradoras conjuntamente, uma ou mais pessoas jurídicas públicas com sujeitos privados, para a persecução de fins econômicos de interesse geral."

A participação pura e simples de capital público com capital privado não caracteriza a sociedade de economia mista. A União participa do capital de várias empresas particulares sem que esse fato as transforme em entidade dessa natureza. O exemplo apontado pelos autores brasileiros é o caso da Cervejaria BRAHMA, de cujo capital a União veio a participar em decorrência de desapropriação de ações cujos titulares eram súditos do "eixo", sem que tal participação a tenha transformado em economia mista.

O posicionamento da entidade no campo do direito público, ou do direito privado, também constitui objeto de longos debates doutrinários, procurando-se uma terceira posição conciliatória, qual seja o *direito econômico*.

⁹⁴ Zwahlen (1953, p. 39).

⁹⁵ Bonnard (1978, p. 704).

⁹⁶ Câmara (1959, p.3).

A sociedade de economia mista não seria um ente do direito privado nem do direito público, seria enquadrada preferentemente no direito econômico, consoante afirmação de Hamel⁹⁷

Nessa matéria, estamos entre o direito público e o direito privado, e como preconizei a criação de um *direito econômico*, que não seria nem público nem privado, parece-me que aí devia estar a sociedade mista, num regime especial. Não é estritamente do direito privado, considerando que o Estado participa com poderes consideráveis, que falseiam o sistema comum, pela autoridade que encerram.

Por outro lado, não acreditamos que seja direito público, levando em conta que as sociedades funcionam como sociedades do direito comum no que se refere a terceiros e ao pessoal. Estamos, justamente, num terreno em que não sabemos se nos regemos pelo direito público ou pelo direito privado. Não ouso dar uma resposta: "sim" ou "não". Dou uma resposta vaga mas que, creio, corresponde à realidade das coisas".

Em síntese, poderíamos alinhar as seguintes *características essenciais* das sociedades de economia mista no sistema jurídico brasileiro:

- a) São *entidades de Direito Econômico, dotadas de personalidade jurídica de direito privado* (Decreto-Lei nº 200/67); b) *Criação por lei* (Decreto-Lei nº 200/67 e art. 236, da Lei nº 6.404/76); c) *Objetivo social de exploração de atividade econômica determinado na lei básica de criação* (Dec.-Lei número 200/67 e Lei nº 6.404/76); d) *Forma estrutural de sociedade anônima e sujeição à respectiva Lei de Companhias* (Lei nº 6.404/76); e) *Participação majoritária no capital social, por parte da União ou de entidade da administração pública indireta* (Dec.-Lei nº 200/67); f) *Quando consideradas abertas, sujeição às normas da Comissão de Valores Mobiliário -CVM(Lei nº 6.404/76); g) Não sujeição a processo falimentar, porém sujeição de seus bens a execução e a penhora, respondendo, subsidiariamente a pessoa jurídica controladora* (art. 242, da Lei nº 6.404/76).

3.2.5 Intervenção por absorção ou participação, por direção ou por indução

⁹⁷ Hamel (1957, p. 550).

Eros Roberto Grau⁹⁸ diverge das classificações anteriores sugerindo a atuação interventionista do Estado, na sua dinamização, em três modalidades diversas:

- a) *intervenção (ou ação) por absorção ou participação*: que ocorre quando a organização estatal assume - parcialmente ou não - ou participa do capital de unidade econômica que detém o controle patrimonial dos meios de produção e troca;
- b) *intervenção (ou ação) por direção*: que ocorre quando a organização estatal passa a exercer pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica;
- c) *intervenção (ou ação) por indução*: que ocorre quando a organização estatal passa a manipular o instrumental de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento do mercado.

O destaque de tal tipologia repousa sobre a circunstância de que a dinamização de cada uma das modalidades de ação considerada envolve a adoção de critérios e técnicas jurídicas inteiramente distintos entre si. Assim, a primeira distinção a apartá-las, umas das outras; está em que, ao passo que a modalidade de *intervenção por absorção e participação* demonstra a atuação do Estado no processo desempenhando ele, então, o papel de sujeito no processo - as demais consubstanciam atuação dele sobre o processo econômico - atribuídas ao Estado, então, funções de ordenação do processo. É logicamente que as posturas assumidas, em uma e outra hipóteses, colocam o Estado em posições jurídicas inteiramente diversas. Somando-se a isso, é certo também que os conjuntos de normas de *intervenção por direção* e de *intervenção por indução* apartam-se entre si de modo claro e preciso. Na primeira hipótese, estamos diante de comandos imperativos, definidos pelo seu caráter cogente, impositivos de determinados comportamentos, a serem obrigatoriamente cumpridos pelos agentes no processo econômico. Já no segundo, encaramos normas que, embora apontem uma determinada conduta ou organização a ser seguida pelo seu destinatário, não o obrigam juridicamente a segui-la, deixando em aberto outras opções a serem por ele adotadas. A 'norma típica de *intervenção por direção* estabelecer-se-á no tabelamento

⁹⁸ Grau (1981, p.65).

do preço de um determinado produto. A de *intervenção por indução ou fomento, por sua vez*, na definição de estímulos ou incentivos à adoção de um determinado comportamento, a cujo desatendimento pelo agente econômico, não obstante, não corresponde a aplicação de uma penalidade de caráter jurídico. Claramente, então, se vê, desse modo, serem também distintos os critérios e técnicas normativas aplicáveis a uma e outra daquelas modalidades.

3.2.6 Intervenções por Via Unilateral e Convencional

A intervenção unilateral ou através de medidas de iniciativa e ditadas pelo Governo tem constituído a modalidade mais típica e tradicional de intervenção pública na economia. O Estado, anota Laubadere⁹⁹ regulamenta, autoriza e interdita, na conformidade da Lei e do regime jurídico.

Além desse modo de penetração do Estado no âmbito econômico, verifica-se também a técnica de intervenção mediante acordo e contratos regidos por normas de Direito Público Econômico.

A economia dos contratos também encerra diversificadas maneiras de intervenção do Poder Público. A Constituição, conforme lembra Modesto Carvalhosa¹⁰⁰, não se limita a estabelecer normas de relacionamento entre as entidades econômicas públicas e privadas, de um lado, e o Poder Público de outro, visando o acesso e o exercício de atividade econômica, como, *verbi gratia*, nas hipóteses do art. 8º, n° XV, arts. 168, § Iº 173 e 174".

E, continua o autor, sobre as normas de intervenção constantes do Texto Máximo do País: "Determina que a lei estabelecerá regras estatutárias, destinadas a se tornarem cláusulas negociais nas relações contratuais públicas de concessões de atividades (art. 167), como também nas relações privadas constitutivas e operativas que se estabelecem, respectivamente, nos contratos plurilaterais e bilaterais."

Além disso, a autonomia da vontade negocial também encontra os limites intervencionistas do Estado, consoante diversos dispositivos constitucionais. Assim,

⁹⁹ Laubadere (1976, p. 23).

¹⁰⁰ Carvalhosa (1973, p. 36).

o art. 175 impõe ao regime da concessão¹⁰¹ (inspirado no art. 167 da Constituição anterior) a obrigação de manter o seguinte:

- a) obrigação de manter serviço adequado; b) tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e c) fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas no contrato.

Esse dispositivo, como lembra Carvalhosa, além da limitação da autonomia da vontade encerra exceção ao princípio do direito adquirido previsto no art. 153, § 3º, quando possibilita a revisão de preços, "ainda que estipuladas no contrato".

Em consequência, tanto o contrato de concessão como aqueles firmados entre ela e os consumidores terão alteradas suas cláusulas de preços, independentemente de permanência das demais cláusulas negociais.

Outro exemplo marcante da restrição da autonomia da vontade e penetração do Estado na atividade negocial é o disposto no art. 34, nº I, da Constituição Federal, quando excepcional da restrição ali contida, o contrato com *cláusulas uniformes*, firmado com pessoas jurídicas de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou concessionária de serviço público.

A uniformização das cláusulas em instrumentos padronizados já encerra por si mesma uma restrição da liberdade negocial, não se permitindo ao cliente das mencionadas entidades discutir as condições ali expressas. Configura-se o tipo do contrato de adesão em que o idêntico modelo servirá para a realização de todos aqueles que preencham idênticas condições.

3.2.7 Intervenção Global ou Macroscópica

¹⁰¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado

Conforme se destinam a intervir na economia em seu conjunto, como medidas ou empreendimentos de caráter nacional ou simplesmente Regionais ou Setoriais.

No sistema brasileiro, encontram-se empreendimentos ou medidas destinadas a abranger a economia em sua totalidade bem como empresas ou órgãos de caráter setorial ou regional, tais como a EMBRATUR, a TELEBRÁS, a SUDENE, a SUDAM, o BNH e o BASA¹⁰².

Em síntese, poderíamos afirmar que a intervenção ou participação do Estado na economia nacional constitui fenômeno constante de toda a sociedade atual e se concretiza, principalmente, através das seguintes medidas: a) Regulamentação direta da atividade econômica; b) Política monetária e de crédito; c) Política orçamentária; d) Participação direta na produção mediante ação das empresas estatais.

¹⁰² Órgãos da administração pública já extintos pelas diversas reformas administrativas dos governos de plantão.

4 O PLANEJAMENTO ECONÔMICO

4.1 PLANEJAMENTO GOVERNAMENTAL

O planejamento constitui uma das funções básicas da administração científica, seguindo-se a organização, o comando, a coordenação e o controle.¹⁰³

Pela operação de planejar, o Estado ou a empresa determinam, antecipadamente, em consonância com normas e diretrizes prefixadas, a programação a ser atingida na execução de seus objetivos.

Eros Roberto Grau¹⁰⁴ define o planejamento extensivamente como sendo uma forma de atuação de que lança mão o Estado também ao tratar de outras matérias, não especificamente econômicas; daí os institutos de planejamento urbano e de planejamento metropolitano.

Os objetivos, por sua vez, traduzem não somente as finalidades essenciais do Estado, como também as metas pré-estabelecidas e que deverão ser atingidas, para o que são elaboradas as normas necessárias.

Em sentido lato, o termo planejamento encerra diferentes acepções, em harmonia com os diversos empreendimentos. Daí, o imperativo de se situar, previamente, a distinção em planejamento social, econômico, administrativo ou programação do trabalho.

Alguns autores sustentam a defesa, inclusive, da existência de um direito do planejamento. A tese da existência de um Direito do Planejamento, entretanto, ganha relevo, definitivamente, na exposição de Geraldo Vidigal¹⁰⁵. Não obstante, a um Direito como tal referiu, de modo restrito e brevíssimo, Gerard Farjat¹⁰⁶: este

¹⁰³ Cf. Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67, art. 7º.

¹⁰⁴ Grau (1981, p.37).

¹⁰⁵ Vidigal (1973, p.33). O autor defende a idéia da divisão do Direito Econômico em três postulados: Direito Administrativo Econômico, o Direito do Planejamento e o Direito da Organização de mercados ou Direito Econômico, em sentido estrito.

¹⁰⁶ Farjat (1971, p. 114-119).

autor menciona um Direito da Planificação, como consequencia da normatização dos meios de execução do plano, mas em seguida cala-se sobre a questão.

Na postulação de Vidigal, entretanto, o Direito do Planejamento, é exposto como tendente a afirmar-se como disciplina autônoma, no quadro do Direito Público¹⁰⁷. Sua idealização é disposta sobre a oposição entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional¹⁰⁸. Surge o Direito do Planejamento, assim, como decorrência da ampliação das funções do Estado e da consagração dos ideais de ordem, segurança e paz, dos ideais sociais de justiça-social e desenvolvimento.¹⁰⁹

No aspecto econômico, a planificação pode-se definir como um processo utilizado pelo Estado com vistas a precisar claramente a orientação ao mesmo tempo desejável e possível da evolução econômica em função dos resultados previsíveis do futuro e de estimular pêlos meios apropriados.

Quanto à idealização de Farjat a um Direito da Planificação¹¹⁰, não subsiste a observações do próprio autor. Já que, se admite ele próprio que os meios de execução do plano são meras técnicas de Direito Econômico, cuja existência independe do plano, não há como referir um Direito da Planificação, produto da normatização daqueles meios.

Farjat acredita na mudança social. E esta acarretaria a mudança nas práticas do próprio Estado. Mutações tiveram de ocorrer, portanto. E, entre elas, mutações que, segundo Farjat, podem ser enfocadas em quatro “*types de mutations techniques*”:

- *dans les techniques du commandement;*
- *dans l'évolution de la notion de service public;*
- *dans l'apparition de l'État entrepreneur;*

¹⁰⁷ Farjat (1971, p. 116).

¹⁰⁸ As regras constitucionais definem um determinado equilíbrio político, traçam limitações aos agentes do poder e compõem o quadro dos fins essenciais e permanentes que a comunidade prescreve. Já as regras do Direito Administrativo visam ao ordenamento dos meios, em concreto, para a consecução de fins previamente definidos: o Direito Administrativo compreende o universo dos meios para a perseguição de *fins* contidos nas normas do Direito Constitucional. Para Vidigal, modernamente coloca-se um "vazio" entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo. Tal "vazio" - inexistente no Estado Liberal quando os fins se limitavam aos planos da ordem, segurança e paz – é atualmente preenchido pelo Direito do Planejamento (FARJAT, 1971, p.117).

¹⁰⁹ Grau (1981, p.34).

¹¹⁰ Farjat (1971, p.109 e 113).

- *dans l'utilisation de techniques mixtes".¹¹¹*

O novo Direito Econômico surge englobando um complexo de técnicas jurídicas à disposição do Estado no trabalho de efetivar a política econômica. Essas técnicas, conforme anota Konder Comparato¹¹², "são coordenadas num quadro geral que exprime o conjunto da política econômica, e que é o plano".

O plano é o documento jurídico-político no qual os poderes públicos analisam as orientações para um período determinado.¹¹³ Para elaboração deste documento, o Estado terá de: a) *definir os objetivos*; b) *determinar quais os recursos materiais e humanos para a sua realização*; c) *determinar os métodos e formas de organização*; d) *estabelecer medidas de tempo, quantidade e qualidade*; e) *localização espacial de atividade* (setorial ou global); f) *outras especificações necessárias com vistas a abranger de maneira racional as condutas*¹¹⁴

Para Landauer¹¹⁵, o planejamento se define como a "*direção das atividades econômicas por um organismo da coletividade, valendo-se de um projeto que descreve em termos qualitativos e quantitativos os processos de produção que devem levar-se a cabo durante um período determinado do futuro.*"

Nesse trabalho assim especificado, o Estado vale-se de diversos tipos de *normas*, dentre as principais, salientam-se: as *programáticas, dispositivas, proibitivas, reflexivas, descritivas, nitidamente perceptíveis* em face dos doze princípios básicos para a técnica de planejar, assim sintetizados por Hugo Haan¹¹⁶.

1. usa métodos científicos e dados revelados por pesquisas;
2. estabelece, por meio do processo científico, padrões determinados de execução para cada setor de ação;
3. usa esses padrões como elementos para regular o intercurso organizado de forças convergentes para objetivos pré-estabelecidos e como instrumento para medir os graus de efetivação dos planos expressos em termos de padrões;
4. prefere o tipo funcional aos tipos de organização militar (burocrática), controle cooperativo à autoridade e compreensão à mera obediência;
5. pretende estabilizar e evitar as mudanças rápidas e excessivas na vida econômica;

¹¹¹ Farjat (1971, p.177). Os quatro tipos de mutações técnicas: a.) Das técnicas de comando, b.) da evolução da noção de serviço público, c.) do surgimento do estado empreendedor, d.) Da utilização de técnicas mistas.

¹¹² Comparato (1965).

¹¹³ AUBY ;DUCOS-ADER. 1966, p. 437.

¹¹⁴ Amato (1971, p. 102).

¹¹⁵ Landauer (1945, p. 21).

¹¹⁶ Haan (1946, p.52).

6. segue a lei de extensão do ponto mais estreito para o mais largo;
7. deve ser baseado em unidade de planejamento — unidades geográficas — regiões; unidades econômicas — indústrias e unidades políticas — nações;
8. não é limitado no tempo — como a maior parte dos planos — mas representa um roteiro permanente de realização dirigida;
9. busca seus incentivos mais nos efeitos, que nos lucros;
10. foge de hábitos cristalizados e da opinião de que a economia, a indústria, os negócios, a produção etc. são fins em si mesmos, e estabelece seus objetivos fora disso, no levantamento sólido dos padrões gerais de vida;
11. não pode, dessarte, ser totalmente econômico ou totalmente social, mas deve ser de caráter social-econômico;
12. confia na evolução, não na revolução e, portanto, adota a política da paciência que julga, o progresso em termos, não de anos ou de décadas, mas de gerações, de conformidade com um Plano mais amplo.

Analizando-se claramente a questão, cumpre inicialmente verificar que o planejamento não é *modalidade* de ação estatal; o planejamento simplesmente *qualifica* a ação do setor público *sobre e no processo econômico*¹¹⁷, enquanto forma racional de tomada das decisões a que corresponde tal atividade - na medida em que seja esta processada sistematicamente, tendo em vista fins predeterminados.

O planejamento é, logo, *forma* de ação estatal, exercitada sob qualquer de suas *modalidades*.

Como princípio básico da democracia, traduz-se pela necessidade de o planejamento ser a "expressão inteligente e ordenada da vontade popular".¹¹⁸ Tal expressão, entretanto, tratando-se de democracia representativa, é óbvio, que a aprovação das políticas de planejamento bem como sua execução far-se-á através dos Poderes Legislativo e Executivo, usando este último do direito de veto (Constituição Federal, arts. 66, § 5º. e art. 71) em sintonia com o sistema de "freios e contrapesos".

Conseqüentemente, as limitações ou restrições ao direito de propriedade garantido pela Constituição Federal (art.5º caput, p. exemplo), poderão constar dos planos de desenvolvimento, nas condições previstas no próprio Texto Máximo, condicionando-se o regime democrático essencialmente na maneira por que a política governamental for formulada e executada.

As normas jurídicas dos planos brasileiros de desenvolvimento já se apresentam bastante numerosas. Embora não apresentem rigorosa correlação

¹¹⁷ Grau (1981, p.36).

¹¹⁸ Queiroz (1982, p.31)

lógica e sistemática dos assuntos constantes de seus artigos, poderão oferecer material de análise e estudos sob o título de um "direito brasileiro da planificação".

4.2 OS DIVERSOS PLANOS GLOBAIS

Tem-se observado que a partir de 1930, o planejamento econômico, traduzindo previsão de atos e resultados na esfera administrativa e financeira, iniciou a preocupar o Governo brasileiro.

Porém, como técnica de gestão dos negócios públicos, abrindo meios para efetivação da dinâmica do desenvolvimento econômico e social, somente se tem verificado por volta dos últimos quinze anos.

O ano de 1961 representa um marco de bastante significação para a história do planejamento governamental brasileiro. Com efeito, na afirmação de Fernando Bessa de Almeida¹¹⁹, da EBAP, "os planos elaborados anteriormente a 1981 devem ser considerados apenas como tentativas de programação de gastos públicos e não propriamente como planejamento econômico na acepção técnica dessa expressão".

Tais planos não visavam à implantação de uma estrutura econômica que, como o aproveitamento total de nossos recursos, permitisse uma elevação da capacidade produtiva e a melhoria do padrão de vida do povo brasileiro. Não estavam relacionados com o processo de desenvolvimento econômico do País, que abrange todas as atividades governamentais ou uma grande maioria delas.

Os referidos planos tinham em vista tão-somente a realização de alguns empreendimentos considerados fundamentais e foram elaborados sem um estudo básico geral, regional e setorial da economia brasileira, à luz da evolução até então ocorrida. Nenhum desses planos, ademais, previa, como seria de desejar, uma coordenação entre as atividades federais, estaduais e municipais para consecução de um objetivo comum.¹²⁰

¹¹⁹ Almeida (1970, p. 115).

¹²⁰ Almeida (1970, p. 116).

Essas observações procedem integralmente se analisadas com o devido cuidado os documentos básicos dos planos anteriores àquela data. Com efeito, em síntese, tivemos as tentativas de planificação a seguir.

4.2.1 Plano de Obras e Equipamentos

Em 1943, foi instituído pelo Presidente Getúlio Vargas, o chamado Plano de Obras e Equipamentos, através do Decreto-Lei nº 6-144, de 25.12, como sucedâneo do Plano Especial de Obras Públicas e Preparo da Defesa Nacional (Decreto-Lei nº 1.058, de 19.1.39), que se restringia ao setor de defesa, por influência do Conflito Mundial de 39 e 45.

Como objetivo de singular ênfase, o Plano destinava-se à execução de obras públicas de infra-estrutura a cargo do Ministério da Viação e Obras Públicas, bem como na criação de indústrias básicas que *fossem suscetíveis* de provocar a integração do processo industrial do País.

Em seu âmago, o Plano poderá ser resumido administrativamente, nos seguintes pontos: legitimado pelo citado Decreto-Lei nº 6.144, de 25.12.43, teve seu orçamento aprovado pelo Decreto-Lei nº 6.145, de 29.12.43.

Trata-se de uma época de governo discricionário, em que o Congresso Nacional encontrava-se em recesso, consequentemente, não participando a opinião pública e o setor privado de sua elaboração¹²¹.

Estava prevista a aplicação de verbas expressivas, oriundas de operações cambiais e bancárias em que participasse o Governo Brasileiro. O prazo de vigência fora prefixado para cinco anos, sendo seus objetivos, limites de atuação, prazos intermediários de execução pouco definidos.

O órgão encarregado da elaboração desse Plano foi a Comissão de Orçamento, do Ministério da Fazenda, confirmado-se assim uma completa

¹²¹ Souza,(1968, p. 64)

"ausência de unidades setoriais de planificação em nível de cada Ministério ou órgão público".¹²²

Para fins de execução do Plano, foram previstas duas formas específicas de orçamento: o de *inversão* e de *custeio*. A Comissão salientou os pontos positivos de um procedimento orçamentário especial para fins de possibilitar a implantação de indústrias e a realização de obras do Governo valendo-se de maior rapidez no processo contábil, suscetível de se ajustar às técnicas de construção de obras de grande porte, independentemente da disciplina burocrática caracterizadora da execução do orçamento ordinário. Também essa orientação possibilitaria um grau maior de centralização executiva e de controle com visão integrada do processo de execução.

Em decorrência do prazo de cinco anos, a sua execução deveria ficar sujeita ao critério dos quintos do orçamento global de inversão, para aplicação anual.

Assim, na observação de Nelson Mello de Sousa¹²³, "o orçamento global era de 5 bilhões de cruzeiros (cerca de 250 milhões de dólares anuais), e, de outro, a ausência de projetos quantificados de acordo com cronogramas exatos".

Se tal fosse o caso, o fluxo financeiro deveria ajustar-se às necessidades de recursos dos projetos por etapa de construção, e não a um tipo de divisão matemática do montante global de inversões, como foi prevista para a técnica de administração financeira do plano.

Esse fato continua o citado mestre, "evidencia a extrema debilidade na técnica de planejamento que considerava como projeto um conjunto de intenções especificadas sobre a criação de determinadas obras de infra-estrutura ou de certas empresas industriais."¹²⁴

'Não se destinando ao desenvolvimento e sim mais propriamente à defesa nacional, os recursos programados tiveram sua autorização de desembolso através de créditos extraordinários não integrando os recursos normais destinados a custeio ou a inversões.'

O então chamado orçamento especial assegurava de maneira incipiente o relacionamento — plano e orçamento — mediante uma precontabilização dos gastos

¹²² Souza,(1968, p. 67)

¹²³ Souza,(1968, p.67)

¹²⁴ Souza(1968, p.69)

que deveriam ser distribuídos como créditos aos órgãos encarregados. O Ministério da Fazenda ocupava assim a posição de um superministério, ou *Czar* econômico, na expressão de Mello e Souza.

Na ocorrência de gastos superiores a um milhão de cruzeiros, ou seja, 50.000 dólares, consoante o câmbio da época, era exigido o registro prévio do Tribunal de Contas da União.

4.2.2 Plano Salte (Saúde, Alimentação, Transporte e Educação)

O Governo do Presidente Eurico Gaspar Dutra procurando ensaiar novo processo de política econômica, de maneira a proporcionar uma orientação lógica de inversões para o setor público, aprovou através da Lei nº 1.102, de 18.05.50, o Plano Salte.

O Salte fora elaborado com fundamento em estudo de duas Missões norte-americanas — *Cooke* e *Abbingk* —, e com relação ao setor de alimentação, tomara por base os levantamentos precedidos pela Missão *Kleine Saks*.

O prazo de vigência do Salte estava previsto para o quinquênio 1950 a 1954, dispendo a Lei Básica que o Poder Executivo deveria promover entendimentos para fins de firmar acordos com os governos dos Estados, Municípios, autarquias, sociedades de economia mista, entidades paraestatais e até mesmo com entidades privadas, com o objetivo de coordenar as atividades relacionadas com os programas de trabalho do Plano.

Previa o Salte a aplicação da ordem de 20 bilhões de cruzeiros, até o ano de 1955, nas áreas a que se destinava, sendo que esses recursos seriam oriundos das seguintes fontes:

- a) dotações orçamentárias da União;
- b) produtos de operações de crédito, sob duas modalidades; a) empréstimo de dois bilhões de cruzeiros, em divisas existentes ou que viesssem a existir, ao Banco do Brasil S.A.; b) empréstimo interno sob a forma de obrigações, até a quantia de 5 bilhões de cruzeiros, em parcelas de um bilhão, no máximo, constantes de obrigações ao portador ou nominativas com juros de 7% a.a., pagáveis semestralmente e com o valor nominal de Cr\$ 500,00, Cr\$ 1.000,00, Cr\$ 5.000,00 e Cr\$ 10.000,00, para serem resgatadas no prazo de 10 anos.

Estabeleceu-se também que as repartições federais deveriam receber as obrigações federais do Plano, como caução ou fiança, pelo valor nominal e que o Ministério da Fazenda deveria providenciar a sua alienação por meio de pregão nas Bolsas de Títulos, com base no preço mínimo mensal calculado pela média das cotações.

Para o setor rodoviário, previa o Plano que o produto da arrecadação do Fundo Rodoviário Nacional e da Contribuição de Melhoria pertencente à União fosse aplicado nos programas rodoviários.

Também o Poder Executivo ficou autorizado a firmar contratos para fins de aquisição nos mercados interno ou externo, dos materiais e equipamentos necessários à execução do Salte.

A Lei Básica instituiu também o chamado Fundo Rotativo, até a importância de Cr\$ 800 milhões, destinados à aquisição e revenda de artigos, equipamentos e outros materiais necessários à execução do Plano e a auxiliar o financiamento da produção por ele amparada.

Com vistas a fomentar a indústria nacional, protegendo a comercialização de similares brasileiros, o *Salte* deu preferência em igualdade de condições técnicas aos equipamentos produzidos no País.

Foi mantido, porém, o processo de comprovação de dotações do Plano, para o que fora revigorado o sistema preconizado pelo Decreto-Lei nº 6.114, de 29.12.43.

Ainda, relativamente ao aspecto administrativo, o Decreto nº 28.225, de 12.06.50, determinou que o Presidente da República, na realização dos empreendimentos programados, fosse assistido por uma delegação de sua confiança o qual receberia a denominação de Administrador Geral do Plano Salte.

Esse, por sua vez, deveria ser auxiliado por seis assessores, conforme os setores ou subsetores do Plano e das atribuições de ordem administrativa e financeira.

Por fim, procurava o Plano coordenar os trabalhos programados, estabelecendo que para ordem de prioridade na execução dos diversos empreendimentos deveria ser levada em consideração a natureza, o volume, a duração, o local e a oportunidade dos trabalhos, a fim de resguardar a harmonia do conjunto e a interdependência dos programas e principalmente alcançar resultados proporcionais aos investimentos realizados.

O Plano teve profundas debilidades reveladas pelos técnicos no planejamento econômico, salientando-se que chegou ao fim de sua vigência sem que fossem cumpridos quaisquer de seus objetivos, sem ter sido capaz de fazer funcionar um sistema que impusesse à administração pública a absorção, pelo menos, da metade dos recursos previstos, sem incorporar-se aos sistemas de trabalho normais da burocracia civil, preocupar as chefaturas encarregadas, por ausência total de indicação de responsabilidade — e encontrou, em seu término legal, apenas a formalização de um fim que, de fato, o caracterizou desde o primeiro ano de existência.¹²⁵

4.2.3 Comissão Mista Brasil-Estados Unidos

Pela Portaria de 24 de outubro de 1951, da Secretaria de Estado do Ministério das Relações Exteriores, foram baixadas as Instruções para funcionamento da Sessão Brasileira da Comissão Mista Brasil-Estados Unidos de Desenvolvimento Econômico, em decorrência de acordo firmado em 19.12.50, entre os dois países.

Em síntese, a Comissão teve por objetivo básico a elaboração de um documento que versasse sobre as necessidades brasileiras de financiamento externo, para execução de programas de desenvolvimento econômico do Brasil.

A Comissão, de início, teve como orientação para investimento da ordem de 500 milhões de dólares através do *Export and Import Bank — Eximbank* e do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD).

À Comissão, por força das Instruções consubstanciadas na mencionada Portaria de 25.10.51, competia:

1º) promover a prestação de serviços de assistência técnica, de natureza bilateral com o objetivo principal de facilitar a elaboração de programas e projetos de desenvolvimento econômico, particularmente nos setores de transporte, energia, agricultura, mineração e indústria;

¹²⁵ Mello e Souza (1968, p.72).

2º) receber e estudar os pedidos de assistência técnica que venham a ser feitos por órgãos da União, dos Estados e dos Municípios e outras entidades, providenciando seu atendimento;

3º) cuidar da difusão e utilização eficiente da assistência técnica fornecida por intermédio da Comissão;

4º) examinar os recursos naturais, e possibilidades do Brasil, com vistas à aplicação, mutuamente vantajosa, de conhecimentos tecnológicos e de capitais, e a promoção de iniciativas;

5º) elaborar ou cooperar na elaboração de programas e projetos de desenvolvimento econômico;

6º) cooperar na obtenção de créditos e financiamento para a realização de projetos considerados técnica e economicamente justificáveis.

Os resultados da Comissão Mista, em determinados aspectos, foram bem expressivos, contando-se dentro de pouco tempo cerca de 14 projetos sobre a economia básica do País, mormente, para o setor de transporte (marítimo, rodoviário e ferroviário), de energia elétrica, indústria e comércio. Também por influência de seus trabalhos foi instituído o BNDE (Lei nº 1.628, de 20.06.52), o qual representa singular importância para a economia brasileira, pois se trata de uma "organização autônoma em referência à estrutura da administração pública brasileira, fora das linhas de comando burocrático do Ministério da Fazenda, que, através de seus assessores, o Presidente do Banco do Brasil S/A, e da extinta SUMOC desfrutavam de posição chave no centro de processo decisório para as questões relacionadas com a economia nacional"¹²⁶.

4.2.4. Programa de Metas

Fora estabelecido para o qüinqüênio 1956-1960, no Governo do Presidente Juscelino Kubitschek, o chamado *Programa de Metas*, para o que se organizou o Conselho de Desenvolvimento através do Decreto nº 38-744, de 10.02.56, como órgão central de planejamento.

¹²⁶ Mello e Souza (1968, p.74).

Como se vê, o Congresso Nacional teve participação direta na elaboração do Planejamento econômico do Governo de JK. Por volta de 59, a Câmara dos Deputados movimentou-se no sentido de reivindicar a participação no direito de formulação da política econômica do país. Assim, fora apresentado o Projeto de Lei que tomou o nº 330/59.

A Proposição, em sua justificativa, frisava que o poder político do Congresso Nacional havia sido usurpado, dado que se concentravam em órgãos da administração pública, transformados em reformuladores da política econômica, dentre os quais, eram incluídos a Sumoc, no setor da política cambial, a Cacex, cujas medidas repercutiam na indústria do País, o Conselho de Desenvolvimento Econômico e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico.

Alegava-se na esfera Administrativa que a lentidão do Congresso no tocante à aprovação dos projetos bem como adversidade de interesses entre os representantes do povo, dentre outros aspectos, impossibilitariam a execução do Programa.

Procurando com habilidade contornar tais obstáculos, o Planejamento foi atacando setores de maior importância do país, de tal maneira que não se pode dizer que o Programa de Metas foi um plano global de desenvolvimento econômico em seu aspecto técnico, mas serviu como ponto interligador do setor público com o setor privado através dos Grupos Executivos, corrigindo assim falhas anteriores.

Administrativamente, o sistema introduzido por Kubitschek representa sensível inovação em matéria de planejamento. A criação do Conselho de Desenvolvimento subordinando-se diretamente ao Presidente da República e formando-se com representantes do primeiro grau hierárquico, constitui a pedra de toque da nova tática governamental, a qual pretendia centralizar o processo de formulação de políticas, com possibilidade de maior coerência e meios de comando e coordenação.

Em face de estudos e projeções elaboradas pelo Grupo Misto BNDE-CEPAL, o Conselho fixou cerca de 30 metas abrangendo principalmente os setores de *energia, transportes, alimentação, indústria de base e educação*, para o que estavam previstos os investimentos necessários sendo as tarefas sujeitas a coordenação do Conselho de Desenvolvimento, visando sempre o crescimento da taxa anual do produto nacional "per capita", fixado o mínimo de 2% (*dois por cento*).

O programa de Metas, como já salientamos, não se considerou como planejamento global, mas simplesmente setorial, visando assim evitar as distorções setoriais e regionais, bem como a implantação de setores industriais com que ainda não contava o País.

O elenco de assuntos da competência do órgão Central de Planejamento do Governo, Conselho do Desenvolvimento, foram assim inicialmente fixadas no Regulamento aprovado pelo Dec. n° 38.906, de 15.03.56:

- a.) estudar as medidas necessárias à coordenação da política econômica do País, particularmente no tocante ao seu desenvolvimento econômico;
- b) elaborar planos e programas visando aumentar a eficiência das atividades governamentais;
- c) fomentar a iniciativa privada;
- d) analisar relatório e estatísticas sobre a evolução dos vários setores da economia;
- e) estudar e preparar projetos de leis, decretos e atos administrativos;
- f) manter-se informado da implementação das medidas aprovadas.

Posteriormente, o Decreto n° 43.395, de 13.3.59, procurando um maior controle dos planos com a colaboração dos demais órgãos da administração pública tanto direta como indireta e inclusive do setor privado, modificou as atribuições do Conselho, que passaram a consistir nos seguintes tópicos:

- a) estudar as medidas necessárias à coordenação da política econômica do País, particularmente no tocante ao seu desenvolvimento econômico;
- b) elaborar planos e programas visando aumentar a eficiência das atividades governamentais;
- c) fomentar a iniciativa privada;
- d) analisar relatórios e estatísticas sobre a evolução dos vários setores da economia;
- e) estudar e elaborar projetos de leis, decretos e atos administrativos;
- f) coordenar elementos que permitam a fiscalização da execução do Programa de Metas, e quando determinado pelo Presidente da República, de outros planos de desenvolvimento econômico;
- g) preparar relatórios periódicos sobre a realização do Programa de Metas e, quando determinado pelo Presidente da República, de outros planos de desenvolvimento econômico.

Outra particularidade digna de destaque nas atribuições do Conselho de Desenvolvimento consistia na possibilidade de sua Secretaria Geral organizar, mediante aprovação do Presidente da República, os chamados *Grupos de Trabalho* para fins de estudos especiais.

Tais grupos são reconhecidos como criações do Direito Administrativo Brasileiro, como exemplos da estratégia "escapista", traduzindo-se assim em um artifício de ordem administrativa para fins de livrar-se da processualística tradicional da burocracia. Na opinião de Paulo Roberto Motta, "na impossibilidade de se fazer com que decisões tomadas em diferentes órgãos almejam necessariamente a um mesmo fim a solução do Grupo Executivo representa um esforço de coordenação geral do processo decisório orientado pelo princípio de subordinar o processual ao substantivo".¹²⁷

4.2.5 Plano Trienal

Em fins de 1962, o economista Celso Furtado, então Ministro Extraordinário, elaborou o Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social, para os anos de 1963 a 1965, procurando apresentar um projeto global para a economia do País.

O Trienal projetava um crescimento de 18% na agricultura, 37% na indústria, e estabelecia metas para os setores da Educação, Saúde, Recursos Naturais, Transportes, Comunicações, Energia Métrica, Energia Nuclear, Petróleo, Carvão Mineral, Agricultura (produtos alimentícios e de exportação, matérias-primas e equipamentos) e indústrias (siderurgia, metais não ferrosos, indústria química, de extração mineral e de fertilizantes).

Seus objetivos estavam assim expressos:

a) garantir o crescimento do País à taxa de 1% ao ano, sobre a renda nacional, equivalendo a um incremento de 3,9% na renda *per capita*; b) redução crescente da inflação, de maneira que o sistema econômico recuperasse a adequada estabilidade de nível de preços, cujo aumento não deveria ser superior, em 1963, à metade do observado no ano de 1962, e que no ano de 1965, se

¹²⁷ Motta (1996, p.136).

aproximasse da taxa de 10%; c) criação de meios para que os resultados positivos do desenvolvimento fossem distribuídos o mais possível entre a população, e os salários reais também crescessem em harmonia com a taxa idêntica à do aumento de produtividade da conjuntura econômica, bem como os ajustamentos defluentes da elevação do custo de vida; d) intensificar substancialmente a ação do Governo no campo educacional, na pesquisa científica e tecnológica, e na saúde pública, a fim de assegurar rápida melhoria do homem como fator de desenvolvimento e de permitir o acesso de uma parte crescente da população aos frutos do progresso cultural; e) orientar adequadamente o levantamento dos recursos naturais e a localização da atividade econômica, visando a desenvolver as distintas áreas e a reduzir as disparidades regionais de níveis de vida, sem com isso aumentar o custo social do desenvolvimento; f) eliminar progressivamente os entraves de ordem institucional, responsáveis pelo desgaste dos fatores de produção e pela lenta assimilação de novas técnicas, em determinados setores produtivos. Destaca-se, entre outros obstáculos, a atual estrutura agrária; g) encaminhar soluções visando a re-financiar adequadamente a dívida externa, cumulada principalmente no último decênio, a qual, mesmo sem ser desmensuradamente grande, pesa muito na balança de pagamentos por ser a curto e médio prazos; h) assegurar ao Governo uma crescente unidade de comando dentro de sua própria esfera de ação.¹²⁸

Em consequência da instabilidade política que caracterizou o período a que se destinava, o Plano Trienal nem sequer teve início efetivo, não chegando a elaborar seu plano.

Destaca-se, entretanto, como ocorrência administrativa, a criação da Comissão Nacional de Planejamento, dias antes da renúncia do Sr. Jânio Quadros à Presidência da República. Como documento básico da mencionada Comissão, tem-se o Decreto nº 51.152, de 5 de agosto de 1961¹²⁹.

A Comissão, por força do Texto Básico, teve os seguintes objetivos:

- a. elaborar um plano plurianual de desenvolvimento econômico e social do País;
- b. controlar sua execução; e,

¹²⁸ DALAND, 1967, p. 95.

¹²⁹ A Comissão Nacional de Planejamento foi constituída em 5/8/1961, pelo Decreto número 51.152, com a finalidade de "elaborar um plano plurienal de desenvolvimento econômico e social do País, ao controlar sua execução e sugerir as modificações ditadas pelo comportamento das conjunturas nacional e internacional (art. 1.0)". Dias depois Jânio Quadros renunciaria.

c) sugerir as modificações ditadas pelo comportamento das conjunturas nacional e internacional.

Quanto à estrutura administrativa a Comissão era formada dos seguintes órgãos: Conselho Deliberativo, Conselho Consultivo e Secretaria Técnica, o primeiro presidido pelo próprio Presidente da República e integrado pelos Ministros de Estados. Chefes das Casas Civil e Militar, Coordenador Geral da Assessoria Técnica da Presidência, Presidentes do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e do Banco do Brasil, Diretor Geral do Departamento Administrativo do Serviço Público, Diretor Executivo da Superintendência da Moeda e do Crédito e Diretor Técnico da Comissão Nacional de Planejamento (art. 3º do Decreto nº 51.152, de 5.08.61).

Ao Conselho Deliberativo, competia: a) aprovar a política nacional de desenvolvimento econômico e social; b) aprovar o plano plurianual, e suas revisões anuais; c) deliberar sobre outras medidas sugeridas pela Secretaria Técnica.

Como se vê, o órgão incumbido do planejamento econômico do País mais uma vez fora organizado independentemente de audiência e participação do Congresso Nacional, ficando inteiramente a matéria ao arbítrio do Poder Executivo.

42.6 Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG)

Pelo Decreto nº 53.914, de 11.05.64, portanto já no Governo Revolucionário, a Comissão Nacional do Planejamento fora extinta, juntamente com a Coordenação do Planejamento Nacional, a Assessoria Técnica, o Conselho de Desenvolvimento, o Grupo de Trabalho incumbido de estudar a situação econômica da Bacia Hidrográfica do rio Itajaí no Estado de Santa Catarina, o Grupo de Trabalho incumbido de estudar a economia da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul e o Grupo Executivo de Ajuda à Baixada da Guanabara.

O Ministro de Estado Extraordinário para o Planejamento e Coordenação Econômica ficou com as seguintes atribuições:

a) dirigir e coordenar a revisão do plano nacional de desenvolvimento econômico, em cooperação com os Ministérios e demais órgãos da administração direta ou descentralizada do Governo da União; b) coordenar e harmonizar, em

planos gerais, regionais e setoriais, os programas e projetos elaborados por órgãos da administração pública, entidades paraestatais, sociedades de economia mista, e empresas subvencionados pela União; c) conhecer e coordenar os planos de ajuda externa, econômica, financeira e de assistência técnica prestados aos órgãos e entidades referidas na alínea "b"; d) coordenar a elaboração e a execução do Orçamento Geral da União e dos orçamentos dos órgãos e entidades referidos no item "b" harmonizando-os com o plano nacional de desenvolvimento econômico; e) assessorar o Presidente da República na decisão de assuntos relacionados com o plano de desenvolvimento econômico e na formulação de planos e projetos de desenvolvimento econômico e social; f) exercer outras funções e encargos que lhe sejam atribuídos pelo Presidente da República (Decreto nº 53.914, de 11.05.64).

O Programa de Ação do Governo (PAEG) elaborado pelo Ministro Extraordinário, para os anos de 1964/1966, de modo idêntico aos Planos anteriores, não fora objeto de discussão, votação ou aprovação por parte do Congresso Nacional.

Os *objetivos* do PAEG foram assim enumerados; a) acelerar o ritmo de desenvolvimento do País; b) conter o processo inflacionário para obtenção de razoável equilíbrio nos preços de 1966; c) eliminação dos *déficits* na balança de pagamento, com vistas a incrementar a capacidade de importação.

Para o crescimento do produto real previsto no Plano foi prevista a taxa de 1%, com o intuito de atingir uma renda "per capita" da ordem de 650 dólares até 1980, superando assim o estágio de subdesenvolvimento.

Apesar de certos aspectos positivos, o já citado Mello e Souza apresenta as seguintes inconveniências principais do PAEG:

a) não foi resolvido o problema dos insumos estatísticos; o sistema estatístico continuou insatisfatório, lacunoso, duplicador, retardado e inviável para servir aos objetivos do planejamento... b) "a reforma administrativa, timidamente enfrentada, permaneceu sem êxitos marcantes. Prometeu-se a descongestão das chefias executivas, a institucionalização da atividade programadora no nível de toda a agência pública, o início do orçamento programado — como requisito dessa institucionalização — a programação financeira do desembolso, ou programação do orçamento de caixa, sem o que fica sem sentido prático a criação de secretarias de

planejamento setorial e a modificação do sistema de contadaria pública. É pouco mas já seria satisfatório".¹³⁰

A Lei Complementar nº 3, de 7.12.67, traçou as diretrizes básicas para a elaboração dos planos de desenvolvimento e, inclusive, conceituou precisamente o Plano Nacional como "*o conjunto de decisões harmônicas destinadas a alcançar, no período prefixado, determinado estágio de desenvolvimento econômico e social.*"

O Plano Nacional, consoante a citada Lei Complementar, "será apresentada sob a forma de diretrizes gerais e dele constarão as definições básicas adotadas, os elementos' de informação que as justificam e a determinação dos objetivos globais pretendidos".

Como inovação digna de destaque e que se harmoniza melhor com o regime democrático, estabeleceu a L.C., sobre a necessidade de serem os planos apreciados pelo Congresso Nacional, fixado o prazo de 120 dias, para deliberação, sem o que o plano considerar-se-á aprovado, ficando assim contornada a tese de que a lentidão do Congresso impossibilitaria a execução do Plano.

O chamado Orçamento-Programa será a expressão financeira dos programas setoriais e regionais, relativamente às despesas de capital exclusivamente, e deverá indicar necessariamente, os seguintes elementos: "recursos orçamentários e extra-orçamentários necessários à realização dos programas, sub-programas e projetos, inclusive os financiamentos contratados ou previstos, de origem interna ou externa".

Em obediência ao art. 20 da L.C., o primeiro projeto de Orçamento-Plurianual de Investimento deveria ser encaminhado ao Congresso Nacional até o dia 1º de maio de 1968, abrangendo os anos de 1968, 1969, e 1970. E, na realidade fora submetido ao Legislativo o Projeto de lei nº 1.100, de 1968, pelo Poder Executivo e publicado no Suplemento do Diário Oficial da União, nº 29, de 5.3.68.

As diretrizes econômicas do Governo, constantes de seu Programa Estratégico, encontram-se assim esboçadas:

- a) aceleração do Desenvolvimento Econômico, e desenvolvimento a serviço do progresso social, ou seja, capaz de assegurar a participação de todas as categorias sociais nos frutos do desenvolvimento;
- b) contenção da taxa de inflação;
- c) expansão das oportunidades de emprego de mão-de-obra, mediante a

¹³⁰ Melo e Sousa, 1968, p. 104/105.

participação das classes de mais baixa renda nos frutos do desenvolvimento e redução do desemprego.

Para atingir os objetivos básicos, previu o Documento os objetivos-condição, dentre os quais:

a) evitar descontroles do balanço de pagamento, com desequilíbrios que possam prejudicar a marcha do desenvolvimento; b) evitar o agravamento das disparidades setoriais, e regionais, o que a médio e a longo prazos também seriam prejudiciais ao desenvolvimento; c) assegurar a manutenção de um clima de ordem interna e estabilidade institucional e social, preservado a expectativa de segurança político-social para a produção e dos investimentos.

O Ato Complementar nº 43, de 29.01.69, revogou a Lei Complementar nº 3, de 7.12.67, determinando que o Poder Executivo deveria elaborar Planos Nacionais de Desenvolvimento com a duração quadrienal a serem submetidos ao Congresso Nacional, até 15 de setembro do primeiro ano de mandato do Presidente da República.

Também na vigência desse Diploma Legal, a forma preconizada seria a de diretrizes gerais de desenvolvimento definindo objetivos e políticas globais, setoriais e regionais.

Posteriormente, o art. 10, do A.C. 43, passou a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 10. O primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento e o próximo Orçamento Plurianual de Investimentos serão encaminhados ao Congresso Nacional até 15 de setembro de 1971 e terão vigência nos exercícios de 1972, de 1973 e 1974".

4.2.7 O Primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento (PND).

Pela Lei nº 5.727, de 4.11.71, fora aprovado o Primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), abrangendo o período de 1972 a 1974. Esse Plano em seu aspecto estrutural apresenta certo grau de maturidade no planejamento brasileiro, embora se lhe possa desconhecer aquela humildade tão característica do

planejamento francês. É um Plano que se poderia considerar eloquente ou ambicioso em seus objetivos, como sejam:

a) colocar o Brasil, no espaço de uma geração, na categoria das nações desenvolvidas;

b) duplicar, até 1980, a renda *per capita* do Brasil (em comparação com 1969), devendo verificar-se, para isso, crescimento anual do Produto Interno Bruto equivalente ao dos últimos três anos; e,

c) elevar a economia, em 1974, as dimensões resultantes de um crescimento anual do Produto Interno Bruto entre 8 a 10% mediante: 1. aumento da taxa de expansão do emprego até 3,2%, em 1974, com uma taxa média de 3,1%, no período 1970/1974; 2. redução da taxa de inflação, permitindo alcançar-se relativa estabilidade de preços, ou seja, taxa de inflação da ordem de 10% ao ano, até o final do mandato do atual Governo; 3. política econômica internacional que acelere o desenvolvimento do País, sem prejuízo do controle progressivo da inflação".

Também para conferir o que se define como auto-sustentação e caráter integrado ao processo, o desenvolvimento, consoante o Plano, pressupõe:

a) ampla disseminação dos resultados do progresso econômico, alcançando todas as classes de renda e todas as regiões; b) transformação social, para modernizar as instituições, acelerar o crescimento, distribuir melhor a renda e manter uma sociedade aberta; c) estabilidade política, para realizar o desenvolvimento sob regime democrático; d) segurança nacional, interna e externa.

Os planejadores do 1º PND defendem um *modus* todo brasileiro em organizar o Estado e moldar as instituições, pretendendo transformar o País no período que chamam de urna geração em "nação desenvolvida".

Tal modelo propriamente brasileiro, em sintonia com os objetivos nacionais deveria, de um lado, criar "economia moderna", competitiva e dinâmica e, por outro ângulo, realizar a democracia econômica, social, racional e política, ainda em acordo com a "índole brasileira".

Como visão global das tarefas básicas, o PND traçou as seguintes metas para o período de 1972-1974 que bem merecem ser transcritas para melhor apreensão do conteúdo de suas realizações:

I - Consecução dos objetivos nacionais de desenvolvimento e transformação social mediante processo de "competição" capaz de assegurar níveis internacionais de eficiência aos setores público e privado; e processo de "integração", com

articulação harmônica entre Governo e o setor privado, União e Estados, entre regiões desenvolvidas e regiões em desenvolvimento, entre empresa e trabalhadores,

II - Implantação de novos instrumentos para "modernizar nacional", fortalecendo-lhe a capacidade competitiva e eliminando as condições de desigualdade em que opera, relativamente à estrangeira.

III - Atuação eficiente do Governo, na administração direta, autárquicas ou empresas governamentais, definindo suas tarefas com clareza e preservando a viabilidade e dinamismo do setor privado. O setor público procurará operar mediante estruturas simples e modernas, aperfeiçoando-se os sistemas de coordenação e acompanhamento da execução.

IV - Mobilização ainda mais intensa do "sistema financeiro nacional e do mercado de capitais, para maior participação no financiamento da formação real de capital do setor privado e na criação de sólidas estruturas das empresas; ainda garantia de acesso da "pequena e média empresas" a sistemas que permitam a melhoria de sua estrutura financeira, bem como utilização dos instrumentos financeiros já criados, no BNDE e em outros organismos oficiais, para a "grande empresa" ou "grandes empreendimentos nacionais";

V - Implementação de Política Tecnológica Nacional, que permita a aceleração e orientação da transferência de tecnologia, para o País, associada a forte componente de elaboração tecnológica própria. O Brasil ingressará na era nuclear, com a construção da Primeira Central Nuclear, e com a realização do ciclo do combustível atômico, para exploração e processamento de urânio em escala ampla. O programa de pesquisa de urânio nos colocará como o segundo ou o terceiro país, no mundo, nesse campo.

Implantar-se-á sistema de Centros de Tecnologia em áreas de infra-estrutura e Indústrias Básicas, como sejam: Energia Elétrica, Tecnologia Nuclear, Petróleo, Telecomunicações, Siderurgia, Pesquisa Mineral, Pesquisa Espacial e se reformulará a carreira de pesquisador, para assegurar-lhe condições de trabalho satisfatórias.

VI - Política de aproveitamento dos "recursos humanos do País", que em 1973 ultrapassará os 100, milhões de habitantes, como fator de produção e de consumo.

No campo da Educação, o MOBRAL realizava programa de alfabetização em massa, para reduzir a 2 milhões, em 1974, o número de analfabetos na faixa de 15 a 35 anos; implanta também o sistema de Ensino de 1º Grau, integrando o primeiro e o ginásio, com universalização progressiva desses dois níveis de ensino; estabelece o sistema de centros regionais de pós-graduação, além de continuar-se a Reforma Universitária.

Realizava-se programa intensivo de preparação de mão-de-obra, dentro da política de educação permanente.

Ao mesmo tempo, a expansão das oportunidades de emprego não efetivaram-se a taxas crescentes, superiores as do crescimento da oferta de mão-de-obra, em níveis de renda e produtividade acima dos de economia de subsistência. Tais oportunidades são abertas pelo crescimento acelerado, com adequada política tecnológica e definição de prioridades setoriais e regionais, bem como pela mobilidade social e ausência de preconceitos raciais ou de outra ordem.

VII - Efetivação de certo número de "grandes programas de investimentos", cada um deles de valor superior ao equivalente a um bilhão de dólares, em cinco anos, em consonância com a propósito de consolidar a infra-estrutura econômica e as indústrias básicas. Entre esses programas se encontram: o Programa de Expansão da Siderurgia; o Programa Petroquímico; a Implantação dos Corredores de Transportes; o Programa de Construção Naval; o Programa Básico de Energia Elétrica, nos moldes da Primeira Central Nuclear e do conjunto de usinas hidrelétricas acima de 500.000 kw cada uma; O Programa de Comunicações com ênfase no Plano de 1.000.000 de telefones; o Programa de Mineração, abrangendo, além do minério de ferro, um conjunto de projetos de grande dimensão para lavra e industrialização.

VIII - Realização de Estratégia Regional para efetivar a "Integração Nacional". Ao mesmo tempo em que se consolida o núcleo desenvolvido do Centro-Sul, até com a criação de regiões metropolitanas, controle da poluição e construção da estrutura integrada de Indústria e Tecnologia, implantam-se novos pólos regionais, notadamente o agroindustrial do Sul, o industrial-agrícola do Nordeste e o agropecuário do Planalto Central e da Amazônia.

O Brasil realizou, no período, um dos maiores programas de desenvolvimento regional em todo o mundo. As transferências da União para o Nordeste e a Amazônia por intermédio do PIN, do PROTERRA, dos incentivos

fiscais, do Fundo de Participação, do Fundo Especial e dos Fundos Vinculados — deveriam aproximar-se da média anual de Cr\$ 4.700 milhões (preços de 1972), correspondendo a cerca de US 800 milhões, montante superior ao total da assistência financeira líquida que o conjunto das instituições financeiras internacionais proporcionou à América Latina, anualmente, no final dos anos 60.

IX - "Abertura social", para assegurar a participação de todas as categorias sociais nos resultados do desenvolvimento, bem como a descentralização do poder econômico, com a formação do capitalismo do grande número e a difusão de oportunidades. São instrumentos financeiros dessa política os programas de Integração Social, como o PIS, o PASEP, o PRORURAL e a abertura do capital das empresas.

X - "Estratégia Econômica Externa" para, no tocante às exportações, assegurar o crescimento da receita acima de 10% ao ano, a criação de duas categorias capazes de competir com a posição do café (a manufaturados e a de minério/produtos agrícolas não tradicionais) e ainda a participação ativa do País no sistema de preferências gerais, estabelecido por certas áreas desenvolvidas; e, quanto à nossa posição na comunidade internacional, armar o sistema econômico de instrumentos para evitar que as tendências neoprotecionistas de países desenvolvidos ou a situação monetária internacional possam prejudicar a realização dos objetivos nacionais no campo externo."¹³¹

4.2.8 O Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (PND)

O II PND não representa uma mudança na filosofia do I PND, mas penas o ajustamento à novas realidades determinadas pelo tempo. Merece destaque especial o Decreto nº 75.370, de 13.02.75, que instituiu mecanismo de Coordenação e Acompanhamento dos Programas Especiais do II PND.

Os Programas especiais abrangidos pelo mencionado diploma legal foram assim enumerados:

¹³¹ BRASIL. Lei n.º 5.727, de 4.11.71, institui o I *Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social* 1972 1974.

I - Programas de desenvolvimento regional:

- a) Programa de Pólos Agropecuários e Agrominerais da Amazônia (POLAMAZÔNIA); b) Programa de Desenvolvimento de Áreas Integradas do Nordeste (POLONORDESTE); c) Programa de Desenvolvimento dos Cerrados (POLOCENTRO); d) Programa de Desenvolvimento da Agro-Indústria do Nordeste; e) Programa Especial de Desenvolvimento do Pantanal; f) Programa Especial do Norte Fluminense; g) Programa Especial da Região Geo-Econômica de Brasília.

II - Programas na área dos transportes:

- a) Programa de Construção Naval, sob a responsabilidade do Ministério dos Transportes, através da Superintendência Nacional da Marinha Mercante (SUNAMAM); b) Programa de Desenvolvimento Ferroviário, sob a responsabilidade do Ministério dos Transportes, através da Rede Ferroviária Federal (RFFSA).

III — Programas na área de insumos básicos:

- a) Plano Siderúrgico Nacional, sob a coordenação do Conselho de Não-Ferrosos e de Siderurgia (CONSIDER) — Ministério da Indústria e do Comércio; b) Programa Nacional de Fertilizantes e Calcário Agrícola, sob a coordenação do Ministério da Indústria e do Comércio; c) Programa Nacional de Papel e Celulose, sob a coordenação do CONSIDER.

A experiência brasileira em planejamento econômico, como se vê, já apresenta material bastante expressivo, possibilitando assim cogitar-se da construção doutrinária de um Direito da Planificação Econômica, quando além das normas básicas que alteram as estruturas da organização administrativa do País apresentam disposições de natureza tipicamente de um direito econômico através das leis de reforma agrária, mercado de capitais, de condomínio e incorporações, das complexas normas do sistema nacional da habitação, da reforma bancária, de incentivos à construção, de remessa de lucros, de repressão ao abuso do poder econômico, da desapropriação por interesse social, de incentivos à fusão e incorporação de empresas, etc.

O essencial, entretanto, é que o direito do desenvolvimento, consoante observação de Wald¹³², "utiliza dados econômicos e lógicos, sem que fique preso a eles, de vez que pretende superá-los para a organização de uma sociedade nova, de uma grande sociedade impregnada pela valorização do homem".

4.2.9 O Terceiro Plano Nacional de Desenvolvimento (III PND)

Para o período de 1980/85, fora aprovado o III Plano Nacional de Desenvolvimento, explicitando os princípios objetivos e linhas de atuação do Governo do Gal. João Batista de Figueiredo, bem como estabelecendo orientações para os Setores privados.

Segundo consta de seus Fundamentos (o III Plano Nacional de Desenvolvimento), uma das principais características do documento é a sua flexibilidade. Daí já se podendo perceber que se trata de planejamento do tipo indicativo e meramente qualitativo, máxime porque considera a flexibilidade como indispensável para que tanto o Governo como os setores da sociedade tenham condições de adaptação permanente de ajustamento à conjuntura existente visando sempre aos objetivos de desenvolvimento nacional.

Por ocasião dos debates do Projeto, no Congresso Nacional, ouviram-se vozes contra certos aspectos do Plano, principalmente surgidas de parlamentares conhecedores das teorias modernas do Planejamento Científico, tais como o Deputado Lustosa da Costa¹³³ que assim apreciou o documento:

"O III PND é um documento sem compromissos, que tem a pretensão de abordar o universo de preocupações da política econômica mas não apresenta soluções para nenhum problema."

Tendo em vista considerá-lo como documento destitua dos instrumentos de operacionalização essenciais à execução de qualquer plano de desenvolvimento, o mencionado parlamentar anunciou estar disposto a apresentar duas emendas ao Projeto, visando: "a) obrigar o Governo a apresentar, anualmente, ao legislativo, um plano de realizações com a definição de metas quantitativas; b) estabelecer

¹³² WALD, 2000, p.150

¹³³ Costa, Lustosa da, in Jornal O Estado de São Paulo, 23.9.79, política, p.3.

obrigatoriedade da divulgação, também pelo Executivo, de uma avaliação semestral do desempenho do plano."¹³⁴

O III PND fora publicado em expediente da Presidência da República, Secretaria do Planejamento, na Seção I - Parte I, do Diário Oficial da União, Suplemento do dia 13 de fevereiro de 1980, com as ressalvas formuladas pelo Congresso Nacional.

O Documento consta de seis capítulos destacando, dentre outras, as seguintes matérias: - Fundamentos do III PND; - Os Grandes Objetivos Nacionais; - Estratégias; - Políticas Macroeconômicas; - Política Antiinflacionária; - Política de Comércio Exterior; - Políticas Setoriais, Regionais e Urbanas; - Outras Políticas Governamentais, inclusive, sobre: Ciência e Tecnologia, Meio Ambiente, Recursos Naturais e humanos.

Conseqüentemente, o confronto dessa tarefa tal como conceitua a doutrina com as características dominantes do III PND, é de se concluir que, a rigor, não se tem um plano de desenvolvimento, propriamente dito, mas antes um programa de políticas a ser desenvolvidas ao longo do quinquênio que se inicia, pois inexiste quantificação ou definição dos recursos materiais e humanos indispensáveis à sua execução.

Na realidade, o documento reflete a filosofia que animou os técnicos que o elaboraram. Apesar de não se ter perdido a confiança no processo de planejamento, para o Ministro Delfim Neto, "a questão deve ser corretamente colocada em termos de política econômica e não de planejamento, que, maldosamente, poderia ser caracterizada como forma não séria de enfrentar problemas sérios. O governo, segundo o citado Ministro, tem que dar os sinais corretos ao setor privado. Na verdade, temos até excesso de planejamento, pois se tenta regular muito mais do que é possível fazer com eficiência. O mercado não se compadece com o planejamento governamental global, de fato, a empresa privada é que deveria planejar melhor seu crescimento. O planejamento global é fator de grande atraso na solução dos problemas, sendo, portanto, um processo extremamente ineficaz. O que é necessário fazer é descobrir os mecanismos espontâneos do mercado e saber utilizá-los convenientemente, sem entraves burocráticos. Finalmente, a grande

¹³⁴ Idem, loc. cit.

questão consiste em escolher os objetivos essenciais da política econômica e não se perder em torno de objetivos muitas vezes conflitantes."¹³⁵

Esse modelo de planificação brasileira obedecia a diretrizes da Lei Complementar nº 3, de 7.12.67, que considera o Plano Nacional como "o conjunto de decisões harmônicas destinadas a alcançar, no período prefixado, determinado estágio de desenvolvimento econômico e social" e que o Plano "será apresentado sob a forma de diretrizes gerais e dele constarão as definições básicas adotadas, os elementos de informação que as justificam e a determinação dos objetivos globais pretendidos".

O elemento material, ou seja, a quantificação ou expressão financeira ficara a cargo do Orçamento.

4.3 CONTEÚDO DOS PLANOS NACIONAIS

Os planos brasileiros poderiam ser considerados como atos realmente mistos, englobando disposições meramente explicativas, enunciativas, a par de normas revestidas do caráter obrigatório ou criadoras de direitos.

Quando o plano contém certas vantagens (alocação de subvenções ou isenções fiscais) em favor dos que preencham as condições pré-estabelecidas, evidentemente que se estará em face de efeitos jurídicos.¹³⁶

A complexidade do trabalho de uma triagem das normas substanciadas nos planos brasileiros, para fins de uma indicação do aspecto jurídico, afigura-se motivada pelas próprias manifestações do planejamento brasileiro que ainda apresenta características dominantes de empirismo e fortuidade.¹³⁷

Em seu *aspecto formal*, os planos de desenvolvimento deverão apresentar *três elementos distintos*, como etapas de elaboração do documento:

a) *Análises*: Como medida preliminar, o planejador terá de elaborar um levantamento preciso para fim de avaliar a situação econômico-social seja nacional ou regional. Como material para a análise, valerão os dados e condições

¹³⁵ DELFIM NETO, in Jornal Gazeta Mercantil, 30.3.78.

¹³⁶ AUBY , DUCOS-ADER (1966, p. 450).

¹³⁷ Costa (1965, p. 417)

econômicas, a evolução da conjuntura sobre o plano, e da descrição dos resultados concluídos em face dos planos anteriores.

Os principais problemas da técnica preliminar de programação foram precisamente explicados pelo Grupo Misto BNDE-CEPAL, conforme seu relatório de 1957: "Os primeiros problemas que se enfrenta ao se considerar a técnica de formulação de um programa é o de determinar as metas de desenvolvimento possíveis para uma dada economia. É uma questão que não pode ser resolvida sem uma servidão prévia dos fatos passados e das possibilidades presentes. Sua solução só pode ser determinada após *meticulosa análise*."

Ainda no consenso dos planejadores do Grupo BNDE-CEPAL, a análise efetuada com base nas informações, pretende "dar uma ideia das formas e características do desenvolvimento da economia em questão, identificando seus centros dinâmicos e pontos estratégicos e determinando a evolução de todos esses fatores no último período. Pode-se, assim, fazer um esforço no sentido de preparar o que se poderia denominar de diagnóstico da economia, com base na qual se estabeleceram mais tarde as projeções globais.

A meticulosa análise a que se referiram os mencionados programadores, versará, dentre outros aspectos, de situações, de dados e condições econômicas, evolução sócio-econômicas, assim como resultados de execução do plano anterior.¹³⁸

b) *Previsões ou Projeções:* Após analisar detidamente os elementos do Plano', e de se inteirar das reais possibilidades de realização, o planejador ocupar-se-á dos aspectos que se apresentem de singular importância para serem atingidos, em taxas de crescimento prováveis de desenvolvimento econômico, mormente da renda *per capita*, em consequência do incremento do Produto Nacional Bruto.

A possibilidade de atingir os objetivos programados constitui elemento da própria definição do plano, ou projeto, consoante lição de Almeida Magalhães¹³⁹, para quem "o Plano propriamente dito consiste num documento que sumaria os objetivos a serem atingidos e modo de alcançá-los."

¹³⁸ Magalhães (1957, p. 3).

¹³⁹ Id.Ibidem.

Tais: objetivos não se traduzem em meras exortações, mas sim na orientação de J.W.A.¹⁴⁰ Lewis, em medidas que se tomam para alcançar os objetivos.

c) *Disposições Optativas* — Tais disposições que se revestem em aspecto de recomendações ou sob a forma de princípios expostos de modo geral, ou sob os moldes de ações propostas ou de empreendimentos relativamente aos investimentos.

Teoricamente, o plano deverá apresentar disposições partindo do geral para o particular, e ao mesmo tempo, prevendo programas globais de operações de caráter privado, como sejam as que dizem respeito a interesses de empresas particulares.

Auby e Ducos-Ader esquematizam os objetivos do plano da seguinte maneira¹⁴¹:

a) *objetivos globais*: Tais objetivos dizem respeito ao ritmo de crescimento a realizar e a tradução desse ritmo nos diversos dados de economia (consumo, investimento, juros, poupanças, comércio exterior, etc.).

b) *objetivos semiglobais*; Consistem naqueles que se traduzem tanto em uma porcentagem de aumento — indústria pirada de transformação — como a fixação da natureza do equipamento, v.g., os ramos concentrados como a siderurgia.

c) *Objetivos físicos da produção*: A precisão desses objetivos, consoante o magistério dos notáveis professores franceses, depende das taxas de crescimento e dos números de investimento por etapas na conformidade dos respectivos setores.

No sistema de planejamento brasileiro, já se nota uma terminologia bastante definida e até mesmo inconfundível. Com efeito, por *Programa*, "compreende-se o conjunto de ações e meios que permita chegar a um objetivo determinado. Se o objetivo exprime a vontade de quem possui poder de decisão, o programa orienta a vontade em termos de meios e processos de ação".¹⁴²

Por *subprograma*, entende-se cada desdobramento do programa, com o objetivo de melhor orçamentá-lo, não deixando, entretanto de continuar com as mesmas características do programa.

¹⁴⁰ Lewis (1952).

¹⁴¹ Auby et Ducos Ader (1966, p. 455).

¹⁴² MACHADO JÚNIOR (2001, p. 37). O autor faz a Análise de Custo-Benefício no Orçamento-Programa.

O ideal, observa Machado Júnior¹⁴³ será desdobrar o programa de acordo com os vários objetivos que se possam identificar em um programa. Se conceber, por exemplo, recursos florestais como um programa e se nele se identificar mais de um objetivo, cada objetivo poderia constituir um *subprograma*, no qual se conjuntam os meios, as ações, os métodos e processos para alcançar cada objetivo do subprograma. Não vemos razão para chamar a esses objetivos de *sub-objetivos*. Não há sub-objetivos. Há subprogramas, por razões metodológicas, segundo as quais se persegue a realização de um objetivo".

Pode haver, no entanto, objetivos parciais, continua Machado Júnior, exemplificando com o programa de recursos florestais, a aquisição de terras pode figurar com objetivo parcial.

Em nossa nomenclatura, o termo *projeto* quer significar uma série de tarefas ou operações que criam novas situações ou novos bens ou modifica os atuais. Em geral, tais tarefas consistem em construir uma obra pública (estrada, ponte, barragem, viaduto, etc.) ou implantação de um conjunto industrial.

4.4 NATUREZA JURÍDICA DOS PLANOS

A determinação da natureza jurídica dos planos tem preocupado de modo especial os estudiosos do Direito.

O problema, na realidade, constitui matéria de notável complexidade, naturalmente, em face da novidade e singularidade do *ato planificador*, consideradas as categorias jurídicas clássicas, e por outro lado, em face do conteúdo não imperativo ou não obrigatório dos mesmos.

De conseqüência, é de se reconhecer o aspecto misto dos planos, distinguindo-se uma parte desvestida de obrigatoriedade, traduzidas por exposição e análise do complexo jurídico, social e histórico e outras que implicam em obrigatoriedade de maneira a encerrar para o Estado ou seus órgãos relativamente à sua execução de maneira a permitir aos cidadãos a possibilidade de compelir

¹⁴³ Idem. p. 37.

judicialmente o cumprimento dos planos, como parte integrante do ordenamento jurídico.¹⁴⁴

Defende-se para o plano também o *direito normativo*. Todavia, a opinião mais freqüente, ao que tudo indica, parece negar-lhe a natureza de um ato jurídico comum. O plano será antes um ato de natureza política.¹⁴⁵

Considerando sob o ângulo positivo, o plano não seria, na realidade, outra coisa senão, do ponto de vista formal, um processo e um grau de elaboração da política econômica aprovada pelo Congresso Nacional, "ad instar" das declarações ministeriais pelas quais cada chefe do governo que se instala procurará executar ao longo do período de seu mandato, recebendo, de conseqüência, de todos, um voto de confiança, tal como se tratasse de uma aprovação das metas programadas.¹⁴⁶

Ainda, quanto ao *aspecto formal*, o *Plano*, em parte, coincide com a Lei e com o anexo desta, e da qual toma a aprovação, embora o sistema brasileiro não venha adotando fórmula uniforme, de vez que o *Plano* ora figura como anexo à lei autorizativa, ora incorporada às disposições planejadas no corpo da Lei, como ocorre com os planos regionais (Lei nº 3.995, de 14.12.61 — I Plano Diretor da SUDENE). Os anexos que encerram os investimentos públicos com relação às leis orçamentárias consideram-se complementações da lei que autoriza despesas e não obrigações propriamente ditas, tal como se infere do art. 38, da Lei nº 3.995, de 14.12.61, que assim dispõe¹⁴⁷:

Art. 38. É o Poder Executivo autorizado a abrir à Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste, crédito especial até o limite de Cr\$ 9.912.700.000,00 (nove bilhões, novecentos e doze milhões e setecentos mil cruzeiros), para cobrir os gastos decorrentes da execução da primeira etapa do Plano Diretor aprovado pela presente lei, na forma discriminada nos Anexos que a acompanham.

Relativamente às disposições *analíticas* e *expositivas*, apresentam valor idêntico ao dos preâmbulos constitucionais.

Laubadère¹⁴⁸ salienta a necessidade de se admitir ou de se reconhecer nas recomendações do plano um caráter jurídico e não somente moral ou político, o que

¹⁴⁴ Laubadère (1970, p. 505).

¹⁴⁵ Sobre assunto, consultar Farjat (1971, p. 108) e Corbel (1969, p. 344).

¹⁴⁶ Laubadère (1970, p.506).

¹⁴⁷ BRASIL. Lei nº 3.995, de 14.12.61 — I Plano Diretor da SUDENE

¹⁴⁸ Laubadere (1970, p. 508-509).

implica em se tratar de uma *categoria nova de atos jurídicos* e que o próprio plano constitui um novo tipo de ato jurídico.

Os atos do tipo plano, para Laubadère, são certamente atos de caráter bastante particular, porém seu aspecto inabitual não constitui razão suficiente para lhe contestar a *priori* um lugar no mundo do direito. Possível se torna e até mesmo provável que a técnica da planificação o conduz a uma adaptação da teoria dos atos jurídicos da administração.

Poder-se-á pensar que haveria antes uma manifestação condenável do fenômeno do que um enriquecimento propriamente dito.

É de se considerar que a Constituição Brasileira não estabelece rito especial para a aprovação da legislação dos planos, ficando o respectivo processo legislativo em tudo idêntico ao das leis ordinárias, sendo, entretanto, a iniciativa do projeto da competência do Poder Executivo, dado que compete à União "*garantir o desenvolvimento nacional*" (Constituição, art. 3º, II).

As implicações de ordem jurídica dos planos apresentam-se suscetíveis de tomar orientação diversa, consoante os dois grandes tipos de planificação perseguidos pelo Estado: a) *Tipo Indicativo, Flexível ou Democrático*; e b) *Tipo Imperativo, Vinculativo ou Não-Democrático*.

No primeiro caso, caracterizado pela flexibilidade, dispõe-se que os centros de decisão econômica permaneçam com a liberdade de acomodar-se ou não aos objetivos do plano. Nesse tipo incentivam-se as empresas privadas a aderirem ao plano, outorgando-se-lhes em compensação certos benefícios tributários.

Pelo tipo de planificação imperativa, os responsáveis pela produção e pelos investimentos cumprem amoldar-se obrigatoriamente às determinações do plano.

Para a doutrina jurídico-socialista, o plano configura-se norma jurídica vinculatória, Petko Stainov¹⁴⁹ considera o "planejamento uma atividade destinada a desenvolver em determinado período, um processo duradouro ou, mais precisamente, uma seqüência de atos jurídicos e de atividades ministeriais e técnicas, coordenadas e ligadas entre si, tendentes a realizar uma economia mais racional, para o fim de elevação do nível de bem-estar geral."

¹⁴⁹ STAINOV (1963).

Por outro lado, o planejamento democrático, em suas linhas gerais, impõe a reunião dos seguintes elementos essenciais¹⁵⁰:

- a) caráter sistemático; b) participação dos administradores; c) generalidade;
- d) coerência; e) vinculação do econômico o social; f) aspecto comunitário, ou participação coletiva administrados, preservando-se, assim, o aspecto democracia, garantindo ao cidadão o poder de contestação.

Em síntese, o plano pode apresentar as seguintes posições isto à sua natureza: a) É o *plano uma norma jurídica*, cerrando caráter vinculativo, tal é a posição da doutrina nacionalista; b) Traduz-se como simples relatório ou documento técnico anexo à Lei, não podendo limitar ou ampliar o poder ficcionário da administração, inexistindo controle jurisdicional sanção para sua execução; c) Não encerra obrigação jurídica, mas situa-se no âmbito da política, encerrando mera obrigação moral para o Governante; d) O Plano não se configura norma jurídica, embora encerre um conjunto de normas jurídicas ligadas ao Planejamento, com vistas a atingir os objetivos a que se propõe.

4.5 PLANEJAMENTO REGIONAL

O planejamento regional começou a ter considerável ênfase cora a Constituição de 1946, que reservava recursos no Orçamento da União para serem investidos nos planos de valorização da Amazônia e da chamada "área abrangida pelas secas" (arts. 198 e 199) daquela Carta Política.

Como órgão executor da política econômica do Governo Federal, consubstanciada em suas linhas básicas na Carta Magna de 1946, fora criado, pela Lei n° 1.649, de 19.06.52, o Banco do Nordeste do Brasil S/A-BNB, com área de atuação, primeiramente coincidindo com a do Polígono das Secas, vedando-lhe a lei a assistência financeira a pessoas não estabelecidas na Mencionada área, tal como delimitada pela Lei n° 175, de 7.01.36, que regulamentou o art. 177, da Constituição de 1934, sido posteriormente previstos os limites pela Lei n° 1.348, de 10.2.51.

¹⁵⁰ Manzanedo e Gomez Reino (1970, p. 68)

Atualmente, a área de atuação do Banco do Nordeste do Brasil coincide com a da SUDENE, por força da Lei nº 4.239/63.

O exame dos problemas econômicos da região a cargo do DNOCS, também, por força da legislação básica do mencionado Banco, constitui objeto de colaboração através do denominado Escritório Técnico de Estudos Econômicos (ETENE), órgão atualmente integrante da estrutura administrativa do próprio Banco, e destituído de autonomia jurídica.

Outros órgãos administrativos instituídos em harmonia com os objetivos consubstanciados no Estatuto Máximo de 46 e que vieram a desempenhar preponderante influência no planejamento das regiões problemas, começaram a surgir no fim da década de 40 e no decorrer da de 50, distinguindo-se especialmente para as regiões Nordeste e Amazônica, respectivamente, a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) criada pela Lei nº 3.692, de 15.12.59, e a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), instituída pela Lei nº 5.173, de 27.10.66, em substituição à Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia (SPVEA) • Posteriormente, a Superintendência de Desenvolvimento da Fronteira do Sudoeste (SUDESUL), surgiu com o Decreto-Lei nº 301, de 18.02.67, e a Superintendência do Desenvolvimento da Região do Centro-Oeste (SUDECO), por força da Lei nº 5.365, de 1.12.67.

O planejamento regional desperta, em primeiro lugar, problemas ligados à competência da autoridade que deverá elaborar e adotar os planos ou programas regionais, e aqueles que dizem respeito ao co-relacionamento com o plano nacional ou global.

No Brasil, os projetos dos planos regionais de desenvolvimento eram elaborados pelas superintendências e submetidos à apreciação do Congresso Nacional através de lei ordinária.

Para o Nordeste, v.g., o Conselho Deliberativo da SUDENE teve a competência legal prevista no art. 13, b, da Lei nº 8.692, de 12.12.59, de "aprovar e encaminhar ao Presidente da República o Projeto do Plano Diretor, bem como os atos das respectivas revisões".

Como se vê, o planejamento regional brasileiro não se procede isoladamente, por única participação do órgão regional, mas com plena integração com o Plano Nacional e adequação com os planos elaborados pela Unidade da Federação, dado que o Conselho Deliberativo da SUDENE também competia

"sugerir adequação dos planos estaduais de desenvolvimento à orientação do Plano Diretor e emitir parecer sobre os mesmos, quando solicitados pelos respectivos governos" (Lei nº 3.692, de 15.12.59, ct. 13).

4.5.1. Administração e Acompanhamento dos Programas Especiais

De acordo com o Decreto nº 83.436, de 10 de maio de 1979, a administração e o acompanhamento da execução dos programas operacionais de desenvolvimento eram efetuados pelo Ministério do Interior, em articulação com a Secretaria de Planejamento da Presidência da República e os demais Ministérios envolvidos na sua execução.

O campo de aplicação dos Programas Especiais de Desenvolvimento apresenta-se bastante amplo, abrangendo os seguintes, enumerados pelo citado diploma legal:

1. Programa de Pólos Agropecuários e Agrominerais da Amazônia — POLAMAZÔNIA;
2. Programa de Desenvolvimento dos Cerrados — POLOCENTRO;
3. Programa de Desenvolvimento de Áreas Integradas do Nordeste — POLONORDESTE;
4. Programa de Desenvolvimento da Agroindústria do Nordeste;
5. Programa Especial da Região Geoeconômica de Brasília;
6. Programa Especial de Apoio ao Desenvolvimento da Região Semi-Árida do Nordeste (Projeto Sertanejo);
7. Programa Especial do Norte Fluminense;
8. Programa Especial de Desenvolvimento do Estado de Mato Grosso — PROMAT;
9. Programa Especial de Desenvolvimento do Estado de Mato Grosso do Sul — PROSUL;
10. Programa Especial do Oeste do Paraná;
11. Programa Especial de Controle da Erosão do Solo Urbano do Nordeste do Paraná;
12. Programa de Recuperação Sócio-Econômica do Nordeste Paraense;

13. Programa Especial de Desenvolvimento Regional — Infra-Estrutura do Complexo Alumínio — ALBRÁS.

As Superintendências criadas para atuar no setor de planejamento ficaram com a tarefa de elaboração dos Planos Especiais, em articulação com as Secretarias-Gerais dos Ministérios e demais órgãos e entidades públicas envolvidos. Assim, de acordo com os Programas, as Superintendências terão as seguintes tarefas de planificação:

a) *Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia* — SUDAM — Programa de Pólos Agropecuários e Agrominerais da Amazônia; compreendidos nos Estados da Amazônia, Pará, Acre e Territórios Federais de Roraima e Amapá; Programa de Recuperação Sócio-Econômica do Nordeste Paraense e Programa Especial de Desenvolvimento Regional — Infra-Estrutura do Complexo Alumínio — ALBRÁS (extintas no Governo Fernando Henrique pela medida provisória nº 2.157-5, de 24 de agosto de 2001. Cria a Agência de Desenvolvimento da Amazônia - ADA, extingue a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM, e dá outras providências.

b) *Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste* — SUDENE — Programas: Programa de Desenvolvimento de Áreas Integradas do Nordeste (POLONORDESTE); Programa de Desenvolvimento da Agroindústria do Nordeste e Programa Especial de Apoio ao Desenvolvimento da Região Semi-Árida do Nordeste (Projeto Sertanejo) (extinto no Governo Fernando Henrique pela medida provisória nº 2.156-5, de 24 de agosto de 2001, que cria a Agência de Desenvolvimento do Nordeste - ADENE, extingue a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE, e dá outras providências.

c) *Superintendência do Desenvolvimento da Região Centro--Oeste* — SUDECO — Programa de Pólos Agropecuários e Agrominerais da Amazônia, nas áreas dos Estados de Mato Grosso, Goiás e Território Federal de Rondônia; Programa de Desenvolvimento dos Cerrados, com exceção das áreas compreendidas no Estado de Minas Gerais; Programa Especial da Região Geoeconômica de Brasília; Programa Especial de Desenvolvimento do Estado de Mato Grosso — PROMAT; e Programa Especial de Desenvolvimento do Estado de Mato Grosso do Sul — PROSUL.

d) *Superintendência do Desenvolvimento da Região Sul* — SUDESUL — Programa Especial do Oeste do Paraná e Programa Especial de Controle da Erosão do Solo Urbano do Noroeste do Paraná.

e) *Secretaria-Geral do Ministério do Interior* em articulação com o Governo do Estado do Rio de Janeiro — Programa Especial do Norte Fluminense e Programa de Desenvolvimento dos Cerrados com relação às áreas desse Estado compreendidas no Programa, o mesmo com relação ao Estado de Minas Gerais.

4.6 ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS DE PLANEJAMENTO ECONÔMICO

O planejamento governamental no Brasil efetua-se através de um complexo de órgãos técnico-administrativos, com variado grau de articulação, descentralização e desconcentração de atividades.

O sistema de planejamento brasileiro apresenta caráter normativo quando programa as ações do Governo Federal de caráter intergovernamental, transitivo quando visa integrar as ações dos governos das Unidades da Federação e dos Municípios, ou quando procura a cooperação internacional de qualquer Estado ou entidade estrangeira.

Segundo o Superintendente do Instituto de Planejamento do IPEA, Roberto Cavalcanti de Albuquerque,¹⁵¹ a estrutura da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, particularmente a de sua Secretaria-Geral, está concebida de modo a possibilita-lhe o exercício das diversas funções; do planejamento governamental. Compõem-na, em subordinação de linha:

"I — A Secretaria de Planejamento, que se utiliza da estrutura do Instituto de Planejamento (IPLAN) do Instituto de Planejamento Econômico e Social (IPEA),¹⁵² entidade instituída sob a forma de fundação.

II — A Subsecretaria de Orçamento e Finanças, que se utiliza da estrutura do Instituto de Programação e Orçamento (NOR) do IPEA.

III — A Subsecretaria de Modernização e Reforma Administrativa.

¹⁵¹ Albuquerque (2003, p.38).

¹⁵² BRASIL. O Decreto nº 64.016, de 22.1.1969, instituiu o Instituto de Planejamento Econômico e Social – IPEA

IV — A Subsecretaria de Articulação com os Estados e Municípios.

V — A Subsecretaria de Cooperação Econômica e Técnica Internacional.

VI — Outros organismos de assessoria (Assessoria Parlamentar, de Recursos Humanos, etc.); de pesquisa (Instituto de Pesquisas — INPES — do IPEA) e produção de informações (Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE); de treinamento de recursos humanos para o planejamento (Centro de Treinamento para o Desenvolvimento Econômico — CENDEC, do IPEA); além do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE); da Financiadora de Estudos e Projetos (Finep); o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq); e de grupos e comissões (a Comissão Nacional de Regiões Metropolitanas e Política Urbana — CNPU, a Comissão de Coordenação das Atividades de Processamento Eletrônico — CAPRE, etc."

O planejamento brasileiro, em sua sistemática jurídico-administrativa, apresenta, em síntese, segundo Fábio Ulhoa Coelho¹⁵³, possui os seguintes pontos básicos:-

- a) Constitui a planificação do desenvolvimento nacional uma obrigação determinada pela própria Constituição Federal;
- b) À União Federal compete estabelecer planos nacionais, regionais ou setoriais, facultando-se-lhe, inclusive, intervir nos Estados que contrariarem o planejamento nacional;
- c) Ao Poder Executivo cabe a iniciativa da elaboração do Plano, devendo a respectiva duração coincidir com a duração do mandato do Presidente da República. Ocorrendo inadimplemento dessa obrigação, compete ao Congresso a iniciativa;
- d) Elaboração do Plano constitui atribuição da Secretaria de assim denominou o antigo Instituto de Pesquisa Econômico-Social Aplicada, mantendo a mesma sigla. Planejamento da Presidência da República, bem como supervisionar e coordenar os planos setoriais e regionais, elaborados em cada área estratégica, e harmonizá-los no Plano Global- Os grupos de trabalho supervisionam as respectivas áreas estratégicas;
- e) os Planos Nacional, Regionais ou Setoriais são submetidos à aprovação do Congresso Nacional com a sanção do Presidente da República. Ao

¹⁵³ Coelho(1995, p.75)

Congresso Nacional, por sua vez, caberá aprovar ou rejeitar, oferecer restrições, sendo, nessa hipótese, objeto de reformulação pelo Executivo;

- f) O Plano se transforma em Lei, com a aprovação do Poder Legislativo;
- g) Faz parte integrante do Plano o Orçamento Plurianual de Investimentos;
- h) Representa o Plano, juridicamente, a fase final do processo de intervenção do Estado no domínio econômico, figurando como etapas imediatamente anteriores o sistema de concessão de serviços públicos, o advento e desenvolvimento das sociedades de economia mista e o desenvolvimento das empresas públicas."¹⁵⁴

¹⁵⁴ Coelho (1995, p. 105).

5 A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA

5.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente capítulo volta-se a uma breve análise da questão concorrencial e do abuso do poder econômico. Examinando os principais organismos estatais¹⁵⁵ implicados, e em especial, a natureza jurídica, composição e competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, da Secretaria de Direito Econômico e das agências reguladoras.

5.2 A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA

5.2.1 Antecedentes históricos

Editado nos Estados Unidos da América em 1890, o *Sherman Act*¹⁵⁶ representa, para muitos, o ponto de partida para o estudo dos problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico. Entende-se tal legislação, como o mais significativo diploma legal que, na época, corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos. Não deve-se reafirmar que o Sherman Act constitui uma reação ao liberalismo econômico, pois visava, justamente, corrigir distorções que eram traduzidas pela excessiva

¹⁵⁵ A referência a apenas estes organismos não significa, à evidência, que outros não estejam vencionados, direta ou indiretamente, à defesa da ordem econômica em um sentido mais amplo. Pretendeu-se, tão somente, fazer referência aos que, por suas atribuições legais, mais se afinam com o trato da questão concorrencial e do abuso do poder econômico. Banco Central do Brasil, por exemplo.

¹⁵⁶ O nome se deve ao fato de que o então projeto de lei fora apresentado ao Congresso americano pelo senador John Sherman.

acumulação do capital, ou seja, corrigir as distorções criadas pelo próprio sistema liberal¹⁵⁷.

Como sublinha Paula Forgioni¹⁵⁸, apenas esse diploma, entretanto, mostrou-se insuficiente para propiciar aos agentes econômicos a segurança e a previsibilidade que almejavam. Ressentia-se, no texto do Sherman Act, da vagueza de suas previsões e de uma disciplina específica do processo de concentração de empresas. Por conta disso, também nos Estados Unidos e no ano de 1914, é promulgado o *Clayton Act*, que exemplifica e condena algumas práticas restritivas da concorrência, tais como vendas casadas e aquisição de controle de outras companhias. A sistemática adotada pelo *Clayton Act* apresentou-se interessante e inspiradora a várias legislações antitruste, inclusive a brasileira: ao lado da tipificação de algumas condutas potencialmente anticompetitivas, há um *qualifying clause*¹⁵⁹ que determina que as práticas elencadas somente serão consideradas ilícitas se, restringirem a concorrência de forma não razoável ou tenderem à criação de um monopólio¹⁶⁰.

Nota-se, a partir de então, a crescente inquietação no cenário mundial com a questão concorrencial. O surgimento de novas indústrias e o crescimento dos mercados fez com que se buscasse uma regulamentação da matéria em todos os quadrantes.

No Brasil não foi diferente. Aqui, como anota Ana Maria de Oliveira Nusdeo, a defesa da concorrência tem sua origem imiscuída na proteção à economia popular. Com efeito, é a percepção da lesividade das práticas abusivas descontroladas dos agentes econômicos, antes do que uma crença genuína nos valores da livre iniciativa e da livre concorrência, que levou à adoção de regras destinadas a, de alguma forma, proteger a integridade dos mercados nacionais¹⁶¹. No Brasil, portanto, é por meio da proteção à economia popular e ao consumidor que tem início, por via reflexa, a disciplina da questão concorrencial.

Há, ainda, outras peculiaridades nacional, extraída dos diversos momentos históricos vividos pelo país. Nota-se que nem sempre a concentração de empresas e

¹⁵⁷ Forgioni (1998, p. 65).

¹⁵⁸ FORGIONI (1998, p. 70).

¹⁵⁹ Caso típico ou qualificado, de exemplo.

¹⁶⁰ FORGIONI, 1998, p. 74

¹⁶¹ NUSDEO, 2002, p. 218.

a supressão ou redução da concorrência foram hostilizadas pelo Estado brasileiro. De fato, a necessidade de fortalecimento das empresas e do mercado nacional fez com que durante anos se tolerassem e até se incentivassem práticas anticoncorrenciais. Daí a timidez inicial de nossa legislação antitruste.

Nesse contexto, o primeiro diploma legal brasileiro a dispor sobre a matéria foi o Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938. Cuidava-se de diploma voltado à proteção da economia popular, que definia e tipificava determinados crimes. Sob o manto da proteção da economia popular, é no Decreto-Lei nº 869/38 que se colocam pela primeira vez, em nosso sistema jurídico, algumas normas antitruste que perduram até hoje: coibição do açambarcamento de mercadorias (art.2, IV), manipulação da oferta e da procura (art. 2, I e II), fixação de preços mediante acordo entre empresas, venda abaixo do preço de custo (art. 2, V), exclusividade (art. 3º,I)¹⁶².

Embora inovador, o decreto-lei nº 869/38 não teve maior aplicação no âmbito antitruste. Há, tão-somente, o registro de um único caso de seu emprego em matéria concorrencial: um parecer do jurista Aníbal Freire, aprovado pelo Presidente Getúlio Vargas, sobre cláusulas de contrato celebrado entre *Standard Oil Company of Brasil* e proprietários de postos de gasolina em que se determinou que a consultente modificasse alguns aspectos do referido instrumento¹⁶³.

Seguiu-se ao Decreto-lei nº 869/38 e o de nº 7.666, de junho de 1945, promulgado em razão da influência do Ministro da Justiça, Agamenon Magalhães, que teve, porém, curta duração (pouco menos de três meses de vigência). Apesar da rápida revogação, esse Decreto-lei teve uma influência importante na legislação antitruste brasileira, notadamente ao introduzir o conceito de abuso do poder econômico, influenciando o sucessivo tratamento constitucional da proteção à concorrência. Além disso, tratava da matéria concorrencial de mais sistematizada de seu antecessor e criava a Comissão de Defesa Econômica (CADE) para averiguar práticas ilícitas e determinar a aplicações de sanções trazendo a matéria mais para o campo administrativo, e retirando-a do penal¹⁶⁴.

¹⁶² Forgioni (1998, p. 107).

¹⁶³ Forgioni (1998, p. 109).

¹⁶⁴ Nusdeo (2002, p. 219).

Promulgada em 26 de dezembro de 1951, a Lei nº 1.521 cuidou de enumerar novos tipos penais relacionados à proteção da economia popular, não apresentando, todavia, uma disciplina da questão da questão concorrencial na órbita administrativa.

Foi com a Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, que o trato da concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico¹⁶⁵ recebeu considerável impulso, ao menos no plano legislativo. De fato, previa o Art de nº 2 da Lei nº 4.137 um rol de práticas consideradas formas de abuso de poder econômico, com referências a concorrência desleal, aumento arbitrário de lucros, práticas monopolistas¹⁶⁶, formação de grupos econômicos em detrimento do mercado, entre outras. Para controlar, investigar e reprimir as atividades abusivas do poder econômico, foi criado, pelo art. 8º da mesma lei, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Ao CADE foi atribuída, dentre outras, a competência para aprovar e registrar atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou

¹⁶⁵ AÇÃO JUDICIAL DE CESSAÇÃO DE PRÁTICAS QUE CONSTITUAM INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA, COM FULCRO NA LEI 8.884/94 – INEXIGIBILIDADE DE PRÉVIO ESGOTAMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS – POSSIBILIDADE DE QUALQUER PREJUDICADO, MESMO INDIVIDUALMENTE, AJUIZAR AÇÃO JUDICIAL – A ação judicial de cessação de práticas que constituam infração contra a ordem econômica, com arrimo na Lei 8.884/94, independe de qualquer procedimento administrativo para a sua propositura, sendo permitido ao prejudicado ingressar diretamente ao judiciário, seja pela inteligência do art. 29 da Lei, seja em obediência ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988; Não há falar em litispendência se entre as ações inexiste identidade de causa de pedir, conforme deflui da exegese do art. 301, §§ 1º, 2º e 3º do CPC; Nas ações judiciais em que se discute a aplicação da Lei 8.884/94, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade - deve ser intimado para intervir no feito na qualidade de assistente, caso seja de seu interesse - art. 89 da Lei 8.884/94. (TAMG – AP 0362421-1 – (61650) – Belo Horizonte – 4ª C.Cív. – Rel. Juiz Domingos Coelho – J. 12.06.2002) JCF.5 JCF.5.XXXV

¹⁶⁶ CONSTITUCIONAL – ORDEM ECONÔMICA – INFRAÇÕES – CONSELHO ADMINISTRATIVO DA DEFESA ECONÔMICA – CADE – ABUSOS DO PODER ECONÔMICO – REPRESSÃO – LEI Nº 8.884, DE 11.06.94 – I. – Suspensão cautelar da eficácia dos incisos I e II do art. 24 e as expressões "do Distrito Federal" e "à escolha do CADE", inscritas no art. 64 da Lei 8.884, de 11.06.94. Indeferimento da cautelar quanto ao mais (voto do relator), vencido. II. – Cautelar indeferida. (STF – ADIMC – 1094 – DF – TP – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 20.04.2001 – p. 00104) Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745395/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-1094-df/inteiro-teor-100461657> Acesso em 20/02/2000.

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO – MULTA PREVISTA NA LEI Nº 4.137/62 – TÍTULO EXECUTIVO – I – A multa prevista na Lei nº 4.137/62 só se constitui em título executivo após o reconhecimento pelo CADE de que houve abuso de poder econômico. Inexistindo qualquer decisão, inclusive judicial, no sentido de sua ocorrência, não pode o juiz decretar reforço de penhora para pagamento da citada multa que, aliás, no caso, ultrapassa, e muito, o valor real da dívida executada. II – Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp – 175564 – BA – 3ª T. – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJU 22.10.2001 – p. 00317). Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7902018/recurso-especial-resp-175564-ba-1998-0038796-0-stj?ref=topic_feed. Acesso em 20/02/2000.

entre pessoas ou grupos de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas nos objetivos de seus negócios, sempre que tais atividades pudessem refletir no funcionamento do mercado (art. 74 da Lei nº 4.137).

Nas palavras de Ana Maria de Oliveira Nusdeo, estabeleceu-se, então, “um mecanismo de atos de concentração, que emprestava à lei um caráter regulativo da atividade econômica e do mercado nacional, encaminhando-a mais em direção do direito econômico, no qual a autoridade antitruste tinha um controle sobre as práticas potencialmente prejudiciais à livre concorrência, com vistas não apenas a reprimir-las, mas enquadrá-las num quadro de maior compatibilidade com as políticas públicas do país”¹⁶⁷.

Certo é que a lei nº 4.137/1962 teve uma tímida apresentação, notadamente porque, durante sua vigência, o país viveu uma fase reconhecidamente concentracionista do ponto de vista empresarial.

Na época, buscava-se um fortalecimento das empresas nacionais e um aumento da industrialização no país, com o que as práticas anticoncorrenciais acabaram recebendo tratamento mais brando.

Como esclarece Paula A. Fargioni, “ao que tudo indica, em seu período de vigência, sem embargo de alguns breves ‘surtos’ ou ‘ondas’ de aplicabilidade, a Lei antitruste de 1962 não encontrou uma maior efetividade na realidade brasileira, não sendo possível identificar qualquer atuação linear e constante de uma política econômica que se tenha corporificado em uma política de concorrência”¹⁶⁸.

Promulgada a Constituição Federal de 1988, que consagrou a livre concorrência como princípio da ordem econômica (art. 170, IV), sobreveio a Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991. Dentre outras disposições, a Lei de nº 8.158 alterou, consideravelmente, a Lei nº 4.137/1962, transferindo, por exemplo, do CADE para então a Secretaria de Direito Econômico (SNDE) a competência para análise dos acordos, ajustes ou convenções entre empresas em que pudessem repercutir no mercado. Manteve-se, assim, o sistema de controle prévio dos atos de concentração, desta feita pela Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE).

Foi, com a promulgação da Lei nº 8.844, de 11 de junho 1994, que a questão concorrencial recebeu tratamento legislativo mais sistematizado, o que redundou em inegável avanço no trato da matéria. Por ser o diploma legal

¹⁶⁷ Nusdeo (2002, p. 221).

¹⁶⁸ Forgioni (1998, p. 131).

atualmente em vigor, a Lei nº 8.844/1994, também conhecida como lei antitruste brasileira, merecerá tratamento em apartado.

5.2.2 Disciplina Atual da Concorrência

5.2.2.1 Microsistemas da concorrência e legislações afins

A atual legislação antitruste, espelhando a tendência atual da descodificação do direito, contraria o ocorrido no século XIX, deve ser entendida com a conformidade da moderna noção de microssistema, ou seja, mesmo não configurando um ramo autônomo do direito, mas, ao reverso, permeando diversos ramos jurídicos, tem principiologia própria em defesa de determinado bem jurídico, é dotada de lógica autônoma e seu estudo ocorre em disciplina própria, devido à importância e à estrutura que alcançou¹⁶⁹.

Bem por isso a legislação antitruste não deve ser confundida com outras afins. De fato, mercê da linha nebulosa que aparta a legislação antitruste de outras que lhe são próximas, não raro dúvidas podem surgir na escolha do diploma legal aplicado a certa hipótese. O problema ganha vulto, sobretudo, quando se cotejam a legislação antitruste, o Código de Defesa do Consumidor¹⁷⁰ e o Código de Propriedade Industrial¹⁷¹. É patente a proximidade e interpenetração dos bens jurídicos tutelados pelos três diplomas legais. Comum, por isso, certa confusão na eleição do texto a incidir em determinadas situações. A opção, todavia, deve tomar por base o interesse imediatamente protegido por cada uma das leis em comento. Nesse panorama, e no que tange ao Código de Propriedade Industrial, tem-se afirmado que as normas de repressão à concorrência desleal ostentam dupla finalidade: proteção dos concorrentes contra as deslealdades entre eles e a proteção da coletividade contra os excessos da concorrência.

¹⁶⁹ Proença, J. (2001, p. 36).

¹⁷⁰ BRASIL. Lei n.8.078/1990.

¹⁷¹ BRASIL. Lei n. 9.279/1996.

Vale dizer, assim, que o bem imediatamente tutelado se refere ao concorrente, protegendo-se, por via de consequência e de forma indireta, a coletividade contra os excessos da concorrência. Como expressa Paula A Forgioni¹⁷², “no caso da proteção da concorrência leal, efetuado em nosso sistema jurídico principalmente pela Lei nº 9.279/1996”, o bem imediatamente tutelado é a proteção do concorrente do interesse egoístico do agente econômico individualmente considerado, e não a tutela do interesse coletivo ou geral da concorrência, como ocorre nas normas antitruste”¹⁷³.

Infere-se então, por conseguinte, que enquanto o direito antitruste volta-se à proteção da livre concorrência e dos mercados em geral, o Código de Propriedade Industrial direciona-se à tutela do concorrente contra a deslealdade de seus pares.

Já o Código de Defesa do Consumidor, editado pela Lei nº 8.078/1990 não tutela, de forma direta, o direito do concorrente ou do livre mercado. Trata-se, sim, de diploma legal volvido à regulação das relações de consumo, consideradas tanto no aspecto individual ou coletivo.

Certo é que uma só conduta pode configurar violação ao Código de Defesa do Consumidor, ao Código de Propriedade Industrial e a Lei Antitruste. Caberá ao intérprete, no entanto, e sempre tendo em conta os interesses lesados ou ameaçados, definir a incidência de um ou de todos os diplomas legais em testilha¹⁷⁴.

5.2.2.2 A Lei nº 8.844/1994

A Lei nº 8.844, de 11 de junho de 1994, é o principal diploma brasileiro voltado à defesa da concorrência. Teve revogada expressamente as Leis nº 4.137/1962, 8.158/1991 e 8.002/1990 e sendo dividida em nove Títulos, subdivididos em diversos capítulos. O Título I do diploma estabelece as disposições gerais sobre a aplicação da Lei nº 8.844/1994; o Título II dispõe sobre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); o Título III sobre o Ministério Público Federal perante

¹⁷² Forgioni (1998, p. 240).

¹⁷³ Forgioni (1998, p. 240).

¹⁷⁴ Sobre exemplos de incidência comum dos diplomas em apreço, vale conferir Forgioni (1998, p. 244-252).

o CADE; o Título IV sobre a Secretaria de Direito Econômico; o Título V sobre as infrações da ordem econômica; o Título VI traz disposições sobre o processo administrativo; o Título VII trata das formas de controle de atos de concentração; o Título VIII dispõe sobre a execução judicial das decisões do CADE e o Título IX estabeleça disposições finais e transitórias. São, ao todo, noventa e três artigos, muitos já alterados pela legislação posterior, em especial pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000.¹⁷⁵

No que tange à aplicação da Lei Antitruste, vale sublinhar que todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sobre regime de monopólio legal, estão sujeitas as suas incidências (art. 15). Há, ainda, a previsão legal da responsabilidade solidária dos dirigentes ou administradores da empresa, bem como das entidades integrantes de grupo econômico, quando configuradas infrações à ordem econômica (arts. 16 e 17).

A possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica também foi contemplada no art. 18 da Lei nº 8.844/1994, nas hipóteses de “abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”, bem assim quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Necessária, a propósito, uma observação, sobre as hipóteses de configuração de infração à ordem econômica.

De fato, estabelece o art. 20, além do art. 21¹⁷⁶, da Lei nº 8.844/1994 que constituem infração a ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objetivo ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados:

- I. limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II. dominar mercado relevante de bens ou serviços;

¹⁷⁵ Em face do grande número de disposições contidas na Lei N. 8.844/1994, optou-se pela análise daquelas pertinentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica e à Secretaria de Direito Econômico.

¹⁷⁶ Já o art. 21, por sua vez, apresenta um rol, não exaustivo, de condutas tidas não como violadoras da ordem econômica, desde que conjugadas com as hipóteses do art. 20 e seus incisos.

- III. aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV. exercer de forma abusiva posição dominante.

A respeito dos sistemas de defesa da concorrência e seus reflexos para a configuração de infrações à ordem econômica, consistente a observação de José Marcelo de Martins Proença: “pode-se verificar que, dependendo do bem jurídico a ser tutelado pela Lei de defesa da concorrência, temos diversas respostas jurídicas ao ato praticado pelo agente econômico, surgindo os dois grandes sistemas de defesa da concorrência: sistema da concorrência-fim, também chamado de concorrência-condição, na qual a concorrência aparece como um objetivo, ou seja, a concorrência é um fim em si mesmo, trata-se do fim máximo a ser tutelado pela legislação; e o sistema da concorrência-meio, também chamado de concorrência instrumento, na qual a concorrência é tida como um instrumento utilizado para se chegar a um outro objetivo que é ainda maior, objetivo esse que, para ser definido, depende do país, do momento econômico, das políticas públicas, dos valores previstos na ordem econômica constitucional etc.”¹⁷⁷.

No caso brasileiro, prossegue o autor, “pela análise das previsões proferidas pelo CADE, bem como seu relatório de 1996, chega-se à conclusão que utilizamos o sistema da concorrência-meio. No mesmo sentido a conclusão de que se pode chegar pela análise do art. 170 da Constituição de 1988, orientador da Lei. 173 do mesmo diploma”¹⁷⁸.

Com efeito, depreende-se do atual modelo constitucional brasileiro que a concorrência não constitui um bem em si mesmo. É um dos instrumentos, dentre outros previstos na Constituição Federal, que tem por objetivo contribuir para uma existência digna e justa, devendo ainda ser compatibilizado com todos os demais princípios constitucionais (CF, art. 170).

Reforça tal entendimento a disposição contida no art. 54 da Lei nº 8.844/1994. Por este dispositivo, confere-se ao CADE a possibilidade de autorizar atos que limitem a livre concorrência ou resultem em dominação de mercados, desde que atendidas as seguintes condições:

- I. tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:
 - a) aumentar a produtividade;

¹⁷⁷ Proença, J. (2001, p. 39).

¹⁷⁸ Proença, J. (2001, p. 40).

- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
 - c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;
- II. os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;
- III. não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;
- IV. sejam observados os limites estritamente observados para atingir os objetivos visados.”

Está noção da concorrência como instrumento para a consecução para objetivos superiores deve pautar toda a atividade do intérprete e do aplicador das normas antitruste. Confirmada, no entanto, a prática de infração à ordem econômica nos termos dos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.844/1994, o faltoso estará sujeito às sanções elencadas em seus arts. 23 e seguintes, sem prejuízo de eventual punição na órbita criminal.

6 O PODER ECONÔMICO E SUA CARACTERIZAÇÃO

6.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Todo aquele que queira dedicar-se à aplicação da disciplina de repressão ao abuso de poder econômico terá, prévia e indispensavelmente, que investigar a própria existência de *poder econômico*, para examinar, sob o prisma jurídico, o caráter regular ou abusivo de seu exercício. Como se vê, trata-se de conceitos básicos e indispensáveis. Sem a compreensão do que seja mercado relevante e posição dominante, portanto, não é possível examinar o conceito de abuso do poder econômico.

Raimundo Falcão retrata o enlace entre a Política e a Economia ao analisar o poder econômico, pois "enquanto teoria da organização estatal ou busca do poder juridicamente chancelado; a segunda, enquanto teoria da riqueza, busca a detenção do poder, sem a preocupação, no caso do poder, de ser ou não organizacional a influência dele decorrente. Assim o exercício do poder econômico pode- e freqüentemente o tem conseguido –levar ao poder político, mas não necessária e diretamente. por outro lado, o poder político sói, embora também não necessária e diretamente, apoiar-se com freqüência no poder econômico. Um não se confunde ontologicamente com o outro."¹⁷⁹

No entanto, para abordar o conceito de abuso do poder econômico, torna-se necessário, preliminarmente, dar atenção a dois conceitos jurídicos básicos, quais sejam as noções de *mercado relevante* e de *posição dominante*.

No dizer de Fábio Konder Comparato¹⁸⁰, para "se compreender um instituto jurídico, não basta analisá-lo estaticamente, mas importa, também, observar e discutir os problemas que suscita a sua aplicação na vida social, ou seja, estudá-lo sob o aspecto dinâmico. A fisiologia completa a anatomia".

¹⁷⁹ Falcão (1981, p.164).

¹⁸⁰ Comparato (1983, p. 257, grifo nosso).

6.2 MERCADO RELEVANTE

6.2.1 A noção de mercado

Segundo os léxicos, o significado do termo mercado importa duas dimensões: uma concreta e outra abstrata.¹⁸¹

Neste sentido, *mercado* quer significar uma *relação* ou uma determinada ordem de fatos e atitudes coordenadas, isto é, “o conjunto de operações sobre determinada mercadoria, ou certos valores”¹⁸². Mercado, sob esta abordagem, significa “concentração de ofertas e procuras”, a forma como interagem compradores e vendedores e a relação daí decorrente. É este o núcleo da noção econômica de mercado, ou seja, o espaço abstrato¹⁸³ onde se concentram ofertas e procuras, e onde compradores e vendedores estabelecem contratualmente as suas relações de intercâmbio.

No sistema capitalista, é o mercado o grande responsável pela orientação do emprego dos recursos produtivos. Sob esse prisma, o mercado é tido como um sistema: um único e grande espaço econômico onde se realizam as trocas de toda a

¹⁸¹ Na acepção concreta ou física, *mercado* denota “praça pública onde se vendem víveres e outros gêneros”, ou ainda “edifício público dividido em compartimentos apropriados e destinados à venda de víveres e outros gêneros”, bem como “povo ou cidade onde há transações comerciais extremamente desenvolvidas; centro de comércio”. Vê-se que o termo *mercado*, nesse sentido, aplica-se tanto ao lugar – à porção geográfica de espaço – como à própria construção, ao edifício onde as trocas comerciais se realizam (CALDAS AULETE, 1958, p.3223).

Em sua dimensão abstrata, a palavra *mercado* expressa “permutação ou troca de produtos e/ou valores; o comércio”, ou “a relação estabelecida entre a oferta e a procura de bens e/ou serviços e/ou capitais”, ou ainda “o conjunto de pessoas e/ou empresas que oferecendo ou procurando bens e/ou serviços e/ou capitais, determinam o surgimento e as condições dessa relação” (FERREIRA, 1998, p.918).

¹⁸² ENCICLOPÉDIA..., 1977, p.268.

¹⁸³ A consideração do mercado, em sentido econômico, como um “espaço abstrato”, não quer significar que se tenha posto de lado a necessidade de delimitar geograficamente os vários mercados. O que se quer, somente, é ressaltar que, sob o prisma econômico, a idéia nuclear do conceito de mercado é a de “concentração de ofertas e demandas”, sendo a sua delimitação geográfica uma mera decorrência dessa “concentração”.

sociedade e onde são ofertadas e procuradas as mais diversas espécies de produtos¹⁸⁴.

Como já visto, a capacidade de cada um de influir sobre os mecanismos de mercado depende, fundamentalmente, do nível de concorrência que seja enfrentado por um dado agente econômico. Mas nem todos os bens são concorrentes entre si. No lado da oferta, um produtor de tratores não concorre com um fabricante de remédios, razão pela qual variações na oferta de tratores pouco ou nada influirão na quantidade produzida de medicamentos¹⁸⁵.

Como já se pode inferir, há que se delimitar qual espaço econômico em que os agentes econômicos contracenam, a fim de apurar qual o nível de concorrência e o volume de poder econômico por eles desfrutado. No campo da disciplina do poder econômico e da tutela da concorrência, tal espaço econômico denomina-se mercado relevante.

6.2.2 A noção jurídica de mercado relevante

O conceito de mercado relevante teve sua gênese no Direito norte-americano, no caso *United States v. E. I. Du Pont de Nemours & Co*¹⁸⁶. A *Du Pont*, uma produtora de papel celofane, foi acusada pelo Governo Americano de monopolizar o mercado de celofane, infringindo a seção segunda do *Sherman Act*. Com efeito, segundo a decisão em comento, durante o período abrangido pelo processo, a *Du Pont* fora responsável por aproximadamente 75% (setenta e cinco por cento) de todo o papel celofane produzido nos Estados Unidos. Sua principal concorrente, uma empresa denominada *Sylvania*, tivera sua participação de mercado limitada a cerca de 20% (vinte por cento) das vendas, por força de um acordo de licença de patente mantido com a própria *Du Pont*, onde foram estabelecidos royalties progressivos, de acordo com a escala de produção, que virtualmente impediam o aumento da participação da concorrente.

¹⁸⁴ O que caracteriza os mercados, como ensina Grau (1981, p.20): “é o crime de liberdade dentro do qual se movimentam os agentes econômicos”.

¹⁸⁵ Poderá, no entanto, concorrer com o fabricante de um mesmo produto a demanda pelos mesmos bens. De mesmo modo por financiamento, por eletricidade, por transporte e assim por diante.

¹⁸⁶ HARTFIELD(2001, p.35) .Identificado como U.S. 377 (1956) ou, doravante simplesmente chamado, o Caso *Du Pont*.

Defendeu-se a *Du Pont*, alegando não possuir poderes monopolísticos, já que o celofane enfrentaria a concorrência de outros materiais para embalagem, como por exemplo o papel, o alumínio e determinados tipos de plástico. O mercado a se considerar, segundo o argumento, não seria o do celofane, mas sim o de *materiais flexíveis para embalagem*, onde o celofane representava menos de 20% vinte por cento) do consumo total nos Estados Unidos.

No Brasil, a Lei 8.884/94 em diversas passagens refere-se ao conceito, por exemplo, ao qualificar como infração à ordem econômico o ato de “dominar mercado relevante de bens ou serviços”¹⁸⁷, ou ao definir “posição dominante” como o controle de parcela substancial do mercado relevante¹⁸⁸. Delimitar o que seja o *mercado relevante de bens ou serviços*, portanto, é tarefa jurídica. Tal tarefa, quanto jurídica, dependerá, em grande medida, da análise da doutrina econômica.

Quando a análise da *Teoria da Concorrência Monopolística* de Chamberlin, vimos que no regime de concorrência perfeita onde haja multiplicidade de ofertantes de um produto absolutamente homogêneos, o mercado pode ser considerado como sendo *único*, já que o produto de cada ofertante confunde-se absolutamente com os de seus rivais. Entretanto, à medida que os produtos adquiram algum grau de diferenciação, passarão a conferir a seu produtor certo nível de poder monopolístico, pois cada um deles será o único produtor de sua própria variedade de produto. A introdução do elemento monopolístico, para Chamberlain, não elimina a concorrência, uma vez que as diversas variedades de produto concorrem entre si. Quando haja diferenciação, portanto, não haverá um só mercado, senão uma *rede de mercados, em estreita relação, um para cada vendedor*¹⁸⁹.

No outro extremo, mesmo quando houver monopólio de um determinado bem, ou seja, quando a diferenciação for tal que confira ao produtor uma grande influência sobre o preço de mercado, tal poder não será absoluto, na medida em que venha o monopolista a enfrentar concorrência dos bens sucedâneos, ainda que imperfeitos¹⁹⁰.

¹⁸⁷ BRASIL. Lei 8.884/94, art. 20, II

¹⁸⁸ BRASIL. Lei 8.884/94, art. 20, II § 2º

¹⁸⁹ Cf. Chamberlain (1983, p.103). O produtor de Coca-cola, apesar de ser o único que pode produzir essa variedade de produto, enfrentará a concorrência acirrada de outros refrigerantes.

¹⁹⁰ Assim, por exemplo, a gasolina, mesmo se produzida em regime de monopólio, enfrenta certo grau de concorrência do álcool e de outros combustíveis. A respeito reportando-se a Ely, escreve Chamberlain (1983, p. 98-99): “puesto que para cualquiera de las cosas en que podemos pensar existe cierta clase de sustituto más o menos perfecto, y el uso de sucedáneos constituye uno de los

Na análise do problema concorrencial, como se vê, importa verificar quais os produtos que concorrem entre si, compondo um mercado apartado dos demais, ou seja, qual o mercado que deve ser considerado *relevante*, para fins da disciplina jurídica do poder econômico e da tutela da concorrência.

É marcante o impacto das ideias de Chamberlin na análise levada a efeito pela Suprema Corte Americana, como se depreende das palavras do Justice Reed, excertas do relatório da decisão em tela¹⁹¹:

[...][...] Todo fabricante é o único produtor da mercadoria particular que faz, mas seu controle no sentido do monopólio do mercado relevante depende da disponibilidade e é amplamente avaliado pela compra de produtos concorrentes para usos familiares considerando o preço, características e adaptabilidade das commodities concorrentes. [...] Seja qual for o mercado, consideramos que esse controle de preço e concorrência estabelecem que a existência de monopólio não existe simplesmente porque o produto que se diz monopolizar difere dos outros "¹⁹²".

O conceito de *relevant market* foi assim enunciado pela Corte: "That market is composed of products that have reasonable interchangeability for the purpose for which they are produced – price, use, and qualities considered".

No Caso *Du Pont*, a alta corte americana entendeu que o mercado relevante, para os propósitos da política *antitruste*, seria representado pelo mercado de *materiais flexíveis para embalagens*, ao invés de somente pelo mercado de papel celofane. No mercado de materiais para embalagem, tendo em vista que o celofane representava apenas 20% do total dos materiais consumidos, a Suprema Corte entendeu, em consonância com o que havia entendido o juízo *a quo*, que a *Du Pont* não detinha suficiente *poder monopolístico*, absolvendo-a da prática do delito previsto na secção segunda do Sherman Act (monopolização ou tentativa de monopolização de atividade). Para aquela corte, entre o celofane e os demais materiais flexíveis para embalagem, havia suficiente possibilidade de intercâmbio, de forma que o controle que a *Du Pont* exercia sobre a oferta de celofane não lhe

factores que limitan el poder del monopolista. Al estudiar el monopolio debemos preguntarnos ¿cuáles son los sucedáneos y en qué medida son efectivos?"

¹⁹¹ A decisão consta de Fox e Sullivan (1989, p. 128-137) de onde foi sacada a transcrição, e também de Areeda e Kaplow (1967, p. 593-599).

¹⁹² Literal: [...] Every manufacturer is the sole producer of the particular commodity it makes but its control in the [monopoly] sense of the relevant market depends upon the availability is largely gauged by the purchase of competing products for familiar uses considering the price, characteristics and adaptability of the competing commodities. [...] Whatever the market may be, we hold that control of price and competition establishes the existence of monopoly does not exist merely because the product said to be monopolizes differs from others".

outorgava poder econômico excessivo sobre os preços respectivos, pois todas as suas atitudes estariam pautadas pela concorrência que lhe era exercida pelos demais produtores de materiais flexíveis para embalagem.

Muito embora a Lei 4.137/62 não fizesse menção ao termo *mercado relevante*, empregando a expressão *mercados nacionais*, o Prof. Benjamin M. Shieber¹⁹³ entendeu útil transplantar a noção de mercado relevante, do Direito norte-americano para o brasileiro, a fim de sugerir, com acerto, que a expressão *mercados nacionais* fosse tomada como sinônimo daquilo que os norte-americanos consideram relevant market¹⁹⁴. Para este professor americano, a “regra da possibilidade razoável de substituição de um produto por outro para determinar se os dois são do mesmo mercado, parece-nos necessária para evitar o absurdo de que cada produto fabricado constituiria um mercado” [...]; no entanto, “frisamos que a regra deve ser usada levando-se em consideração o fim precípua da lei antitruste, que é sustentar¹⁹⁵ a concorrência. Para alcançar este fim, impõe-se a necessidade de um rigoroso exame, de verificar se os produtos são na realidade substituíveis razoavelmente um pelo outro. Por exemplo, o fato de existirem produtos que podem tecnicamente ser substituídos por outro produto não deve ser significativo se geralmente não são substituídos pelo público em geral”^{196,197}.

Mais do que o mercado importante, o conceito de *mercado relevante* denota algo com *mercado relativo*, ou *mercado pertinente*, no qual, os produtos dele integrantes são, em conjunto, objeto da concentração de ofertas e procura que caracterizam a própria noção econômica de mercado. Destarte, o mercado relevante é aquele que se compõe de produtos concorrentes.

É interessante notar que a já revogada Lei 8.158/91, ao dar nova redação à alínea d do art. 74 da Lei 4.137/62, fez menção aos atos que “não impliquem

¹⁹³ Shieber(1966, p. 43-49).

¹⁹⁴ Vaz (1993, p. 327), sustenta que “mercados nacionais” não se confundiriam com “mercado relevante”. A ilustre professora, todavia, não declina as razões de sua afirmação.

¹⁹⁵ Deveria ser: *preservar*; o emprego da palavra *sustentar* deve ter sido oriundo da tradução para o português da palavra inglesa *support*.

¹⁹⁶ Shieber (1966, p. 49). Vê-se, portanto, não ser a mera possibilidade técnica de substituição o único fator determinante da inclusão de um produto no mesmo mercado que outro. O hábito dos consumidores de efetuar tal substituição, no plano dos fatos, é fator decisivo Hovenkamp (1994, p. 89) refere-se à possibilidade de substituição aos olhos do consumidor (*substitutability at consumers eyes*).

¹⁹⁷ *Relevante*, não é o de importante (ou aquele que tem relevo), mas sim o de pertinente ou correspondente Segundo Webster’s ninth new collegiate dictionary, Merriam Webster(1979, p.247), *bearing on the matter at hand; [...] relevant implies a traceable, significant, logical connection*.

eliminação da concorrência em parte substancial do *mercado de bens ou serviços pertinentes*¹⁹⁸. No entanto, logo a seguir, o legislador parece ter-se deixado trair pelo anglicismo, na nova redação que deu ao § 2º. Do mencionado artigo 74, ao determinar a necessidade de submeterem-se à Secretaria Nacional de Direito Econômico os atos de concentração empresarial em que a empresa resultante participasse com mais de “vinte por cento do *mercado relevante*”. Importa, portanto, apreender-se o correto sentido do termo, já que o mercado relevante, para os efeitos da disciplina *antitruste*, nem sempre é econômica ou politicamente *importante*.¹⁹⁹

Hoverkamp²⁰⁰ conceitua mercado relevante como o menor grupo possível de operações de compra e venda os quais, as elasticidades de procura e oferta se apresentem suficientemente baixas, a ponto de tornar possível a uma empresa hipotética, que detivesse 100%(cem por cento) de participação em tal mercado, aumentar de forma lucrativa os preços, apreciavelmente acima de seus custos marginais, através da redução do volume ofertado.

¹⁹⁸ Grifo nosso.

¹⁹⁹ Pode ter sido este o motivo do engano cometido pelo CADE ao por fim ao Processo de Averiguações Preliminares 56-57, onde uma usina de leite era acusada de cortar, sem qualquer motivo, a quota de um distribuidor de Vila Galvão, um bairro da Cidade de Guarulhos. No caso em comento, o CADE entendeu *atípica* a conduta da representada, já que não poderia se caracterizar, entre outras condutas típicas também não configuradas, o domínio de mercados nacionais, aparentemente porque o mercado, naquele caso, era o bairro de Vila Galvão (Sobre o caso, ver Franceceschini e Franceschini (1985, p.232). A atipicidade de conduta, que foi a razão invocada pelo CADE para o trancamento do feito, claramente decorre da errônea concepção de que a disciplina antitruste seria matéria de Direito Penal. Todavia, se fosse seguida à risca a lição do Prof. Shieber(1966), a respeito do conceito de mercado relevante, principalmente diante do fato de que a empresa distribuidora de leite alegava não poder encontrar suprimento junto a outras usinas, provavelmente aquele Conselho iria considerar, ao menos *prima facie*, como relevante o mercado de Vila Galvão, apesar de sua aparente pouca *importância econômica*.

Em outros casos, a questão do mercado relevante também esteve em discussão perante o CADE, quando aconteceu quando a cidade de Belo Horizonte foi considerada o *mercado relevante*, ao argumento de não ter a defesa produzido prova de que, para a população belohorizontina, manteiga servisse como sucedâneo de margarina. Engano semelhante parece ter sido cometido em um dos poucos casos em que a discussão sobre o Abuso do Poder Econômico chegou à Justiça, onde foi afirmado, no julgamento de primeira instância: “E, na espécie, a associação da autora com a reclamante cingiu-se exclusivamente a beneficiamento e comercialização de feijão, em pequenas quantidades que, segundo a prova, não significariam o domínio sequer do mercado local de Paranaguá, quanto mais a do mercado nacional, caso em que tipificaria o abuso” (FRANCESCHINI; FRANCESCHINI, 1958, p. 77).

Já em outra ocasião, quando o mercado de detergentes parece ter sido considerado o relevante. Assim, vê-se que a exata compreensão do conceito de mercado relevante já era indispensável, mesmo antes de sua expressa adoção pela legislação brasileira.

²⁰⁰ Hoverkamp (1994, p. 83): “A relevant market is the smallest grouping of sales for which the elasticity of demand and supply are sufficiently low that a firm with 100% of that grouping could profitably reduce output and increase price substantially above marginal cost.”

Na Comunidade Européia, como aponta D. G. Goyder²⁰¹, a questão da delimitação do *mercado relevante*, semelhantemente ao que ocorre nos Estados Unidos, envolve, por um lado, a definição do mercado segundo os produtos dele integrantes (o mercado de produtos) e, por outro lado, a identificação de seus limites geográficos (o mercado geográfico). Quanto ao primeiro aspecto, a Comissão Européia, em seu *Telecommunications (Antitrust) Guidelines*²⁰², adotou uma útil definição de que seja um mercado de produtos, conceito que aqui se pode estender ao de mercado relevante, dele abstraindo-se, por ora, a sua dimensão geográfica: “um mercado de produtos compreende a totalidade dos produtos que, dadas as suas características, são particularmente aptos a satisfazer as necessidades homogêneas e que são intercambiáveis com outros produtos somente de forma limitada, em termos de preços, utilização e da preferência dos consumidores. A análise dos produtos pertinentes, se limitada às suas características objetivas, pode não ser suficiente: as condições concorrenenciais e a estrutura da oferta e procura também devem ser levadas em conta”.²⁰³.

Como se vê, a identificação do mercado relevante é ato prévio e indispensável à correta análise *antitruste*. O mercado relevante é o contexto onde se manifesta o poder econômico, em virtude do que uma errônea avaliação do primeiro induzirá a erro também quando da avaliação do segundo. A tarefa de identificação do mercado relevante, como ver-se-á a seguir, vai porém além do nível de simplificação dos conceitos expostos, já que comporta três dimensões: a dimensão da procura, a da oferta e a dimensão geográfica.

²⁰¹ Goyder (1988, p. 344) coloca o problema da definição de Mercado relevante como a definição de um *product market* e de um *geographic market*.

²⁰² Goyder (1988, 346). Eis o texto original transcrito pelo autor: “a product market comprises the totality of the products which, with respect to their characteristics, are particularly suitable for satisfying constant needs and are only to a limited extent interchangeable with other products in terms of price, usage and consumer preference. An examination limited to the objective characteristics only of the relevant products cannot be sufficient: the competitive conditions and structures of supply and demand on the market must also be taken into consideration”.

²⁰³ Vê-se que o conceito adotado na Europa não difere muito daquele enunciado pelo Prof. Shieber(1966) na década de sessenta. No caso de *United Brands*, por exemplo, O Tribunal de Justiça das Comunidades Européias considerou o mercado de bananas como o mercado relevante, apartado, ao contrário do que pretendia a mencionada empresa, de um mercado de frutas de diferentes tipos.

6.2.3 O mercado relevante segundo a procura

Devem ser incluídos no mercado relevante todos os produtos (ou serviços) que sejam genericamente idênticos ou, ao menos, aqueles que, apesar de não serem idênticos, sejam ditos pelos consumidores como relativamente bons substitutos uns dos outros²⁰⁴. Assim, caso os consumidores considerem os cabos elétricos de cobre como bons sucedâneos dos cabos de alumínio, os consumidores deste último passarão a optar pelos primeiros, caso o produtos de alumínio venha a elevar demasiadamente seus preços. Os produtores de cabos de cobre, assim, são concorrentes dos produtores de cabos de alumínio.

A maior ou menor intensidade com que os consumidores exerçam a sua opção entre um ou outro produto, segundo variações de preço, será expressa pelo índice de *elasticidade cruzada da procura*. Diversamente do conceito de elasticidade da procura, anteriormente abordado, que expressa a razão da variação da procura por um bem em função de variações em seu preço, a noção de elasticidade cruzada da procura expressa a razão das variações da procura por um determinado produto em função de variações no preço de outro produto. Assim, a *elasticidade cruzada* será alta quando uma dada variação de preço no produto analisado provocar um grande aumento na procura do *produto paradigma*, e será baixa quando esta mesma variação de preços não cause sensível variação na procura de outro produto. Se a elasticidade for alta, isto será sugestivo de que os produtos devem ser incluídos no mesmo mercado relevante, porque são bons substitutos um do outro. A baixa elasticidade cruzada, ao contrário, indica que os produtos devam ser considerados como integrantes de mercado diversos, por serem tidos pelos consumidores como maus substitutos. A elasticidade cruzada²⁰⁵ reflete, em outras palavras, a *razão de*

²⁰⁴ Goyder (1988, p. 139).

²⁰⁵ No caso *Du Pont*, a Suprema Corte Americana, ao considerar como relevante o mercado de *materiais flexíveis para embalagem*, e não o mercado de celofane lançou mão da análise da elasticidade cruzada da procura entre o celofane e os outros materiais, tendo em vista a “grande sensibilidade” dos consumidores a variações na qualidade e preço entre eles. Nas palavras do Justice Reed (FOX; SULLIVAN, 1989, p.133): “Na element for consideration as to cross-elasticity of demand between products is the responsiveness of the Sales of one product to price changes of the other. If a slight decrease in the price of cellophane causes a considerable number the costomers of other flexible wrappings to switch to cellophane, it would be an indication that a hight cross-elasticity of demand exists between them; that the products compete in the same market. The court below held

sucessaneidade entre dois produtos. Assim, se os consumidores considerarem dois produtos como bons substitutos²⁰⁶, será alta essa *razão*, ao passo que será baixa quando os dois produtos forem considerados maus substitutos pelos consumidores²⁰⁷.

Todavia, a elasticidade cruzada da procura é um dado que não deve ser tomado isoladamente, pois sua presença em níveis elevados não revela necessariamente a ausência de poder econômico. Como ensinam Areeda & Kaplow, na realidade, o que limita o poder do agente econômico sobre os preços é a elasticidade da procura de seu produto, e não exatamente a elasticidade cruzada existente entre ele e qualquer outro produto que seja. Medir-se o nível de poder econômico de alguém significa aferir-se a intensidade da razão em que suas vendas caem à medida que os preços sejam aumentados, pouco importando qual seja o motivo de tal redução de vendas, se a substituição por outro produto, ou mesmo a simples privação das necessidades dos consumidores “the choice to do without”²⁰⁸. A elasticidade da procura será necessariamente resultante de todas as elasticidades cruzadas entre o produto em exame e todos os outros bens existentes²⁰⁹.

Para Hovenkamp, toda empresa, dotada de poder econômico ou não, procura estabelecer seu preço na porção elástica da procura. É em algum ponto da parte elástica da curva de procura que se localizará o preço de maximização de ganhos, o qual será o maior preço que o produtor pode cobrar sem que haja perda de parcela substancial de suas vendas²¹⁰. Fox e Sullivan também chamam atenção para esse fato, afirmando que o preço de uma empresa que detenha o poder

that the ‘[g]reat sensitivity of customers in the flexible packaging markets to price or quality changes’ prevented Du Pont from possessing markets to price. The record sustains these findings. We conclude that cellophane’s interchangeability with other materials mentioned suffices to make it a part of this flexible packaging material market”.

²⁰⁶ Também os Mergers Guidelines de 1992 do Departamento de Justiça norte-americano, tomam em consideração a elasticidade cruzada de procura como parâmetro na delimitação do mercado relevante. Disponível em : <https://www.justice.gov/archives/atr/1992-merger-guidelines>. Acesso em 20/03/2000

²⁰⁷ Como ensinam Garfalo e Carvalho (1978, p. 163), poderá ocorrer, ainda, que o coeficiente de elasticidade cruzada apresente sinal negativo, o que ocorrerá quando um aumento (ou redução) do preço de um produto provocar um decréscimo (ou elevação) da quantidade procurada do outro bem. Tratar-se-á, então, não de bens sucedâneos, mas de bens complementares: a utilidade do bem complementar está associada ao nível de utilização do bem principal, como pode ocorrer, por exemplo, entre pneus e câmaras de ar, canetas esferográficas e as respectivas cargas entre outros.

²⁰⁸ A escolha de fazer ou realizar algo sem a utilização do produto tradicionalmente escolhido.

²⁰⁹ Garfalo e Carvalho (1978, p. 176): “Although difficult to procure , econometric evidence of market elasticity is generally more readily and reliably obtained than particular cross-elasticities.”

²¹⁰ Garfalo e Carvalho (1978, p. 100).

econômico se localizará na porção elástica da procura, no ponto em que tenha ela elevado seus ganhos ao máximo e onde um incremento adicional no preço provocará sensível queda nas vendas, de forma que tal aumento de preço se torne desinteressante²¹¹. Assim, um monopolista que esteja maximizando seus lucros, caso venha a elevar seus preços, perderá parcela substancial de seus negócios. Para ele, acima desse ponto, a curva de procura apresentará um perfil inelástico. Nessas condições, a alta elasticidade cruzada da procura que em tal ponto possa vir a revelar-se, mais do que demonstrar que esse monopolista não possui poder econômico, denota que ele já está exercendo esse poder, maximizando seus lucros²¹². Destarte, o fato de ser alta a elasticidade cruzada da procura, aos preços vigentes no mercado – que podem estar em nível de preço de monopólio -, não demonstra que ela também se mostraria alta, caso fosse apurada a *preços competitivos*.²¹³

Para Hovemkamp, em casos como o da *Du Pont*, há que se considerar o grau de semelhança entre os produtos. Quando os insumos utilizados no fabrico dos produtos forem aproximadamente os mesmos, sendo também semelhante o *design* e a tecnologia de produção, de forma que se possa presumir que os custos de produção sejam equivalentes, isto será indicativo de que os produtos em comparação integram o mesmo mercado relevante. Em decorrência, nem sempre o

²¹¹ Garofalo e Carvalho (1978, p. 139).

²¹² Cf. Hovemkamp (1994, p. 100).

²¹³ Para Hovemkamp (1994), no Caso *Du Pont*, o tribunal não deveria ter-se baseado exclusivamente na alta elasticidade cruzada da procura, tomada a preços vigentes no mercado. Como afirma esse autor, entretanto, em regra é impossível estimar-se qual seria a elasticidade cruzada da procura a preços competitivos, apurados com base no custo marginal, em vista das dificuldades existentes na coleta dos dados necessários para tanto. Inobstante, alguns outros fatores devem ser analisados, a fim de se investigar a existência de poder monopolístico. Um breve comentário faz-se necessário à compreensão da crítica levada a efeito por Hovenkamp. A secção segunda do Sherman Act, em linhas gerais, incrimina a *monopolização* ou a *tentativa de monopolização* de parcela do comércio interestadual ou internacional. A *Du Pont*, no caso em exame, foi acusada de monopolizar o mercado de celofane, estando, assim, segunda a acusação, incursa na previsão contida no mencionado dispositivo legal. Afirmou a Suprema Corte que a questão *sob examine* consistia em saber se a *Du Pont* detinha ou não “poder monopolístico”, isto é, nas palavras da Corte, “o poder de controlar preços ou de excluir a concorrência”. Foi afirmado, ainda, por aquele tribunal que, qualquer que fosse o mercado relevante, se ficasse demonstrado possuir a *Du Pont* esse poder de controlar preços ou excluir a concorrência, ter-se-ia por caracterizada a figura prevista na mencionada secção do Sherman Act. São estas as palavras da Corte: “Whatever the market may be, we hold that control of price or competition establishes the existence of monopoly power under § 2º [...]. Assim, o foco da discussão no caso *Du Pont* era se tal empresa desfrutava ou não desse poder monopolístico (HOVEMKAMP, 1994, p. 100-101). Daí a crítica de Hovenkamp, ao fato da Corte ter-se contentado apenas com a análise da elasticidade cruzada da procura a preços concorrentes no mercado, como fator decisivo na conclusão pela ausência desse poder. Para ele, outros fatores também deveriam ter sido levados em conta.

fato de dois produtos servirem aos mesmos propósitos coloca-se num mesmo mercado relevante. Com efeito, dificilmente poderemos considerar como integrantes de um mesmo mercado esponjas sintéticas e máquinas de lavar louça, apesar de ambas serem utilizadas para a lavagem de pratos. O nível de semelhança e o conteúdo tecnológico são decisivos. Porém, segundo o mencionado autor, o emprego da mesma tecnologia não terá relevância, na análise da existência de poder econômico, caso haja uma empresa sensivelmente maior do que as demais, e empresas menores que tenham recebido sua tecnologia da empresa dominante, através da licença e de pagamento de *royalties*, cujos valores sejam suficientemente altos para permitir à empresa de maior porte o exercício de “poder monopolístico” na fixação de seus próprios preços.

Em segundo lugar, ainda segundo Hovenkamp, há que se investigar a existência de *lucros monopolísticos*, tarefa que também não é fácil, tendo em vista as dificuldades existentes na avaliação do lucro econômico, com base nos registros contábeis das empresas, conforme adiante analisado. Por outro lado, há de se ter em vista que lucros modestos, ou mesmo prejuízos, não significam necessariamente a ausência de monopólio, mas sim, às vezes, a presença de um monopolista pouco preocupado com seus custos ou, já em si, a própria prática abusiva²¹⁴.

Finalmente, devem-se observar as movimentações de preços ocorridas no passado entre os produtos comparados^{215,216}.

Do até aqui exposto, verifica-se que o conceito de mercado relevante tem natureza instrumental: serve ele ao propósito de identificar, ulteriormente, a existência de poder econômico. A elasticidade cruzada de procura revela-se muito útil na tarefa de dimensionar o mercado relevante, principalmente em termos não só da possibilidade técnica de substituição entre produtos, mas também no que se refere às preferências efetivas dos consumidores. Todavia, outros fatores também devem ser considerados, pois a possibilidade de substituição entre produtos não é

²¹⁴ Areeda e Kaplow (1967, p. 44).

²¹⁵ Assim, exemplifica Hovenkamp (1994, p.102) se no caso *Du Pont*, os preços do celofane viessem caindo ao longo dos tempos, enquanto o preço do papel manteiga se tivesse mantido estável, isso seria indicativo de que ambos os produtos integrariam mercados diferentes, ao passo que se o preço do papel manteiga tivesse também declinado, à semelhança do que ocorreria com o celofane, isto sugeriria que ambos se incluiriam no mesmo mercado relevante.

²¹⁶ Como salientam Areeda e Kaplow (1967, p. 571), a existência de nível elevado de substituição entre produtos, em face de um aumento no preço vigente no mercado, não nos revela se a empresa em análise já não estava previamente exercendo parcela substancial de poder econômico, cobrando preços superiores aos puramente concorrenenciais.

um dado absoluto, mas sim uma questão de grau. Um produto pode ser considerado pelos consumidores como um substituto razoável de outro, quando este esteja sendo negociado por seu produtor a preço de monopólio. Mas os consumidores poderiam não considerar essa possibilidade de substituição caso tal produto estivesse sendo vendido a preços competitivos, o que claramente colocaria os produtos em questão em mercados diferentes. Não se deve, pois, superestimar a importância da possibilidade de substituição, mas precisamente, da existência da alta elasticidade cruzada de procura, já que ela sozinha não demonstra a ausência de poder econômico.

Mas tudo é uma questão de grau. Pode ocorrer que esse indivíduo, anteriormente não enfrentando concorrência, tenha exercido seu poder econômico, aumentando arbitariamente os preços até o ponto em que seus consumidores, submetidos ao nível máximo de exploração, em nível concorrencial, não tem o mesmo significado do que em nível de abuso do poder. Daí a importância de examinarmos também, além da própria elasticidade da procura, podendo-se valer daquela como uma maneira indireta de avaliar esta última.

6.2.4 O mercado relevante segundo a oferta

À semelhança do que ocorre com a possibilidade de substituição entre produtos, tanto a possibilidade de entrada de novos competidores, como a capacidade de os atuais concorrentes aumentarem sua produção, também limitam o poder econômico que possa ser exercido pelos indivíduos. Tais fatores influirão sobre a oferta, tornando-a tanto mais elástica quanto maior for essa *concorrência potencial*. Como ensina Hovenkamp, um determinado grupo de operações de compra e venda não caracteriza um mercado relevante a não ser que tanto a elasticidade da procura como a da oferta sejam suficientemente baixas²¹⁷.

²¹⁷ Hovenkamp (1994, p.84). Suponhamos, por exemplo, que em dada localidade houvesse um só editor de livros de culinária, e vinte e cinco editores de romance. O editor de culinária deteria cem por cento de participação no mercado de “livro de culinária”, sendo que a procura por tais livros poderia ser bastante inelástica, já que os consumidores poderiam considerar os romances como maus substitutos dos livros de culinária. Mas também poderia ocorrer que os editores de romance fossem capazes de, muito facilmente, passar a editar livros de culinária, praticamente sem custos adicionais. Se isto ocorresse, qualquer tentativa do editor de culinária de aumentar seus lucros acima dos níveis

A elasticidade da oferta, prossegue o aludido autor, pode influir na análise *antitruste* de duas formas diferentes. A primeira, através da inclusão no mercado relevante das empresas que, mesmo produzindo bens não concorrentes do produto sob consideração, possam facilmente redirecionar a sua produção, passando a produzir bens semelhantes, caso atraídas por um eventual aumento de preços. A segunda, quanto tais empresas não sejam incluídas no mercado relevante, mas a facilidade de seu ingresso em tal mercado seja considerada sob o aspecto de *baixas barreiras à entrada*, limitadoras do poder econômico do agente analisado. A escolha entre a primeira e a segunda hipótese dependerá de diversos fatores. Se for possível de antemão identificar as empresas que possam redirecionar sua produção, a análise tenderá a incluir tais empresas diretamente no mercado relevante. Diversamente ocorrerá, caso tais empresas, desde logo, não possam ser identificadas, ou quando se considere que, apesar de ainda inexistentes, seu surgimento seja provável, por razões econômicas. Neste último caso, a hipótese tenderá a ser tratada no campo *barreiras à entrada*²¹⁸.

Os *Mergers Guidelines*, de 1992, oferecem um critério para distinção: distinguem os concorrentes potenciais *committed* dos *uncommitted*, expressões que Nuno T.P. Carvalho²¹⁹ houve por bem traduzir por *participantes comprometidos* ou *não-comprometidos*.

Como se vê, trata-se de possibilidade de substituição do lado da oferta²²⁰. Semelhantemente ao que ocorre do lado da procura, onde consumidores podem optar por sucedâneos em caso de aumento de preços em dado produto, no campo da oferta tal substituição pode ocorrer através do redirecionamento de recursos produtivos, anteriormente ociosos ou destinados à produção de outros bens menos

competitivos atrairia a atenção dos editores de romances, que também passariam a publicar livros de culinária, o que seria indicativo de que tanto os livros de culinária como os romances deveriam ser incluídos no mesmo mercado relevante.

²¹⁸ Hovenkamp (1994, p. 107).

²¹⁹ Todavia, não é exatamente a idéia de “comprometimento” que parece esta contida no termo empregado pelo *Guidelines*. Uma tradução mais precisa parece ser “concorrentes potenciais de baixo risco” (*uncommitted*) e “concorrentes potenciais de alto risco” (*committed*). Segundo os *Guidelines*, os primeiros são aqueles que podem ingressar mais facilmente no mercado, sem que para isso tenham de arcar com substanciais investimentos a fundo perdido, ou seja, aqueles investimentos que não possam ser recuperados caso tal concorrente venha a abandonar sua empreitada. Os últimos são aqueles que, ao contrário, estejam obrigados a efetuar tais investimentos de forma substancial. No primeiro caso, os concorrentes potenciais são incluídos no mercado relevante; no segundo, não o são (CARVALHO, 1995, p.131).

²²⁰ Hovenkamp (1994, p. 102) menciona que os tribunais normalmente se referem a este aspecto como *supply substitutability*,

escassos. Todavia, uma pequena distinção deve ser feita. Viu-se que a possibilidade de substituição no lado da procura deve ser considerada “aos olhos do consumidor”, ou seja, deverá levar em conta os hábitos e as preferências pessoais e não somente a “possibilidade técnica” de substituição. No campo da oferta, ao contrário, as preferências dos consumidores não terão tal influencia²²¹.

Sob o aspecto da oferta, portanto, a tarefa de delimitar o mercado relevante reside principalmente em examinar a *elasticidade da oferta*. Nesse contexto, dois fatores serão de suma importância: a existência de eventual excesso de capacidade instalada e a possibilidade de expansão²²² dos competidores de um lado e, de outro, a possibilidade de ocorrer um influxo de produção externa²²³ oriunda de outros mercados geográficos, atraída por eventual aumento de preços capaz de justificar os maiores custos de transporte e distribuição. Neste segundo aspecto, a possibilidade de importação de mercados internacionais assume especial relevância.

Hovenkamp tece críticas à solução adotada no Caso *Alcoa*²²⁴, no qual o tribunal considerou compreendidos no mercado relevante somente os dez por cento do mercado de alumínio primário que então, eram efetivamente atendidos por produtores sediados fora dos Estados Unidos. Para o autor, o fato de que algum alumínio estava sendo importado pelos Estados Unidos era indicativo de que a *Alcoa*, muito embora pudesse estar cobrando um preço superior ao seu custo marginal, não era capaz de excluir a concorrência internacional. Isto seria sugestivo de que a *Alcoa* não detinha o poder de excluir tais importações, por não possuir custos suficientemente baixos para tanto²²⁵

²²¹ Tomemos o exemplo anterior, onde o mercado relevante deveria incluir tanto os livros de culinária como os romances. A inclusão de ambas as espécies literárias no mesmo mercado relevante seria de se impor, mesmo que, “aos olhos dos consumidores”, livros de culinária e romances não fossem sucedâneos uns dos outros, não estando os consumidores habituados a efetuar tal sorte de substituição. Nesse sentido, veja-se Hovenkamp (1994, p.91).

²²² Areeda e Kaplow (1967, p.579) tratam não só do excesso de capacidade instalada, mas também da possibilidade de expansão dos atuais concorrentes. Referem que o aumento de capacidade quase sempre é possível no longo prazo e, muitas vezes, não o é no curto prazo. O tempo necessário à ampliação da produção deve ser levado em conta, pois durante o mesmo é possível a exploração dos consumidores. Hovenkamp (1994, p. 102), por sua vez, limita-se a mencionar o excesso de capacidade.

²²³ O termo em inglês é *divertible production* (HOVENKAMP, 1994, p. 102), ou *geographic diversion* (FOX; SULLIVAN, 1989, p. 140).

²²⁴ *United States v. Aluminum Company of América*, 148 F2d 416 (2nd cir. 1945), in Fox e Sullivan (1989, p.114 e segs).

²²⁵ Fox e Sullivan (1989, p. 103). Tratava-se de acusação de monopolização de atividade, onde o controle sobre os preços e a capacidade de excluir a concorrência são dados essenciais.

Como aponta Hovenkamp, a decisão sobre *em que medida* deva ser incluída a produção internacional no mercado relevante é deveras complexa. Primeiramente, porque o fato de haver alguma importação não autoriza a conclusão de que todo o mercado internacional deva ser incluído no mercado relevante. Pode ocorrer que somente produtores localizados em países mais próximos estejam em condições de exercer concorrência efetiva, caso em que somente eles poderão ser considerados, e não o restante da produção mundial. Em segundo lugar, porque pode ocorrer que a estratégia de maximização de lucros do monopolista inclua a tolerância a alguma concorrência internacional, restrita pela política de preços do monopolista e pelos custos crescentes de seus competidores internacionais. Finalmente, porque muito embora seja mais fácil de se incluir a produção internacional no mercado relevante, quando se trate de produtos homogêneos, a diferenciação de produtos tornará cada vez mais difícil tal inclusão. A preferência dos consumidores em relação ao produto importado sobre o nacional, ou vice-versa, pode dar espaço para cobrança de preços distantes dos competitivos, já que os consumidores terão em conta, como critério de escolha, não somente no fator preço²²⁶, mas elementos que dizem respeito à própria distribuição geográfica das possibilidades de escolha.

6.2.5 O mercado relevante e sua delimitação geográfica

A dimensão geográfica do mercado relevante é, ordinariamente, questão intimamente ligada aos custos de transporte e distribuição. Segundo conceitua Hovenkamp, o mercado geograficamente relevante é aquele em que uma empresa detentora de poder económico seja capaz de aumentar seus preços sem que: 1) seus clientes passem imediatamente a se abastecer de produtos semelhantes em fontes de suprimento situadas em outras localidades; e sem que 2) empresas concorrentes, sediadas em outras localidades geográficas, redirecionem sua produção para a

²²⁶ Hovenkamp (1994, p. 102-105). Duas outras razões são apontadas pelo autor: de acordo com a primeira, a produção internacional somente deve ser incluída no mercado relevante quando não haja limitações legais ou contratuais ao seu ingresso no mercado nacional; de acordo com a segunda, deve-se levar em conta que, às vezes, a possibilidade de os rivais aumentarem a produção em caso de um aumento adicional de preço pode não limitar o poder do monopolista de cobrar o preço, já excessivo, em seus níveis vigentes.

localidade em apreço, a fim de aí oferecerem seus produtos sucedâneos. Caso o aludido aumento de preços venha a ensejar um aumento na concorrência, por qualquer uma dessas duas hipóteses, teremos de ampliar a dimensão geográfica do mercado em análise, seja porque, no primeiro caso, a procura não é suficientemente inelástica, ou porque, no segundo, a oferta não o é²²⁷. Neste sentido, determinar qual seja o mercado relevante é determinar a área em que as empresas nela situadas tenham uma vantagem de custo sobre as empresas localizadas fora dessa mesma área. Isso permitirá às empresas incluídas em tal área estabelecer seus preços tanto acima dos níveis competitivos quanto maior for a magnitude dessa vantagem de custos²²⁸.

Assim, pode-se dizer que a dimensão geográfica do mercado relevante, quando ligada à questão do transporte, depende fundamentalmente, como salienta Hovenkamp: a) dos custos de transporte; b) do valor unitário do produto; e c) da magnitude do aumento hipotético de preços, tido como expressão de poder econômico relevante.²²⁹

O comportamento dos preços nas diversas localidades geográficas assumirá especial importância ao examinar-se a adequação de incluí-las ou não em um mesmo mercado relevante. Isso porque os preços em determinada área podem estar limitados tanto pelas vendas efetivas de produtores de outra área, como também pela mera potencialidade de essas vendas virem a concretizar-se em caso de aumento de preços. Deste modo, se nas diversas localidades em exame se verificar uma variação uniforme de preços, mesmo que não tenha havido intercâmbio efetivo de mercadorias, isso será indicativo de que todas elas devam ser incluídas no mesmo mercado relevante. Hipótese diversa se verificará quando uma dada variação de preços em uma das localidades não for, acompanhada pelas demais, o que sugerirá que esta determinada área constitui por si só um mercado relevante²³⁰, apartado das demais.

²²⁷ Hovenkamp (1994, p. 108).

²²⁸ Hovenkamp (1994, p. 112).

²²⁹ Hovenkamp (1994, p. 109). Segundo o autor, a dimensão mínima do mercado será definida pela fórmula: $M = I/C/T$, onde: M é o raio do mercado relevante, com o seu centro na planta de produção sob análise; 7 é o percentual de aumento de preços que seja relevante para a análise antitruste; C é o custo de produção do produto ou o seu preço puramente concorrencial; T são os custos de transporte, expressos em unidade monetária por unidade de distância. Observa, ainda, que a fórmula é válida apenas quando os custos de transporte sejam constantes e iguais para todas as empresas, e que sua principal vantagem é a de delimitar a dimensão mínima do mercado relevante sem cogitar sobre a localização dos consumidores. Caso da aplicação da fórmula não decorra um mercado suficientemente grande para excluir a existência de poder econômico do agente analisado, não haverá alternativa senão a de examinar a localização dos consumidores efetivos e dos potenciais concorrentes, procurando determinar quantas vendas seriam efetivamente perdidas, na hipótese de aumento de preços.

²³⁰ Cf. Areeda e Kaplow (1967, p. 578) e Hovenkamp (1994, p. 111-113).

Como sói acontecer em matéria de tutela jurídica do poder económico, a solução da questão será eminentemente casuística, tendo em vista, que os mercados relevantes podem revelar-se bastante assimétricos.

Ainda segundo Hovenkamp, o conceito de mercado relevante não se confunde com a área de atuação das diversas empresas, ou seja, a área onde usualmente o vendedor encontra seus consumidores. Em verdade, prossegue o autor, os dois conceitos são verdadeiramente opostos: suponha-se o caso de duas pequenas cidades próximas, existindo em uma delas, a cidade A, um só comerciante de calçados, cujos clientes sejam todos habitantes dessa mesma cidade. Poderá ocorrer, todavia, que metade dos habitantes da cidade A dirija-se normalmente à cidade B para comprar calçados, muito embora nenhum habitante da cidade B faça o mesmo em relação à cidade A. A área de atuação do comerciante situado na cidade A, portanto, será a própria cidade A, já que ali terá todos os seus consumidores. O mercado relevante, ao contrário, será composto por ambas as cidades. Assim, para Hovenkamp, a noção de área de atuação expressa a extensão geográfica em que os consumidores estão dispostos a locomover-se para adquirir determinado produto de um dado agente económico. O conceito de *mercado relevante*, por seu turno, mede a extensão do quanto os consumidores estarão dispostos a locomover-se para evitar ter de adquiri-lo²³¹ desse mesmo agente.

O mercado relevante adquirirá dimensões mais reduzidas à medida que sejam os consumidores e não os produtores que devam locomover-se²³², e também, em tal hipótese, quanto menor for o preço unitário do produto. Isso porque será razoável esperar-se que os consumidores não estejam dispostos a viajar longas distâncias para adquirir produtos de baixo valor, ainda que pagando um preço relativamente inferior.

Também um maior grau de diferenciação do produto tenderá a tornar os mercados relevantes de dimensões mais reduzidas, na medida em que aspectos como o de lealdade de marca habilitem um determinado agente económico a aumentar seus preços sem perder parcela substancial das vendas ou, em outras palavras, na medida em que a diferenciação do produto torne a procura mais inelástica do que em relação a produtos homogéneos.

É necessário ressaltar, todavia, como já referido, que tanto a elasticidade da procura como a da oferta devem ser suficientemente baixas, a fim de ficar caracterizado um mercado relevante. Assim, ainda que os fenómenos aludidos sejam capazes de influir

61 Hovenkamp (1994, p. 113).

62 Cf. Hovenkamp (1994, p. 110).

sobre a elasticidade da procura, também a elasticidade da oferta deve ser considerada, buscando-se identificar a área geográfica onde a oferta seja suficientemente inelástica, para que se possa ter por caracterizado o *mercado relevante*.

A existência de *discriminação de preços* em determinada área, finalmente, poderá ser indicativa de que tal área representa um mercado relevante. Tem-se por *discriminação de preços* a cobrança de preços diferenciados sem justificativa na variação de custos²³³. Se determinada empresa, sem aparentes razões de custo, cobra preços diferenciados em duas diversas localidades, tal fato está a demonstrar que, em pelo menos uma delas, essa empresa goza de substancial parcela de poder econômico.

Uma última advertência deve ser feita. Tal como em relação à elasticidade cruzada da procura, para Hovenkamp a consideração da opção dos consumidores por produtos sucedâneos, situados em localidades diversas, aos preços correntes de mercado, bem como a disposição de produtores de outras localidades de redirecionarem sua produção, diante de tais preços, não querem isoladamente significar que se deva ampliar excessivamente a dimensão geográfica do mercado em consideração, uma vez que o preço vigente pode ser o de monopólio, já fruto de exercício abusivo de poder econômico.

O fato de os consumidores não estarem dispostos a suportar uma exploração adicional não significa que já não estejam sendo explorados pelo detentor de poder econômico. Assim também ocorrerá do lado da oferta, pois produtores podem ser atraídos por lucros excessivos, quando não o seriam, mediante taxas de retorno competitivas.

Portanto, na avaliação da dimensão geográfica do mercado relevante, não só as elasticidades de oferta de procura, ao preço vigente de mercado, devem ser consideradas, senão também os outros aspectos já referidos, a fim de se evitar a reedição daquilo a que Hovenkamp se refere como a *Falácia do Celofane*, já anteriormente abordada²³⁴.

⁶³ Hovenkamp (1994, p. 115).

²³⁴ Hovenkamp (1994, p. 98-102 e 108).

6.3 A POSIÇÃO DOMINANTE

6.3.1 Mercado e poder

Aos olhos da doutrina liberal clássica²³⁵, mercado e poder econômico são noções antitéticas. A concepção clássica de mercado pressupunha uma estrutura atomizada, onde nenhum dos agentes econômicos teria o poder de determinar o conteúdo ou a forma das relações econômicas. Sob a égide dos princípios da igualdade formal e da liberdade de contratar, construiu-se um modelo teórico segundo o qual o exercício das ganâncias individuais conduziria ao bem comum, modelo esse que ignorava por completo, e mesmo negava a existência de poder econômico²³⁶. Mas a estrutura anárquica dos mercados, como ensina Eros Roberto Grau, possibilitou o surgimento e manifestações de caráter despótico, pelo que "a liberdade indiscriminada de indústria e comércio deu causa ao aparecimento do totalitarismo econômico"²³⁷. Manifestações de poder nos mercados passaram a subjugar os mecanismos de freios e contrapesos que, na teoria, deveriam ser proporcionados pela contraposição das forças de oferta e procura, dando ensejo ao aparecimento de fenômenos de dominação, cujo principal efeito foi o enriquecimento dos poderosos em detrimento dos menos abastados²³⁸.

Salienta Fábio Konder Comparato que, sobretudo a partir da revolução industrial, a moral tradicional vem se preocupando com o problema da concentração de riqueza, numa perspectiva meramente distributivista. No entanto, o problema fundamental na economia moderna, mais do que a questão relativa à titularidade da riqueza, é o controle que se exerce sobre ela. Nesse sentido é que, ainda segundo

²³⁵ Adam Smith, *The Wealth of Nations* - obra que veio à luz no ano de 1776, em dois volumes. Dela se publicaram, em vida do autor, mais quatro edições, respectivamente em 1778, 1784, 1786 e 1789, em que fizeram ampliações e modificações do texto original. Citamos neste trabalho, a última edição, *The modern Library*, Nova York, 1937.

²³⁶ Grau (2000, p. 41).

²³⁷ Grau (1981, p. 16).

²³⁸ Comparato (1983, p. 396), afirma: "Na concepção econômica tradicional, se o mercado era organizado em função do consumidor, todo ato de produção seria, em princípio, benéfico à coletividade. Ainda aí, portanto, reduzia-se a atividade empresarial ao interesse particular do empresário. A consciência pública rejeita, atualmente, essa idéia simplista. A história adverte que todo o poder, livre de peias, degenera, naturalmente, em pura força, a serviço de seu titular."

Comparato, deve ser interpretada a tese marxista da concentração de capital, que não designa uma relação de propriedade, mas uma manifestação de poder²³⁹.

O surgimento do fenômeno da intervenção do Estado na economia, que se exerce em defesa dos mecanismos de mercado, supõe nas palavras de Eros Grau a "existência de um certo comprometimento entre intervencionismo econômico e mercado, eis que aquele está voltado à preservação deste"²⁴⁰. Abrange também a tutela da concorrência, que têm no *poder econômico* o principal objeto de sua análise. A preocupação com o controle do poder econômico em defesa dos mecanismos de mercado está na gênese da disciplina *antitruste* nacional, como se infere das palavras de Agamemnon Magalhães,²⁴¹: "o que é então o poder econômico? E o que resulta da posse dos meios de produção. Quando esses meios de produção, em certos setores da atividade, são dominados por um só indivíduo ou um grupo de indivíduos, são dominados por uma empresa ou grupo de empresas, evitando que outros deles também possam dispor, há abuso do poder econômico".

Modesto Carvalhosa²⁴², invocando os ensinamentos de Hossiaux, define o poder econômico como a "capacidade de opção econômica independente, naquilo que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenceis de mercado. Titular do poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das leis concorrenceis de mercado", afirmado ainda que tal independência não é absoluta, já que "a capacidade de decisão e de escolha é comparativamente grande, porém não ilimitada".

Vê-se, portanto, que a noção de poder econômico traz em si a antítese do modelo de concorrência perfeita, anteriormente abordado, onde nenhum dos agentes econômicos é capaz de influenciar, com suas atitudes individuais, o comportamento do mercado como um todo. O mercado, assim, é completamente alheio e independente em relação ao indivíduo, apresentando-lhe apenas a possibilidade de decisão entre "pegar" ou "largar". A situação de poder econômico, ao contrário, expressa a condição de independência na tomada das decisões econômicas, ou seja, a possibilidade de se tomar decisões fora dos limites que o mercado imporia em regime concorrencial puro.

²³⁹ Comparato (1983, p. 45).

²⁴⁰ Grau (1981, p. 61).

²⁴¹ Magalhães (1957, p. 3).

²⁴² Carvalhosa (1967, p. 2).

O indivíduo passa, assim, a condicionar e a conformar, com suas atitudes individuais, as suas relações econômicas de troca.

Não há que se confundir, por oportuno, o conteúdo da noção de poder económico com a eventual origem desse poder. O poder económico não é somente aquele que deriva da posse (ou propriedade) dos meios de produção. Muito embora, normalmente, o poder económico tenha sua origem no poder de controle empresarial, isto não quer dizer que tal fato sempre ocorrerá. Não é possível negar que o próprio Estado, quando recorre aos mercados para abastecer-se dos bens de que necessita, é dotado de notável poder económico, completamente distinto de seu poder político. Muitas vezes pode o Estado agir de forma independente do mercado, ditando as regras do jogo, sem que necessariamente esse poder decorra da posse ou propriedade dos meios de produção.²⁴³

O poder económico expressa, claramente, esta relação antitética com a noção tradicional de mercado. Para as finalidades de sua disciplina jurídica, o conceito de poder económico, assim, abrange aqueles produtores cuja participação na oferta global lhes confira a capacidade de reduzir a oferta com o objetivo de, aumentando os preços, maximizar seus lucros, ao mesmo tempo em que também compreende as situações de monopsônio e oligopsônio, onde o controle se dá pelo lado da procura, cuja retratação pode ensejar uma redução forçada de preços. Não há por que se adotar um conceito que inclua uma dessas situações e exclua a outra. Assim, pode-se dizer que, para efeitos de sua disciplina jurídica, *poder económico* é a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro. Poder económico é não só, mas fundamentalmente, o controle sobre os preços, uma vez que a concorrência, muito embora também possa ocorrer em relação à qualidade dos produtos (*concorrência não de preços ou concorrência pela qualidade*), com muito maior freqüência terá nos preços seu foco principal. Como referem Areeda e Kaplow²⁴⁴, é banal a existência de níveis moderados de poder económico. É óbvio que, fora dos modelos económicos ideais, muito comum será encontrar indivíduos com alguma capacidade de exercício de controle sobre

²⁴³ Veja-se, por exemplo, a ação dos Poderes Públicos no mercado de câmbio, onde agem diretamente, comprando e vendendo moedas, com grande dose de independência em suas decisões. O mesmo se diga a respeito dos mercados financeiros, onde os papéis da dívida pública vêm determinando as taxas de juros, mesmo com relação aos títulos privados. Nestes dois exemplos, é inegável o controle que o Estado exerce sobre a fixação dos preços.

²⁴⁴ Areeda e Kaplow (1967, p. 570).

os preços, sem que isso assuma necessária relevância no campo da política *antitruste*. Dessa forma, o *poder econômico* não se caracteriza como um questão de “tudo-ou-nada”, mas sobretudo como uma questão de grau. Pode ocorrer que o poder econômico desfrutado por um determinado agente, apesar de existente, não se revista da magnitude necessária para tornar-se objeto da atividade *antitruste* do Estado. Por outro lado, um outro agente econômico poderá vir a ser objeto dessas preocupações, mesmo não desfrutando de poder de caráter absoluto, por estar, em certa medida, limitado pelas condições impostas pelo mercado.

Salvo melhor juízo, não se justifica a restrição que os norte-americanos fazem ao definirem o conceito de *market power* como a capacidade de elevar os preços acima dos níveis competitivos, através da redução da oferta²⁴⁵, concepção essa que se limita injustificadamente a abordar o problema sob o ponto de vista da oferta, provavelmente porque a disciplina *antitruste* americana põe mais relevância no monopólio do que no monopsônio. Tanto o lado da oferta como o da procura devem ser levados em consideração, já que o controle sobre uma, tal como sobre a outra, pode desvirtuar a situação de equilíbrio de forças que se estabelece entre esses dois vetores econômicos dentro de um regime de mercado puramente concorrencial.

Tido o conceito de poder econômico, assim, como a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, diversamente do que decorreria em condições puramente concorenciais, ou seja, fundamentalmente a capacidade de controlar os preços, importa verificar qual o montante de poder econômico necessário para assumir relevância sob o ponto de vista do Direito Econômico.

6.3.2 A noção jurídica de posição dominante

Em nossa história legislativa, não fez a Lei 4.137/62 referência à expressão *posição dominante*. Provavelmente na esteira da tradição norte-americana, deu ênfase ao aspecto dos monopólios, conceituando o termo *condições monopolísticas*, em seu art. 5.º, como o fato de uma empresa ou grupo de empresas controlar em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço, a ponto de exercer influência preponderante sobre os respectivos preços. Ao mesmo tempo, definiu como abuso do poder econômico o fato de *dominar mercados nacionais ou eliminar total ou*

²⁴⁵ Veja-se, a respeito, Areeda e Kaplow (1967, p. 564); Fox e Sullivan (1986, p. 122); e Hovenkamp (1994, p. 79).

parcialmente a concorrência, através das práticas elencadas nas alíneas a a g, do inc, II do art. 1.º daquela lei.

Shieber preocupou-se em examinar o sentido da expressão *dominar mercados nacionais*²⁴⁶, valendo-se, como já abordado, do conceito de mercado relevante, oriundo do direito norte-americano, como sinônimo de *mercados nacionais*. Em relação ao sentido do verbo *dominar*, encontrou dois significados possíveis. Um primeiro, mais intenso (que denominou *exclusivo*), significando *elevar-se acima de, estar sobranceiro a alguma coisa*. De outro lado, um sentido mais brando (que denominou *não exclusivo*), de *exercer autoridade ou poder sobre algo*. Diante desses dois sentidos da palavra, manifestou o entendimento de que o termo *dominar mercados nacionais* deveria ser tido na acepção mais branda do verbo *dominar*, de forma a permitir que se enquadrasssem, na mencionada expressão legal, as situações em que não houvesse propriamente um monopólio, ou uma empresa substancialmente mais forte do que as demais, mas também aquelas em que houvesse poucas empresas detentoras de grande influência sobre o mercado, ou seja, uma hipótese de dominação coletiva. Com isso, buscou colocar também os oligopólios sob o regime da Lei 4.137/62²⁴⁷. Já para Pontes De Miranda²⁴⁸, a expressão *dominar mercados nacionais* significava "ficar em condições de poder impor preço de mão-de-obra, de matéria-prima, ou de produto, ou de regular, ao seu talante, as ofertas".

Em direito norte-americano, ao contrário do que ocorre com o conceito de mercado relevante, não existe expressão exatamente equivalente a *posição dominante*²⁴⁹. Com efeito, o poder econômico é tratado dentro do já aludido conceito de *marketpower*²⁵⁰, bem como no conceito de poder monopolístico, o qual se configura quando haja grande quantidade de poder de mercado (*marketpower*)²⁵¹. Então, a questão que lá se coloca, quando se tem em vista o delito de monopolização, é a de determinar qual a

246 Shieber (1966, p. 49 e segs).

247 Shieber (1966, p. 51).

248 Miranda (1947, p. 28).

249 Com a devida vénia, engana-se Carvalho (1995, p. 141), ao afirmar que a Suprema Corte Americana teria instituído a presunção de 1 "existência de posição dominante quando houvesse uma participação de mercado de 30%, no caso United States v. Philadelphia National Bank. O que ocorreu, na verdade, foi que a Corte considerou tal percentual incompatível com a secção sétima do Clayton Act, configurando concentração ameaçadora à livre concorrência.

250 A capacidade de aumentar os preços através da redução da oferta.

251 Areeda e Kaplow (1967, p. 564). A Suprema Corte dos EUA afirmou, no Caso Du Pont, "monopoly power is the power to control prices or exclude competition" (FOX; SULLIVAN, 1989, p. 130).

quantidade de poder²⁵² de mercado necessária para configurar-se o poder monopolístico²⁵³.

Em relação ao delito de *tentativa de monopolização*, apesar de não se poder formular uma regra geral, eis que a quantidade de poder de mercado necessária variará conforme a prática restritiva que se imputa²⁵⁴, as cortes americanas consideram que, em alguns casos, uma participação de mercado entre 30% e 50% já é suficiente, mas normalmente se exige participação superior aos 50% para a configuração da tentativa²⁵⁵. Como se vê, nos Estados Unidos, a quantidade de poder econômico necessária - evidenciada pela participação que o agente econômico detém no mercado - varia conforme seja a prática restritiva que lhe é imputada. Assim, por exemplo, na prática de vendas casadas (*tying arrangements*) e na exigência de pacto de exclusividade (*exclusive dealing*), a participação de mercado necessária varia ao redor de 30% (trinta por cento)²⁵⁶.

Muito embora não haja, na doutrina americana, referência explícita à expressão *posição dominante*, os termos *dominant firm* e *dominance* são encontradiços em larga escala, inclusive na jurisprudência²⁵⁷. Mas não é o direito norte-americano que parece ter inspirado o legislador brasileiro, ao adotar o conceito de posição dominante. Com efeito, o art. 86 do Tratado de Roma, da Comunidade Econômica Européia²⁵⁸, firmado no ano

²⁵² Segundo Hovenkamp (1994, p. 252), os tribunais norte-americanos costumam considerar o percentual de participação no mercado de 90% como suficiente à configuração de um monopólio. Há tribunais, todavia, ainda segundo esse autor, que já , entenderam existir o monopólio em percentuais ao redor dos 75%.

²⁵³ Areeda e Kaplow (1967, p. 564).

²⁵⁴ Hovenkamp (1994, p. 256), exemplificando, afirma que uma empresa que pretenda eliminar a concorrência dinamitando as fábricas dos competidores não necessita de poder de mercado para obter sucesso, mas tão somente de um sabotador e um fósforo

²⁵⁵ Hovenkamp (1994, p. 256).

²⁵⁶ Hovenkamp (1994, p. 120).

²⁵⁷ Assim, por exemplo, no Caso United Shoe (FOX; SULLIVAN, 1986, p. 151), a Suprema Corte, fazendo referência aos contratos de aluguel de máquinas utilizados por aquelas empresas: "They are contracts, arrangements, and policies which, instead of encouraging competition based on pure merit, further the dominance of a particular firm". Ou ainda, nas palavras da 2o., Circuit Court, no Caso Kodak: "Kodak has long been the dominant firm in the market thus defined" (FOX; SULLIVAN, 1989, p. 178, grifo nosso).

²⁵⁸ Artigolo 86 - incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

- a.nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non equi,
- b.nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori,
- c.nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza,

de 1957, qualifica de incompatível com o mercado comum o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma *posição dominante* no mercado comum ou numa parte substancial deste. A expressão *posição dominante*, ao contrário do direito norte-americano, foi adotada expressamente no seio do tratado da Comunidade Européia²⁵⁹.

Artigo 86 - É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a. Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas.
- b. Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores.
- c. Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência.
- d. Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

Em seus comentários ao aludido art. 86, Goyder²⁶⁰ afirma que o termo dominação é uma palavra abstrata, que quando usada no contexto comercial se refere a *uma posição de poder* em relação ao mercado definido segundo as características do(s) produto(s) dele integrante(s) (*product market*), e segundo seus limites geográficos (*geographic market*). Ainda segundo este autor, o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, quando da análise do Caso *United Brands*, pronunciou-se a respeito do conceito de *posição dominante* como sendo:

A posição de poder econômica desfrutada por um empreendimento capacita-o [...] a portar-se em uma posição privilegiada independentemente de seus competidores e clientes e essencialmente de seus consumidores. Em geral, deriva-se de uma combinação de vários fatores os quais tomados separadamente não são determinativos.²⁶¹

d.nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

²⁵⁹ Comunidade Econômica Européia. Tratado de Roma, da Comunidade Econômica Européia Disponível em: <<http://www.diritto.it/leggi.html2>>. Acesso em: 20 maio 2005.

²⁶⁰ Goyder (1988, p. 339).

²⁶¹ Goyder (1988, p. 340). "The position of economic strength enjoyed by an undertaking enabling it [...] to behave to an appreciable extent independently of its competitors and customers and ultimately

Uma definição mais elaborada do conceito de posição dominante, prossegue GOYDER, foi dada pela mesma Corte no Caso Hoffmann-La Roche, segundo a qual a posição dominante:

[...] relaciona-se a uma posição de força econômica desfrutada por um empreendimento que o capacita [...] a evitar competição efetiva que se mantenha no mercado pertinente proporcionando o poder de comportar-se numa posição privilegiada independentemente de seus competidores, de seus clientes e essencialmente de seus consumidores. Tal posição não impede qualquer competição a qual se realize onde haja um monopólio ou quase-monopólio, mas habilita o empreendimento que ganha com isto, se não determinar, pelo menos, a ter uma influência decisiva nas condições sob as quais aquela competição se desenvolverá, e em algum caso por atuar extensivamente menosprezando isto tão logo que tal conduta não opere em seu detimento. [...] A existência de uma posição dominante pode derivar de vários fatores os quais tomados em separados não são necessariamente determinativos, mas entre estes fatores, um altamente importante é a existência de grandes participações de mercado.²⁶²

Como se vê, na Comunidade Européia, a caracterização da posição dominante pode decorrer de várias circunstâncias, dentre as quais uma larga participação de mercado assume especial relevância. Entretanto, também outros fatores devem ser levados em conta, como as próprias características do mercado e mesmo a existência de *barreiras à entrada*. No Caso da *General Motors Continental*, a empresa vinha sendo acusada de exigir taxas excessivas para expedir um certificado de qualidade, necessário, segundo a lei belga, à obtenção de licença de importação de veículos na Bélgica, quando o importador fosse outro que não o representante autorizado pelo fabricante. Como salienta Goyder²⁶³, muito embora esta empresa tenha sido absolvida da acusação de prática abusiva, restou cristalizado o princípio de que, se uma empresa detém um privilégio legal, consistente numa atividade que lhe tenha sido delegada por um Estado ou outra autoridade pública, deve exercê-lo de forma a não abusar dos

of its consumers. In general, it derives from a combination of several factors which taken separately are not determinative".

²⁶² Goyder (1988, p. 340). "[...] relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers. Such a position does not preclude some competition which it does where there is a monopoly or quasi-monopoly but enables the undertaking which profits by it, if not to determine, at least to have an appreciable influence on the conditions under which that competition will develop, and in any case to act largely in disregard of it so long as such conduct does not operate to its detriment." [...] "The existence of a dominant position may derive from several factors which taken separately are not necessarily determinative but among these factors a highly important one is the existence of very large market shares".

²⁶³ Goyder (1988, p. 341)

poderes que lhe tenham sido conferidos, a fim de não se dar espaço a objetivos outros, como o de dificultar a importação de automóveis por agentes autônomos. A questão refere-se, bem se vê, à existência de *barreiras institucionais*.

Segundo Valentine Korah²⁶⁴, diversos problemas surgem quando da caracterização da posição dominante, já que não existem limites precisos entre concorrência e monopólio, revelando-se o poder no mercado como uma questão de grau. Menciona esse autor a decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades, no Caso *Hoffmann-La Roche*, onde a liberdade de ação da empresa acusada foi tida como característica típica da existência de posição dominante. Para chegar a tal conclusão, a Corte considerou relevantes os seguintes fatores: 1) a proporção existente entre a participação de mercado da empresa acusada e a de suas concorrentes; 2) sua liderança tecnológica; 3) sua rede de vendas altamente desenvolvida; e 4) a ausência de *concorrência potencial*. Nas palavras da Corte, "o primeiro" [fator] "porque possibilita a avaliação do poderio econômico da empresa, o segundo e o terceiro porque representam vantagens técnicas e comerciais, e o último porque ele é consequência da existência de obstáculos que impedem o acesso de concorrentes ao mercado"²⁶⁵. KORAH refere, ainda, trecho dessa mesma decisão, onde o Tribunal distinguiu a posição dominante da mera *simetria de condutas* entre concorrentes, peculiar aos oligopólios, quando não fundada em acordo anticoncorrencial. Para a Corte, na *simetria de condutas* as empresas interagem, enquanto na posição dominante os lucros são determinados em grande medida de forma unilateral, estando a empresa livre do sistema de freios e contrapesos que o mercado lhe imporia, se em clima de concorrência pura. Isto parece indicar, conforme afirma Korah, que o Tribunal teria rejeitado a possibilidade de haver uma *posição dominante coletiva*, em relação às hipóteses em que não haja acordo entre concorrentes, muito embora a Comissão Européia tenha-se referido a tal espécie de dominação, no curso de suas investigações acerca da indústria petrolífera²⁶⁶. Goyder, por sua vez, afirma que, tradicionalmente, a

²⁶⁴ Korah (1996, p. 408).Aborda o Conceito de posição dominante dentro do significado do artigo 86, revisão da Lei do Mercado Comum de 1980, 17-395

²⁶⁵ Korah (1996, p. 408).

²⁶⁶ Korah (1996, p. 398), muito embora pareça entender que as Cortes Européias rejeitam o conceito de dominação coletiva, em nota de rodapé afirma que a Comissão Européia, no Caso do Cartel do Açúcar, considerou dois produtores holandeses como dominantes em conjunto : (posição dominante coletiva), pelo fato de possuírem estratégias de marketing coincidentes. A decisão da Comissão foi anulada em juízo, por ter sido considerado que as práticas concertadas não teriam sido suficientemente demonstradas, pelo que a Corte não teria rejeitado expressamente o conceito de posição dominante coletiva

Corte Européia entende que o art. 86 do Tratado somente se aplica a abusos coletivos quando os agentes estejam ligados entre si dentro de um mesmo grupo societário ou quando ao menos exista entre eles algum relacionamento estrutural permanente. Todavia, ainda segundo Goyder, no caso *Italian Fiat Glass*, onde a Comissão Européia acusou um grupo de três empresas de exercício abusivo de posição dominante (coletiva), com base no art. 86 do tratado, a Corte de Primeira Instância não discordou do conceito de dominação coletiva²⁶⁷, para efeitos do art. 86 do Tratado, muito embora tenha anulado a decisão da Comissão por deficiências na avaliação do mercado relevante, bem como por falta de demonstração da coordenação entre as atitudes das empresas²⁶⁸

Entre nós, o conceito de *posição dominante* só foi determinada expressamente pela Lei 8.884/94. A influência européia, todavia, muito antes do advento da lei em tela, já tinha atraído a atenção da doutrina para o tema. Com efeito, Modesto Carvalhosa²⁶⁹, citando Philomeno José Da Costa (*Autonomia do direito comercial*, 1956), assim se referiu ao conceito: "Conceitua-se posição como a detenção por determinada entidade econômica de idade de produtos, a ponto de exercer no mercado uma fluênciia para a determinação de preços". Para Carvalhosa, dominante pressuporia um "pré-estado de poderio econômico "fruto direto e imediato da imperfeição estrutural do mercado" . Assim, a "empresa revestida de poder econômico, ao encontrar-se em posição dominante tem, mais do que em qualquer instância, uma capacidade decisória que transcende às leis iniciais"²⁷⁰. Em outro ponto de sua obra, volta ao conceito sabido a "detenção, por determinada pessoa, de uma tal e de produtos a ponto de exercer no mercado grande na determinação de preços"²⁷¹.

²⁶⁷ Releva notar que na Comunidade Européia, tal como ocorre entre nós, a posição dominante não é ilícita em si, mas tão somente o seu exercício de forma abusiva adentra o campo da ilicitude (GOYDER, 1998, p. 343).

²⁶⁸ (GOYDER, 1998, p. 343) importante ter-se em vista que o Tratado de Roma trata do problema de acordos restritivos da concorrência e do problema de exercício abusivo de posição dominante em dois artigos diferentes (arts. 85 e 86). Segundo ainda Goyder (1998, p. 385), no Caso Tetrapak a Corte afirmou que estes dois artigos são instrumentos legais independentes, endereçados a situações também diferentes, pelo que afirma o autor: "This suggests that the Commission should proceed with caution, in trying to make up for any perceived deficiencies in Article 85 in dealing with closely knit oligopolies simply by seeking a corresponding extension to the application of Article 86, however great the incentive it may feel for such a change.

²⁶⁹ (GOYDER, 1998, p. 8).

²⁷⁰ Goyder(1998, p. 9).

²⁷¹ Santos(1947, p. 68). Aqui, está citando o verbete "Monopólio", da Rep. Ene. do Brasileiro, Borsói, vol. 33

A Lei 8.884/94, qualificou como infração à ordem o exercício abusivo de posição dominante. Não se pode mencionar que, ao fazê-lo, tratou do assunto através de duas disposições redundantes. O inc. IV do art. 20 estabeleceu configurar la ordem econômica o fato de alguém *exercer de forma posição dominante*. Ao mesmo tempo, o inc. II do mesmo também qualificou de infração à ordem econômica o ato de *dominar mercado relevante de bens ou serviços*. O § 2.º de tal artigo, contudo, declarou lícita a dominação de mercado, quando decorrente de conquista de mercado fundada na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores. Em outras palavras, não configura o ilícito de *dominação de mercado relevante* a dominação de mercado decorrente de conduta não abusiva. Assim, como se vê, tanto o inc. II quanto o IV incriminam somente o exercício abusivo de posição dominante, o qual em nada difere do fato de *dominar mercados nacionais* por meio de práticas abusivas. Bastaria, pois, para se atingirem finalidades visadas pela lei, a disposição contida no inc. IV, mais técnica e melhor redigida, sendo despicienda a análise do inc. II do art. 20.

No que se refere ao conceito de *posição dominante*, a Lei 8.884/94, em seu art. 20, § 2.º, trouxe a seguinte definição: "Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa". Admite a lei, portanto, a existência da posição dominante coletiva, já que se refere a *empresa ou grupo de empresas*. Mais adiante, no § 3.º do mesmo artigo, estabeleceu presunção de que o *controle de parcela substancial de mercado relevante* configura-se quando a participação de uma determinada empresa no mercado seja da ordem de vinte por cento.

A definição legal, todavia, não traz em si todos os elementos necessários à compreensão do que seja *posição dominante* no Direito brasileiro. Refere-se à posição dominante como sendo o "controle de parcela substancial de mercado relevante", presumindo existir tal controle quando haja participação de mercado na ordem de vinte por cento. Mas isso não é suficiente, já que a presunção, isoladamente, apesar de poder apresentar alguma utilidade prática, não revela em si o que seja o *controle*²⁷² de

272 Segundo Comparato (1990), a palavra "controle" é um neologismo no idioma português, que tem origem na língua francesa, mas que entre nós também sofreu nítida influência do inglês. Estas duas influências levaram o termo a significar, em português, não só "a vigilância, verificação, fiscalização", como também "o ato ou poder de dominar, regular, guiar e restringir. Segundo afirma – Comparato (1990), entre nós, por acentuada influência da língua inglesa, a palavra controle cada vez mais vem sendo utilizada em nossas leis, ou no sentido forte de dominação, ou na acepção mais branda, de disciplina ou regulação.

mercado. A definição legal, portanto, pouco ou nada serve ao intérprete se desacompanhada da compreensão do que seja *poder econômico* e de conhecimentos básicos da doutrina econômica pertinente.

Nas palavras de Neide Teresinha Malard, poder de mercado e posição dominante são expressões sinônimas, tendo a última sido adotada pela Lei 8.884/94, como a aptidão do agente econômico de, lucrativamente, reduzir a produção abaixo dos níveis competitivos e, em consequência, aumentar ou manter os preços acima daqueles níveis²⁷³. Vê-se que a conceituação da autora alinha-se ao conceito de *market power* adotado pelos norte-americanos, como sendo a capacidade de, reduzindo a oferta, aumentar os preços. Afirma essa autora, ainda, mais adiante em seu trabalho²⁷⁴, que o poder de mercado também pode ser exercido quando haja um ou poucos compradores (mono ou oligopsônio), impondo-se redução de preços cujo efeito seria o de restringir a produção.

Todavia, conforme acima referido, não se justifica a restrição do conceito de poder de mercado somente ao prisma da oferta, como é feito pela doutrina norte-americana. Ao contrário, deve-se buscar uma definição que abranja também a influência que o detentor de controle sobre a procura possa exercer sobre a concorrência. A inclusão das hipóteses de mono e oligopsônio no conceito de posição dominante, principalmente quando se afirme que esse termo é sinônimo de poder econômico, bem demonstra a insuficiência da definição dada pela doutrina norte-americana ao conceito de *market power*.

Por outro lado, as expressões *poder de mercado* e posição dominante não parecem ser exatamente sinônimas. Com efeito, como já exposto, a avaliação do poder de mercado é, sobretudo, uma questão de grau, podendo ocorrer que níveis moderados de poder econômico, muito comuns de serem encontrados nos mercados reais, sejam absolutamente irrelevantes à tutela da concorrência e à repressão dos abusos de poder econômico. Como afirmam Areeda e Kaplow: "modest power is a common place"²⁷⁵.

Assim, sumarizando, pode-se dizer que posição dominante é aquela que confira a seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência, principalmente no

Indubitavelmente, é neste sentido forte, de poder de dominação, que a palavra controle deve ser tomada, ao interpretar-se o conceito legal de posição dominante, que se verifica, segundo a lei, quando haja controle de parcela substancial de mercado relevante Comparato (1975, p.14-15).

273 Malard(1994, p. 53)

274 Malard(1994, p. 54)

275 Areeda e Kaplow(1967, p. 570).

que se refere ao processo de formação de preços, quer aluando sobre o volume da oferta, quer sobre o da procura, e que lhe proporcione elevado grau de independência em relação aos demais agentes econômicos do mercado relevante. No dizer de Carvalhosa, posição que confira a seu titular "uma capacidade decisória que transcende às leis concorrenceis", e cujo exercício abusivo possa prejudicar a concorrência em nível juridicamente relevante. Tem-se, assim, caracterizado o controle de parcela substancial do mercado relevante, a que se refere o § 1.º do art. 20 da Lei 8.884/94, que pode ser exercido, ainda segundo a lei, como fornecedor, intermediário, adquirente, ou financiador de produto, serviço, ou de tecnologia a eles relativa.

Um breve reparo deve ser feito à conceituação proposta. Muito embora os preços de um determinado bem sejam o principal termômetro da concorrência em seu mercado, impõe-se registrar que, ao menos em tese, concorrência não se exerce somente no campo dos preços. Outros fatores, como a qualidade ou a apresentação do produto, são decisivos em matéria concorrencial. Todavia, dificilmente poder-se-á conceber que alguém possa impor ao mercado um produto de qualidade algo inferior, ainda que a um preço não excessivo, sem que esteja apto também a oferecer um produto melhor, pelo qual possa cobrar um preço maior do que o puramente concorrencial. Por esta razão é que a conceituação proposta realça a questão dos preços, já que dificilmente alguém será capaz de influir sobre outras condições concorrenceis sem também deter substancial controle sobre os preços.

Resta, pois, a questão de investigar qual o grau de controle sobre os preços que deve ser considerado suficiente para ter-se por caracterizada a posição dominante, cujo exercício abusivo seja capaz de prejudicar a concorrência em nível juridicamente relevante. Tal será, sobretudo, uma questão de fato, que comporta duas dimensões: a) uma sobre quanto poder sobre os preços será necessário, e b) outra sobre como medir esse poder.

6.3.3 A mensuração do poder nos mercados

A fim de dimensionar o poder de mercado dos diversos agentes econômicos, adotou a lei brasileira o critério de *participação no mercado*, ou *market share*, como a ele se referem os norte-americanos, associado subsidiariamente ao faturamento, este

para fins de obrigatoriedade de submissão ao CADE dos atos de concentração econômica. Com efeito, o art. 20 da Lei 8.884/94, em seu § 2º, estabelece presunção de existência de posição dominante quando haja participação de mercado igual ou superior a vinte por cento do mercado relevante, ao passo que o art. 54 da mesma lei obrigou a Submissão ao CADE dos atos que resultassem em tal participação percentual²⁷⁶, bem como daqueles em que qualquer dos participantes tenha registrado um faturamento bruto anual²⁷⁷, no último balanço, igual ou superior a quatrocentos milhões de reais²⁷⁸.

Refere-se a lei brasileira a vinte por cento do mercado relevante como a participação no mercado mediante a qual se presume que seu titular esteja em posição dominante. Trata-se, obviamente, de presunção relativa, que tem por efeito prático a inversão do ônus da prova, como em geral o fazem as presunções *iuris tantum*. Nem poderia ser outra a conclusão, já que, como se viu anteriormente, a análise econômica indica outros fatores também extremamente relevantes na mensuração do poder econômico, que não somente a participação no mercado. Assim, para haver *abuso* que possa ser punido, impõe-se que previamente exista *poder econômico*, sem o qual não se terá caracterizado a figura a que se refere a Constituição Federal (*abuso do poder econômico*), que deve ser reprimida. No que diz respeito ao caráter absoluto ou relativo da presunção, não se pode perder de vista, por outro lado, que a liberdade de iniciativa, até por ser uma liberdade pública, impõe a adoção da interpretação mais branda, que privilegie a liberdade (*favorabilia amplianda, odiosa restringenda*), cujo exercício, todavia, está sujeito a limites, sempre devendo ser observada sua função social, como mais adiante se verá.

Como ensina Hovenkamp, calcular a participação no mercado de um determinado agente é tarefa conceitualmente fácil: basta totalizar os dados do mercado relevante e

²⁷⁶ Presunção análoga consta do Regulamento (CEE) 4.069/89, do Conselho da Comunidade Econômica Européia, que versa sobre o controle das operações de concentração de empresas, o qual, em seu item 15, estabelece a presunção de que inexiste prejuízo à concorrência quando a participação no mercado das empresas envolvidas no ato de concentração for inferior a 25%. A contrário senso, devem ser submetidos a exame os atos de concentração de empresas que não se compreendam dentro deste percentual.

²⁷⁷ Como o presente trabalho tem seu foco principal no conceito de abuso do poder econômico, o critério subsidiário de faturamento, que serve ao controle prévio dos atos de concentração, será posto de lado, tendo em vista que o controle de tais atos, que é exercido pelo Cade, tem sempre em vista não a prática efetiva de abuso, mas sua potencialidade. Por outro lado, o volume de faturamento, isoladamente, pouca ou nenhuma importância tem na avaliação do poder econômico de um dado agente de mercado, muito embora possa oferecer grande utilidade, quando encarado apenas como um critério prático com vistas ao controle dos atos de concentração. Assim, a análise centralizar-se-á na questão da participação de mercado, a exemplo do que ocorre na doutrina estrangeira.

²⁷⁸ Redação dada ao parágrafo pela Medida Provisória nº 1.950-59, de 06.01.2000, DOU 07.01.2000)

verificar a proporção que os dados individuais do agente em análise representam no total do mercado. Essa relação proporcional expressa em percentagem, será a participação de mercado do agente analisado²⁷⁹. O problema reside, entretanto, não no conceito de participação de mercado, mas sim na obtenção e na escolha dos dados a utilizar, os quais podem ser o faturamento, o número de unidades vendidas, a capacidade de produção, entre outros. Por outro lado, em matéria de concorrência, qualquer que seja o critério adotado, é quase sempre impossível reunir-se os dados necessários de forma integral²⁸⁰.

Por essas razões, não é possível medir-se diretamente o poder de mercado, ou poder econômico, mas tão somente *inferir-se* qual seja ele. O poder econômico depende não só da participação no mercado, mas também de uma série de outros fatores que devem ser levados em conta, como, por exemplo, a existência de barreiras à entrada ou mesmo a natureza do produto. A participação de mercado detida por um dado agente econômico, assim, nos dá somente uma vaga ideia da extensão real do poder que por ele é realmente detido²⁸¹. É necessário, pois, ter-se em vista que a participação de mercado, quando analisada isoladamente, não quer dizer muito e, por outro lado, quando conjugada aos demais fatores de mercado, pode apenas dar uma ideia relativa da quantidade de poder econômico que ela enseja. Como ensinam Areeda e Kaplow, utilização de dados de tal forma relativos pode não ser desejável, mas muitas vezes será inevitável, o que é inescusável é perder-se de vista a relatividade dos fatos sobre os quais o intérprete formará o seu juízo²⁸².

Hovenkamp afirma que, na maioria dos casos, o cálculo das participações de mercado ou tomará por base o número de unidades ou o faturamento, dados que, freqüentemente, são os mais facilmente encontráveis na maioria dos mercados, e que tendem a ser os mesmos, salvo quando houver grande diferenciação de preços. Quando os preços forem aproximadamente os mesmos, com variações pequenas, eventual divergência entre os números oriundos da utilização do faturamento ou do número de unidades pode ser tomada como compatível com a margem de erro do cálculo em si²⁸³. Para esse autor, tecnicamente, deve-se preferir o número de unidades ao faturamento, como sendo o melhor critério, salvo quando haja grande diferenciação de preços, ou quando a

²⁷⁹ Hovenkamp (1994, p. 115).

²⁸⁰ Cf. Hovenkamp (1994, p. 71). No mesmo sentido, Areeda e Kaplow (1967, p. 567).

²⁸¹ Cf. Areeda e Kaplow (1967, p. 567 e 581).

²⁸² Areeda e Kaplow (1967, p. 581-582).

²⁸³ Hovenkamp (1994, p. 116).

substituição de um produto por outro não se dê ao par, ou, em outras palavras, quando seja necessária maior quantidade de um dos produtos do que do outro para a satisfação da mesma necessidade²⁸⁴. Ainda excepcionalmente, o faturamento também será o melhor critério quando se trate de bens duráveis e tenha-se incluído no mercado relevante tanto os bens novos como os usados. O diferencial de preços indicará o nível de preferência dos consumidores entre ambas as variedades de produto²⁸⁵. Deve-se, por outro lado, como regra geral, preferir o número de unidades produzidas ao número de unidades vendidas, sendo que eventuais diferenças entre um e outro provavelmente dever-se-ão ao fato de a coleta de dados ter-se limitado a um período extremamente curto²⁸⁶.

Há ainda que se considerar a hipótese de incluir-se na participação de mercado não só a produção efetiva dos agentes econômicos, mas também o excesso de capacidade instalada existente. Hovenkamp afirma, como regra geral, que o excesso de capacidade não deve ser levado em conta, haja vista serem muito difíceis de se obter os dados suficientes para a exata avaliação da existência de tal excesso. Assim, afirma esse autor, o volume de produção efetiva é melhor critério do que a capacidade instalada, exceto quando a existência de excesso de capacidade seja extremamente óbvia, de tal forma que a entrada no mercado da oferta tida por iminente seja tão provável que restringir o cálculo à produção efetiva distorcerá a avaliação do poder econômico dos envolvidos²⁸⁷. Certamente, ainda quando o excesso de capacidade não for considerado no cálculo do próprio mercado relevante, deverá ser levado em conta no campo das barreiras à entrada, à semelhança do que foi visto no estudo do conceito de mercado relevante.

²⁸⁴ Afirma Hovenkamp (1994, p. 116) que, em tal caso, o ideal seria que a mediação fosse feita com base no número de unidades que levasse em conta o coeficiente de substituição entre os produtos, o qual, no plano dos fatos, nem sempre é fácil de se calcular.

²⁸⁵ Cf. Hovenkamp (1994, p. 119).

²⁸⁶ Hovenkamp (1994, p. 117). Isto porque a aptidão de produzir retrata melhor a capacidade de as empresas aumentarem a oferta em caso de aumento de preços

²⁸⁷ Hovenkamp (1994, p. 118). Hovenkamp (1994, p. 125) transcreve, ainda, os critérios adotados pelos Mergers Guidelines, de 1992, para o cálculo de participação no mercado: "The agency normally will calculate market shares for all firms (or plants) identified as market participants based on the total sales capacity currently devoted to the relevant market together with that which likely would be devoted to the relevant market in response to a 'small but significant and non transitory' price increase. Market shares can be expressed either in dollar terms through measurement of sales, shipments, or production, or in physical terms through measurement of sales, shipments, production, capacity, or reserves. [...] Dollar sales or shipments generally will be used if firms are distinguished primarily by differentiation of their products. Unit sales generally will be used if firms are distinguished primarily on the basis of their relative advantages in serving different buyers or group of buyers. Physical capacity or reserves generally will be used if it is these measures that most effectively distinguish firms".

Outro fator a ser analisado é a existência de *discriminação de preços*, prática entre nós qualificada como abuso do poder econômico, pelo inc. XIII do art. 21 da Lei 8.884/94. No modelo econômico da concorrência perfeita, não há espaço para a ocorrência de discriminação de preços, ou seja, a prática de preços diferenciados para diferentes compradores sem justificação nos custos. A *perfeição* do modelo presume o perfeito conhecimento por parte de todos os agentes do mercado acerca do total das informações relevantes, de forma que todas as operações sejam realizadas ao mesmo preço único de mercado, por todos conhecido. Mas na vida real isso nem sempre se verifica. Quem for detentor de elevado grau de poder econômico obterá rendimentos excedentes caso consiga efetuar cada uma de suas vendas pelo maior preço que cada comprador estiver disposto a pagar, isto é, praticar preços diferentes para os diversos compradores. Nem sempre isso é possível, já que não é sempre que se pode apartar os diversos compradores, ou grupos de compradores, de forma a evitar que aqueles que tenham adquirido o produto por preço mais baixo revendam-no por um preço intermediário para aqueles dispostos a pagar preço ainda maior. Assim, como nem sempre é possível exercer a discriminação de preços, mesmo quando haja poder econômico, a ausência de discriminação de preços não significa a inexistência desse poder. Por outro lado, a existência de discriminação de preços persistente é uma grande indicação da existência de poder econômico em relação aos mercados onde os preços mais altos sejam praticados. Deve-se ressaltar que somente a existência de discriminação de preços de caráter *persistente* é indicativa da existência de poder econômico. Flutuações eventuais de preço são absolutamente normais, dadas as *imperfeições* dos mercados reais, as quais, apesar de distantes do modelo ideal, são um dado da realidade que deve ser levado em conta²⁸⁸.

Do até aqui exposto decorre que a presença de discriminação de preços *persistente* é indicativa da existência de poder econômico, mas o dimensionamento da quantidade de poder que ela representa é tarefa bastante difícil, já que sua ausência não induz necessariamente à conclusão da inexistência de poder. Isso porque, como ensina Hovenkamp²⁸⁹, a possibilidade de discriminação de preços depende não só do poder econômico do agente, mas também de sua capacidade de segregar os diversos consumidores que serão vítimas da discriminação. A existência de discriminação em

²⁸⁸ Cf. Hovenkamp (1994, p. 130 e 131), para quem os *tying arrangements* são modalidade de discriminação de preços.

²⁸⁹ Cf. Hovenkamp (1994, p. 131).

baixos níveis, portanto, pode ser indicativa tanto de que o agente econômico carece de poder para intensificar a discriminação de preços, bem como de que ele, apesar de economicamente bastante poderoso, não é capaz de segregar os consumidores ao ponto que lhe possibilite intensificar a diferenciação de preços.

Também a existência de lucros excessivos é indicativa da existência de poder econômico, mas a aferição de tais lucros, da mesma forma, nem sempre é fácil. Isto porque, primeiramente, como sói acontecer no campo da análise antitruste, muito freqüentemente não será possível reunir todos os dados relevantes. Em segundo lugar, conforme ensinam Areeda e Kaplow, na análise antitruste, o que importa são os lucros econômicos, enquanto as empresas registram suas operações através de critérios contábeis. Ora, o conceito econômico de lucro é diverso do conceito contábil, onde fatores como a depreciação dos bens ou a alocação de custos tornam o resultado econômico substancialmente diverso do resultado contábil²⁹⁰. Por outro lado, conforme afirma Hovenkamp, enquanto a contabilidade divide a vida da empresa em exercícios sociais, a economia encara-a focando toda a sua existência, desde sua fundação até seu encerramento; outra diferença existe, já que na aferição dos lucros econômicos devem ser levados em conta os custos de oportunidade de capital, pois, conceitualmente, os lucros econômicos são somente aqueles que excedam tais custos, os quais, normalmente, não são objeto de considerações contábeis. Mas estas diferenças não significam que os registros contábeis sejam desprovidos de utilidade na análise antitruste. Conclusões relevantes podem ser retiradas dos registros contábeis, desde que se tenha o cuidado de efetuar os necessários ajustes econômicos como o cômputo dos custos de oportunidade de capital ou a reavaliação dos bens já contabilmente depreciados. Por outro lado, deve-se ampliar o período analisado, uma vez que somente lucros persistentes são indicativos de poder econômico, ao passo que lucros eventuais não necessariamente denotam sua existência²⁹¹.

Diante do que foi exposto, pode-se concluir que o dimensionamento do poder de mercado, ou do poder econômico, tem seu foco principal na análise da participação que o agente detenha no mercado relevante. Este é o principal, mas não o único elemento que deve ser analisado. Fora de casos extremos, a participação de mercado, isoladamente, pode não significar muito. Todavia, associado aos outros fatores abordados, ele pode dar ideia mais precisa do poder econômico efetivo detido pelo

²⁹⁰ Cf. Areeda e Kaplow (1967, p. 567).

²⁹¹ Cf. Hovenkamp (1994, p. 133).

agente econômico em análise. Não se pode perder de vista que poder econômico é, fundamentalmente, a capacidade de controlar os preços e não a parcela de mercado detida por um determinado agente econômico. Assim, mesmo que se consiga apurar participação de mercado dentro dos parâmetros eleitos por presunções legais, isto não demonstra a existência efetiva de poder econômico, mas representa tão somente a inversão do ônus da prova respectiva, que ficará a cargo do agente econômico que tenha se enquadrado na presunção. A investigação sobre a existência de poder econômico, em nível juridicamente relevante, é sempre indispensável, já que na ausência de poder econômico não há possibilidade de desempenho da atividade *antitruste* do Estado, pois não havendo poder não haverá abuso a coibir.

Cumpre mencionar, ainda, que a análise das participações de mercado serve também para a aferição da intensidade da concorrência nele existente, através da utilização dos índices de concentração econômica, dentre os quais se destacam a *Razão de Concentração das Quatro Maiores Empresas - CR4*²⁹² e o *índice Herfindahl-Hirschman - IHH*²⁹³.

Há problemas práticos na utilização tanto de um quanto de outro índice, a ponto de Hovenkamp afirmar que ainda não foi demonstrado que um deles é melhor do que o outro, segundo as características do mercado analisado²⁹⁴. Muito embora se possa afirmar que a

²⁹² Em inglês CR4 expressa *Four Firm Concentration Ratio*. A CR4 representa a soma das participações percentuais de mercado das quatro maiores empresas nele existentes e foi o índice mais utilizado nos Estados Unidos até a reformulação dos *Mergers Guidelines* ocorrida em 1982. Quando da aplicação desse índice, através da soma das quatro maiores participações de mercado, resultasse um percentual igual ou superior a 75%, tinha-se o mercado como altamente concentrado. Todavia, esse índice por si só não retrata com exatidão o nível de concentração existente. Assim, por exemplo, a CR4 será igual a 80% se as quatro empresas detentoras das maiores participações de mercado detiverem, cada uma, participação igual a 20%. Entretanto, a expressão do índice será a mesma, caso tenhamos uma empresa com a imensa fatia de 74% do mercado, e três pequenas concorrentes detentoras de participações somente na casa dos 2% cada uma. Evidentemente, na segunda hipótese haveria muito maior risco à concorrência do que na primeira (FOX; SULLIVAN, 1989, p.784).

²⁹³ Já o IHH melhor retrata essas disparidades. Esse índice representa a soma dos quadrados das participações de mercado de todos os concorrentes. A adoção do exponencial como critério é fácil de se explicar, porque caso todas as participações de mercado, expressas em percentuais, fossem somadas, sem terem sido elevadas à segunda potência, o resultado seria invariavelmente igual a 100 (100%). Se elevadas ao quadrado, ao contrário, os resultados variarão sempre, conforme seja a dimensão de cada uma das participações levadas em conta. Assim, o resultado máximo do índice será de 10.000 (1002). No exemplo anterior, no primeiro caso teríamos um IHH de 1.600, enquanto no segundo ele seria igual a 5.488. Os *Mergers Guidelines* de 1992 adotam o IHH como parâmetro da análise da concentração existente no mercado. Se o índice for igual ou inferior a 1.000, os *Guidelines* têm o mercado como não concentrado. Entre 1.000 e 1.800, moderadamente concentrado. E, acima de 1.800 o mercado é considerado altamente concentrado (HOVENKAMP, 1994, p. 463).

²⁹⁴ Hovenkamp (1994, p. 460).

prática de atos anticoncorrenciais é mais provável em mercados concentrados do que naqueles em que haja concorrência atomística, o dimensionamento da concentração através dos mencionados índices é mera tentativa de previsão da probabilidade de ocorrerem comportamentos anticompetitivos no mercado²⁹⁵. Como ensina ainda o aludido jurista, prever os impactos concorrenciais de um ato de concentração não faz parte de uma ciência exata e, também aqui, uma série de outros fatores deve ser levada em conta, muitos dos quais podem ser avaliados apenas aproximadamente. Nesse caso, tal como na análise da posição dominante, a investigação não se pode limitar às participações de mercado e à sua representação através dos aludidos índices.

²⁹⁵ Hovenkamp (1994, p. 463).

7 O ABUSO DO PODER ECONÔMICO

7.1 O PODER ECONÔMICO E A TAREFA DE CONCEITUAR O ABUSO

A constatação é óbvia, mas não se deve menosprezá-la: não pode haver abuso quando não haja poder econômico. Isto porque já houve, neste País, invocação do princípio de repressão ao abuso do poder econômico para justificar congelamento geral de preços²⁹⁶ e mesmo para o controle dos mesmos, com vistas à redução da inflação. Isso certamente não teria ocorrido fosse mais disseminada, nos meios jurídicos, a afirmação óbvia de que só pode haver poder econômico.

Reunidos os elementos básicos que nos habilitam a identificar o fenômeno do poder econômico, com vistas à conceituação do abuso no seu exercício, cabemos agora examinar quais as circunstâncias em que se considera legítimo o exercício de tal poder e, a contrário senso, quais são aquelas que evidenciam a prática de abuso.

Não cabe, no âmbito deste trabalho, a análise de cada uma das práticas abusivas, como as que são elencadas nos diversos incisos do art. 21 da Lei 8.884/94, já que, conceitualmente, a tarefa de definir o abuso é necessariamente mais abstrata, até porque, tendo em vista o próprio caráter da disciplina antitruste, o rol das práticas abusivas legalmente enunciadas não é exaustivo.

A Constituição Federal vigente estabelece a diretriz de que “a lei reprimira o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”²⁹⁷. Vê-se, portanto, que o poder econômico é tido como um dado estrutural da própria ordem econômica, a qual incrimina somente o abuso, deixando espaço para o exercício de tal poder de forma regular, desde que observados os ditames dessa mesma ordem econômica. Como salienta Fabio Konder Comparato²⁹⁸, a economia moderna, na qual este, através de sua estrutura atomística, seria orientado em favor do consumidor. A

²⁹⁶ Veja-se, por exemplo, acórdão proferido na MAS 5.714-PE, pela 4.^a T. do TRF-4. ^a Região, in DJU 10.04.1992.

²⁹⁷ Art. 173, § 4.^º.

²⁹⁸ Hovenkamp (1994, p. 395).

situação de monopólio – prossegue – seria uma anomalia, uma verdadeira aberração. Hoje, ao contrário, reconhece-se o fato de os mercados serem formados por decisões de empresas dotadas de poder econômico: “O poder econômico, portanto, é a regra e não a exceção”²⁹⁹.

José Afonso da Silva³⁰⁰ e Eros Roberto Grau³⁰¹ mencionam o pensamento de Farjat, para quem “fenômenos como os acordos, as posições dominantes, as práticas restritivas e as concentrações não são, em si mesmos, fenômenos patológicos, mas constituem, ao contrário, uma realidade fundamental do novo Estado industrial – a ordem privada econômica”. Realidade que vai além do mero espaço individual de seus agentes, influenciando a vida de toda a sociedade.

Assim, a tarefa que ora se nos apresenta é a de identificar qual o contexto em que será regular o exercício do poder econômico, e qual será aquele em que tal exercício mostrar-se-á abusivo.

7.2. LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA

A dicotomia liberdade/autoridade tem atraído as atenções de inúmeros juristas e sociólogos deste século, senão as dos pensadores em geral durante grande parte da história da espécie humana. Celso Lafer³⁰² dá-nos conta de que, na Antiguidade, o sentido de liberdade representava a capacidade ou o direito de participar do processo político. A noção antiga de liberdade, assim, poderia exprimir-se como liberdade participação, ou “autonomia” – termo cujo significado é “o direito de se reger pela própria lei”. No curso do desenvolvimento do Estado Moderno, todavia, principalmente quando da ascensão da classe burguesa e da queda do Estado Absoluto, o conflito provocado pela contraposição das estruturas absolutistas às necessidades do novo regime capitalista que se instalava fez a noção de

²⁹⁹ Comparato (1990).

³⁰⁰ Silva, José Afonso. *Curso de Direito constitucional positivo*, 7.^a ed., Ed. RT, p. 667.

³⁰¹ Comparato (1990, p. 230).

³⁰² Lafer(1980).O moderno e o antigo conceito de liberdade, Tese n. 29, apresentada na VIII Conferência Nacional da OAB, Manaus, maio de 1980. Segundo o autor, tanto a liberdade antiga como a moderna são dimensões de uma mesmo valor social – a liberdade – e transitam pela discussão das formas de governo, do papel do direito e da estrutura do Estado, como condição para sua tutela jurídica. O mesmo pode ser visto em *Ensaios Liberais*, de Lafer, (1991).

liberdade mudar de feição, passando a não mais denotar o direito de participar do processo de tomada de decisões políticas, mas sim o direito do cidadão de atuar sem a interferência do Estado, dentro do espírito do *laissez-faire*. Assim, o conceito moderno de liberdade, segundo Lafer, denota liberdade não-interferência.

Vê-se, portanto, que a contraposição das ideias de liberdade e de autoridade influi, sobremaneira, no conceito de liberdade moderna³⁰³. O desenvolvimento do Estado Liberal traz à luz o princípio da liberdade de iniciativa econômica, cujo caráter nitidamente se revela dentro dessa dimensão moderna da liberdade. Segundo Eros Roberto Grau³⁰⁴, o princípio da liberdade de iniciativa econômica, tendo sido originalmente postulado no édito de Turgot, de 13.09.1774, inscreveu-se plenamente no Decreto d'Allarde, de 02-17 de março de 1791, através do qual estabeleceu-se que “a partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo contudo ela obrigada a munir-se previamente de uma ‘patente’ (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis”. Meses depois, prossegue o autor, o princípio seria reiterado, através da chamada Lei Le Chapelier, que proibiu todas as espécies de corporações³⁰⁵.

O modelo teórico que serviu de paradigma à implantação do novo Estado Liberal, como é sabido, pressupunha completa separação entre o campo da atividade econômica³⁰⁶ e o plano político. O Estado teria sua funções restritas às atividades fundamentais, como defesa externa, manutenção da ordem interna, edição de leis e administração da justiça. Já as decisões econômicas seriam deixadas aos particulares, que atuariam sem qualquer ingerência estatal, limitados e

³⁰³ Como lembra Silva, J. (2000, p. 206-207), não se deve ter em vista a contraposição da idéia de liberdade à de autoridade, já que elas não são exatamente opostas. Nas palavras deste autor, “liberdade opõe-se a autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima [...] O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”. Assim, “liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”.

³⁰⁴ Silva, J. (2000, p. 223).

³⁰⁵ Entre nós, como afirma Luz (1961, p. 14), um das primeiras manifestações da consagração do princípio da livre iniciativa foi da lavra de D. João VI, mais por verdadeira necessidade do que por um beneplácito real, sob o impacto da ocupação napoleônica em Portugal: “concedeu-se à colônias portuguesas, como parte dessa política, a liberdade de industria. Pelo alvará de 1.º de abril de 1808, revogava o Príncipe Regente D. João as peias do sistema colonial e pretendia, sob o signo do liberalismo, inaugurar, no Brasil, e era industrial com o objetivo de multiplicar a riqueza nacional, promover o desenvolvimento demográfico, e dar trabalho a um certo elemento da população que não se acomodava a estrutura socioeconômica vigente”[...] (o regime escravocrata).

³⁰⁶ Aqui o termo atividade econômica é empregado em sentido estrito, já que, como ensina Grau (1981), o termo atividade econômica, em sentido lato, engloba também o conceito de serviço público.

orientados apenas pelos mecanismos auto-regulatórios do mercado³⁰⁷. O domínio econômico caberia aos particulares, sem qualquer sorte de intervenção dos poderes públicos. Mas tal modelo jamais logrou implantar-se de forma completa, não passando de mero modelo teórico, ou, segundo Fábio Nusdeo³⁰⁸, de uma drástica simplificação de uma realidade social muito mais complexa. Já em sua Gênese, a autonomia dos agentes econômicos não era completa, já que estavam eles sujeitos à observância de medidas decorrentes do poder de polícia, impostas pelo Estado³⁰⁹.

Por outro lado, o mercado mostra-se incapaz de, sozinho, dar conta da orientação das decisões relativas ao emprego dos bens econômicos, seja por suas imperfeições, seja porque se revelou inapto a atender pretensões outras, ambicionadas pela sociedade através de seus canais de expressão política³¹⁰. O advento do fenômeno das crises de mercado fez com que o Estado passasse a lançar mão de suas políticas públicas, como instrumento voltado à preservação desse mesmo mercado. Passou o Estado, então, a desempenhar novas funções, de integração, modernização e de legitimação capitalista, sem que isso tenha representado a substituição do sistema capitalista por outro, mas sim um ato de verdadeira preservação desse sistema, que persistiu existindo, agora sob diverso regime³¹¹. O Estado Gendarme é, desta forma substituído pelo Estado Intervencionista.

Todavia, como referido, a transição do Estado Liberal Clássico para o Estado Social, ou intervencionista, não significa o abandono do capitalismo. Atualmente, como antes, o sistema assenta-se no princípio da propriedade privada dos bens de produção, da liberdade de contratar e, por decorrência, da liberdade de iniciativa econômica. Agora, porém, outros limites serão impostos tanto a propriedade como as tais liberdades, que adquirirão nova feição, tendo em vista a realização da justiça social³¹², através não só da atividade privada, mas também de políticas públicas.

³⁰⁷ Cf. Nusdeo (2001, p. 8).

³⁰⁸ Nusdeo (2001, p. 8).

³⁰⁹ Cf. Grau (1981, p. 224).

³¹⁰ Cf. Nusdeo (2001, p. 17).

³¹¹ Cf. Grau (1981, p. 61).

³¹² A justiça social se obtém mediante uma eqüitativa distribuição de riqueza, ou seja, a superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico (SILVA, J., 2000, p. 661) e também (GRAU, 1981, p. 56).

Como ensina Jose Afonso da Silva³¹³, originalmente a liberdade de iniciativa econômica significava garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens, ou seja, garantia do caráter absoluto da propriedade. Por outro lado, representava, ainda, garantia da autonomia jurídica, de desenvolver livremente a atividade escolhida e de regular suas relações do modo mais conveniente, sem a intervenção estatal. Eros Roberto Grau³¹⁴, por sua vez, afirma que o princípio de liberdade de iniciativa econômica enseja a reserva de um campo, uma parcela da atividade econômica a ser explorada pela empresa privada.

Trata-se, como se vê, de uma liberdade propriamente dita, e não de um direito subjetivo a determinação prestação de outrem, como afirma Fábio Konder Comparato, arrimado na doutrina francesa³¹⁵. Liberdade de iniciativa econômica é liberdade de acesso ao mercado, independentemente de qualquer ingerência estatal. Cada agente econômico é livre para empreender suas atividades produtivas, escolhendo-as e desenvolvendo-as livremente, sem a interferência do Estado. Todavia não se trata de uma liberdade de caráter absoluto, mas de uma liberdade regulamentada, ou seja, liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, que somente é legítima enquanto exercida no interesse da justiça social³¹⁶. Há, portanto, uma parcela da atividade econômica que é reservada preferencialmente aos particulares, na qual podem atuar livremente, limitados, porém, aos ditames da justiça social, estabelecidos em lei³¹⁷.

É nesse contexto que a constituição Federal erige, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º, IV), bem como da ordem econômica (art. 170, caput), o valor social da livre iniciativa.

Para Eros Roberto Grau³¹⁸, a livre iniciativa é um conceito extremamente amplo, que não se limita à liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa. Para tal autor, não se pode vislumbrar na afirmação constitucional da livre iniciativa apenas uma afirmação do capitalismo. A ela, livre iniciativa – prossegue -, a

³¹³ Silva, J. (2000, p. 665).

³¹⁴ Grau (1981, p. 83).

³¹⁵ Em parecer, concedido à empresa Dow Química S. A., datado de 05.03.1991.

³¹⁶ Cf. Silva, J. (2000, p. 665).

³¹⁷ Aqui, liberdade de iniciativa é uma garantia de legalidade (GRAU, 2000, p. 224). Nesse sentido, o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal, verbis: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”(grifamos).

³¹⁸ Grau (2000, p. 221 e 223).

Constituição somente opõe a iniciativa do Estado (apesar de não a excluir), pois a livre iniciativa não se expressa somente pela liberdade de empresa, senão também pela liberdade de trabalho. A livre iniciativa, aliás, por ser um modo de expressão do trabalho, é corolário da valorização constitucional do trabalho humano: o trabalho livre. Enfim, a livre iniciativa, para Eros Roberto Grau, é um aspecto da própria liberdade, em virtude do que não se restringe somente à empresa, já que ela, liberdade, é um atributo inalienável do ser humano³¹⁹.

Mas, indubitavelmente, é em sua faceta de liberdade de iniciativa empresarial que o princípio da livre iniciativa assume maior relevância jurídica, ao menos sob o ponto de vista prático.

Através desse princípio, garante-se não só 1) a liberdade de acesso ao mercado, mas também 2) a liberdade de permanência no mercado.

Sob o primeiro aspecto, a liberdade de iniciativa econômica e liberdade de indústria e comércio – ou seja, não ingerência do Estado no domínio econômico – e denota uma liberdade pública³²⁰.

Por outro lado, como um corolário desse primeiro aspecto, a liberdade de iniciativa empresarial também expressa a liberdade de permanência no mercado, ou seja, a livre concorrência³²¹⁻³²², ou ainda, em outras palavras, a liberdade de exercer a luta econômica sem interferência do Estado, bem como sem outros obstáculos impostos pelos demais agentes econômicos privados³²³. Vê-se, destarte, que a adoção entre nós do princípio da livre iniciativa bastaria para ter-se também por constitucionalmente protegida a livre concorrência, que é seu corolário³²⁴. Assim

³¹⁹ Grau (2000, p. 226-227).

³²⁰ Grau (2000, p. 224).

³²¹ Grau (2000, p. 228), o autor menciona que a livre concorrência se desdobra entre liberdades privadas (faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal e – o que a nós parece ser uma decorrência desta primeira liberdade – proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência) e uma liberdade pública (neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes).

³²² A palavra concorrência, como afirma Reale (1989, p. 13), deriva do tempo latino *concurrere* que significa “correr com”, “disputar”, “fazer jogo”. Analogamente, segundo Leães (1989, p. 9), concorrência deriva de *cum + currete*, isto é “correr com”.

³²³ Ferreira Filho (1990, p. 193) lembra a lição de André de Laubadére, para quem o “princípio da livre concorrência permite aos particulares exercer suas atividades industriais e comerciais num sistema de competição que não deve ser entravado nem por prescrições nem por prestações provindas dos poderes públicos”.

³²⁴ Grau (2000, p. 230). Para Leães (1989, p. 7) livre iniciativa e livre concorrência são conceitos distintos, se bem que complementares: “O primeiro não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, significando a livre escolha e o livre acesso às atividades econômicas. Já o conceito de livre concorrência é um conceito instrumental daquele,

ocorreu desde a Carta de 1946 até a Emenda 1 de 1969, quando o princípio da livre concorrência não era expressamente assegurado de forma apartada do princípio da livre iniciativa. Neste aspecto, vale atentar para a afirmação de Miranda de que o princípio da repressão aos abusos de poder econômico nas Constituições de 1934 e 1938, sendo omissa a respeito a de 1891³²⁵. Isso demonstra que o princípio da livre concorrência era compatível também com tais Cartas políticas.

Inobstante, foi o princípio expressamente adotado pelo inc. IV do art. 170 da vigente Constituição Federal.

Livre iniciativa e livre concorrência são, nos princípios intimamente ligados. Ambos representam liberdades, não de caráter absoluto, mas liberdades agregadas, condicionadas, entre outros, pelos imperativos de justiça social, de existência digna e de valorização do trabalho humano. Assim, o que a Constituição privilegia é o valor social da livre iniciativa, ou seja, o quanto ela pode expressar de socialmente valioso. Da mesma forma, a livre concorrência é erigida à condição de princípio da ordem econômica não como uma liberdade anárquica, mas sim em razão de seu valor social³²⁶. A extensão de tais liberdades dependerá de sua análise conjugada com os demais objetivos e princípios, não só da ordem econômica mas da Constituição como um todo.

Desta forma, a consagração da livre iniciativa e da livre concorrência não exclui a atuação do Estado no domínio econômico, seja exercendo sua função de agente normativo e regulador da atividade econômica³²⁷ (CF, art. 174), seja atuando com vistas à preservação da própria livre concorrência, como agente repressor dos abusos do poder econômico. Entretanto, não se pode perder de vista que, muito embora sejam limitadas as liberdades de iniciativa e de concorrência, isto não significa que possa ser admitidas restrições além de um certo ponto. É imperativo da ordem econômica que tanto a iniciativa econômica quanto a concorrência sejam livre, não se admitindo modalidades de intervenção estatal que venham a suprimir

significando o princípio econômico segundo o qual a fixação dos preços dos bens e serviços não deve resultar de atos da autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa no mercado. Essa liberdade não é, porém, ilimitada, ela só se justifica quando revela eficiência na alocação dos recursos (desenvolvimento econômico) e dela resultem benefícios à comunidade [...].”

³²⁵ Miranda (1947, p. 27).

³²⁶ Cf. Grau (2000, p.231 e 233).

³²⁷ Até quando exerce controle de preços, o que, a nosso ver, somente pode ser admitido quando ocorra em caráter excepcional.

por completo tais liberdades, ainda que transitoriamente, assim como não são admitidos os atos de agentes privados que produzam tal efeito.

Importa registrar que a repressão aos abusos do poder econômico não se inclui entre as modalidades de intervenção estatal que representam restrições às mencionadas liberdade³²⁸. Com efeito, a atividade antitruste do Estado visa justamente à preservação da livre concorrência e, consequentemente, da livre iniciativa. Não se trata, pois, de restringir a liberdade daquele que abusa de seu poder econômico, já que ninguém tem liberdade para abusar. Em caso de abuso, a atividade do agente econômico terá ido além dos limites de suas liberdades. Vê-se que não há restrições de liberdade, mas sim restauração da liberdade dos demais agentes do mercado, violada pelos atos abusivos.

Assim, por um lado, a liberdade de concorrência (e de iniciativa) é regra, mas o poder econômico é reconhecido como um dado estrutural, já que o que se coíbe é somente o abuso no seu exercício³²⁹. O titular de tal liberdade será a empresa, qual também será a detentora do poder econômico que põe aquela liberdade em risco.

Com vistas à conceituação do abuso, portanto, impõe-se examinar quais os limites impostos ao exercício da atividade econômica e as responsabilidades sociais dos detentores de poder econômico.

7.3 O PODER ECONÔMICO E A SUA FUNÇÃO SOCIAL

As disposições constitucionais brasileiras relativas à ordem econômica privilegiam não a livre iniciativa ou a livre concorrência em si mesmas, mas quanto ela possam expressar de socialmente valioso. A análise da utilidade social da liberdade de iniciativa empresarial, por seu turno, passa, necessariamente, pelo exame da função social que é assinada à empresa, a qual deve ser tomada, como

³²⁸ Cf. Grau (2000, p. 230).

³²⁹ Isto não deixa de se paradoxal, já que a concorrência, no campo dos modelos teóricos, somente se estabelece perfeitamente quando haja absoluta ausência de poder econômico.

nos ensina Eros Roberto Grau, senão como fundamento, como a grande vertente do Direito Econômico³³⁰.

O princípio da função social da empresa é um corolário da função social da propriedade³³¹. Mas a noção clássica de propriedade revela-se inadequada para expressar a relação jurídica de titularidade que tem por objeto a empresa (controle), já que “‘propriedade de empresa’ é expressão defeituosa, pois a empresa não comprehende apenas bens, mas também homens”³³². Empresa é, portanto, associação entre capitais e trabalho, e não se pode admitir exista propriedade que tenha por objeto seres humanos.

A abordagem da problemática da função social da empresa, portanto, não se pode realizar tendo em vista somente as concepções clássicas³³³. Modernamente, a mais importante classificação dos bens não é mais aquela que os distingue entre moveis e imóveis, mas a que os separa entre bens de produção e de consumo³³⁴, que toma em consideração os bens segundo a sua distinção. Assim, bens de produção são moveis ou imóveis, indistintamente³³⁵, caracterizando-se como tais pelo fato de serem empregados na produção de outros bens.³³⁶ Podem ser considerados bens de produção não somente as máquinas e equipamentos empregados no processo produtivo, como também os imóveis, os capitais empreendidos e a tecnologia empregada. Já os bens de consumo são aqueles que, a contrário senso, não são utilizados no processo produtivo, mas para a satisfação

³³⁰ Grau (1981, p. 132).

³³¹ Cf. Grau (1981, p.112).

³³² As palavras são de Comparato (1990, p. 36) ensina: “A classificação dos bens, em direito, não é simples trabalho de raciocínio lógico e não corresponde a exigências imutáveis da natureza, como as classificações botânicas ou zoológicas. É preciso atentar, constantemente, para os interesses sociais e valores históricos que suscitam, sob pena de se frustrar qualquer esforço de compreensão da vida jurídica, em sua perpetua evolução”.

³³³ Comparato (1990, p.36) ensina: “A classificação dos bens, em direito, não é simples trabalho de raciocínio lógico e não corresponde a exigências imutáveis da natureza, como as classificações botânicas ou zoológicas. É preciso atentar, constantemente, para os interesses sociais e valores históricos que suscitam, sob pena de se frustrar qualquer esforço de compreensão da vida jurídica, em sua perpétua evolução”.

³³⁴ Comparato (1990, p.96) salienta que a distinção não aparece em nenhum código ocidental, “justamente porque a sua admissão implicaria o reconhecimento de uma distinção entre os direitos relativos a cada uma dessas espécies de bens, o que o regime capitalista se recusa, tenazmente, a sancionar”.

³³⁵ Comparato (1986).

³³⁶ Comparato (1986, p. 72). Entendida a produção não como a criação de outros bens, mas como a criação de valores.

de necessidades outras, pouco importando o fato de ele se extinguirem ou não quando utilizados³³⁷.

Em relação a cada uma dessas espécies de bens, o regime jurídico da propriedade se apresentará em formas diferentes, já que a “propriedade não é uma instituição única, mas o conjunto de varias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens”³³⁸. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato afirma que a apropriação dos bens de consumo é muitas vezes impossível, como, por exemplo, no caso dos bens de uso comum, em relação aos quais a apropriação significaria justamente excluir tais bens do uso comum. Por outro lado, quando os bens sejam consumidos completamente na sua primeira utilização, dificilmente poderão enquadrar-se no regime tradicional da propriedade, já que, em relação a uma pretensão negativa que possa ser exercida erga omnes, como é a propriedade, pressupõe-se “a permanência e a identificação da coisa em mãos de qualquer pessoa”³³⁹.

A propriedade dos bens de produção, por seu turno, deve ser encarada dentro de uma perspectiva dinâmica, que leve em conta a finalidade de seu emprego no processo produtivo, fato que é determinante quando da caracterização desses bens enquanto tais.

Portanto, há que se examinar a propriedade em regime de empresa não só a partir de uma perspectiva estática, mas também tendo em vista seu dinamismo. Segundo o Prof. Eros Roberto Grau, a propriedade encarada estaticamente é um poder e expressa uma relação de pertinência ou de pertença, significando o direito que detém o titular da coisa de mantê-lo a salvo de qualquer pretensão alheia³⁴⁰. Não se trata aí, como se vê, do exercício dos direitos oriundos da propriedade, mas do conflito de pretensões sobre a titularidade do bem³⁴¹. Mas a propriedade dos bens de produção³⁴² não pode ser encarada sob essa perspectiva estática, já que

³³⁷ Comparato (1986).

³³⁸ Grau (1981, p. 123).

³³⁹ Comparato (1986, p. 73).

³⁴⁰ Cf. Grau (1981, p. 121).

³⁴¹ Cf. Comparato (1983, p. 99).

³⁴² A análise da propriedade dos bens de produção – propriedade em regime de empresa – sob a perspectiva dinâmica, tendo em conta a finalidade com que tais bens são empregados, ao contrário da perspectiva estática, faz com que se passe a encarar tal propriedade não só sob o aspecto do direito subjetivo que ela outorga a seu titular (de excluir os demais indivíduos), mas agora também tendo em vista a função contida no emprego de tais bens no processo produtivo. Ao contrário do que ocorre com a noção clássica de direito subjetivo, o conceito de função expressa um poder que não é exercido exclusivamente no interesse do seu titular³⁴². Cf. Grau (1981, p. 119).

não revela meramente uma relação de pertinência. A propriedade sobre bens de tal espécie não tem por objetivo a fruição, mas sim a produção de outros bens, razão pela qual “implica, necessariamente, uma relação de poder sobre outros homens”³⁴³.

Como observa Fábio Konder Comparato³⁴⁴, a “propriedade dinâmica dos bens de produção se realiza sob a forma da empresa. Perante uma propriedade desse tipo, a problemática fundamental não é a proteção e tutela contra turbações externas, mas sim a fiscalização e disciplina do seu exercício, a fim de evitar abuso ou desvio de poder”.

Tradicionalmente, a propriedade privada sempre foi justificada como forma de subsistência, como meio de proteger o individuo e sua família contra as necessidades materiais. O desenvolvimento da civilização industrial e a produção em regime de empresa, todavia, fizeram com que outros meios de subsistência adquirissem maior relevância social do que essa concepção tradicional da propriedade, tais como a garantia de emprego e salário justo³⁴⁵. Essa constatação bem serve para ilustrar a transformação do caráter jurídico da propriedade, quando passa ela a ser considerada sob a perspectiva de sua aplicação no processo produtivo. A utilização de tais bens na produção faz com que os interesses envolvidos transcendam a esfera individual, passando a adquirir dimensão coletiva.

É nessa perspectiva dinâmica que deve ser encarada a função social da propriedade dos bens de produção, enquanto princípio da ordem econômica, constitucionalmente estabelecido (CF, art. 170, III). O dever de empregar os bens de produção segundo tal função social obriga seu titular a dar-lhes destino socialmente útil, que tenha em vista não somente os interesses individuais do proprietário, mas também os interesses da coletividade. Assim, a liberdade de iniciativa econômica somente se legitima quando voltada à satisfação não só dos interesses privados de seu titular, mas também dos demais valores da ordem econômica, como a realização da justiça social e a valorização do trabalho humano³⁴⁶. Daí o certo da afirmação de Comparato de que “a propriedade sob a forma de empresa’ não somente tem uma função social, mas é uma função social. A atividade empresarial deve ser exercida pelo empresário, nas sociedades mercantis, não no interesse

³⁴³ Cf. Comparato (1983, p. 99).

³⁴⁴ Comparato (1983, p. 99).

³⁴⁵ Cf. Comparato (1986, p. 73).

³⁴⁶ Cf. Silva, J. (2000, p. 683).

próprio, mas no interesse social [...] Trata-se, portanto, de um poder-dever, ao meio entre o *jus* e o *múnus*³⁴⁷.

A liberdade de iniciativa empresarial, portanto, porque inserida no contexto constitucional, há de ser exercitada não somente com vistas ao lucro, mas também como instrumento de realização da justiça social – da melhor distribuição de renda – com a devida valorização do trabalho humano, como forma de assegurar a todos uma existência digna. Assim, o lucro não se legitima por ser mera decorrência da propriedade dos meios de produção, mas com prêmio ou incentivo ao regular desenvolvimento da atividade empresária, segundo as finalidades sociais estabelecidas em lei³⁴⁸. A liberdade de iniciativa, destarte, mas do que uma garantia individual, passa a servir a uma técnica de produção social, dentro da qual se insere o sistema de mercado, cujos objetivos são juridicamente estabelecidos. Isso equivale a dizer que o estabelecimento de uma ordem econômica, que tem por objetivo a realização da justiça social, através da proteção do consumidor, da busca do pleno emprego, da redução das desigualdades sociais, entre outros, condiciona não só a ação do Estado, mas as ações de toda sociedade. Todos, inclusive os empresários, devem orientar suas atitudes com vias à consecução de tais objetivos. Nas palavras de Comparato³⁴⁹, todavia, tal “não significa, escusa dize-lo, que doravante toda companhia se transforme em órgão público e que tenha por objetivo primordial, senão único, o vasto interesse público. Mas significa que não obstante a afirmação legal de seu escopo lucrativo [...], deve este ceder o passo aos interesses comunitários e nacionais, em qualquer hipótese de conflito. A liberdade individual de iniciativa empresária não torna absoluto o direito ao lucro, colocando-o acima do cumprimento dos grandes deveres de ordem econômica e social, igualmente expressos na Constituição”.

Desta forma, a liberdade de iniciativa econômica tem seus limites definidos segundo função social que lhe assina a ordem jurídica. O titular de tal liberdade, como já referido, é a empresa. É nesse contexto e não como uma anomalia – encontra as condições para seu exercício de forma legítima. Como se vê, está ele intimamente ligado ao fenômeno empresarial.

³⁴⁷ Comparato (1983, p. 101).

³⁴⁸ Cf. Comparato (1983, p. 296).

³⁴⁹ Comparato (1983, p. 301).

Já se mencionou, que o poder econômico é, fundamente, a capacidade de exercer controle sobre os preços de mercado e que, no plano dos fatos, tal capacidade é encontradiça não somente nas mãos das empresas, mas também nas mãos do Estado, quando procura ou oferece bens nos mercados. Tal afirmação, todavia, demanda um breve estabelecimento. As manifestações de poder econômico decorrentes da atividade empresarial, inclusive das empresas controladas pelo poder público, compreendem-se no campo da disciplina antitruste, não há dúvida. No entanto, quer-nos parecer que o poder econômico detido pelo Estado, quando exercido em outro contexto que não o da atividade empresarial, não será objeto de tal técnica de controle, muito embora seu exercício também se encontre vinculado aos objetivos da ordem econômica constitucionalmente estabelecida. Parece-nos, salvo melhor juízo, que o controle da legitimidade do exercício de poder econômico pelo Estado, fora do campo empresarial, deverá ser realizado não pela disciplina antitruste, mas sob a égide do princípio da legalidade e através das figuras do desvio ou do excesso de poder³⁵⁰, do Direito Administrativo. Ao campo da disciplina antitruste reservar-se-á o controle da atividade empresarial, privada ou estatal.

Dentro dessa perspectiva, tendo-se limitado a análise antitruste ao campo da iniciativa empresarial, o autor do abuso do poder econômico, em última instância, será sempre controlador³⁵¹ da empresa, pouco importando a forma pela qual exerce tal controle, seja por meio de controle societário interno, seja através de técnicas de controle externo, que não derivem dos direitos de sócio ou acionista³⁵².

O poder econômico será exercido, destarte, através do poder de controle empresarial, o qual, por sua vez, é um *poder-dever* ou um *direito-função*. Afirma-se que o controlador deve dar à empresa destino que seja compatível com sua função social é dizer que o titular do poder econômico decorrente de tal controle deve observar essa mesma função. Daí a afirmação magistral de Fábio Konder Comparato de que o “o poder econômico é uma função social, de serviço à coletividade”³⁵³.

³⁵⁰ Esta interpretação parece ser consentânea com o que dispõe a Lei 8.884/94, quando, p. ex., em seu art. 23, estabelece sanções à empresa e ao administrador responsável por infração cometida por empresa.

³⁵¹ A afirmação de que o autor do abuso é sempre o titular do poder de controle é de Comparato (1983, p. 388).

³⁵² Sobre as modalidades de controle interno e externo, veja-se Comparato (1983).

³⁵³ Comparato (1983, p. 395).

Sob este aspecto, Comparato é de opinião que: “ Se o poder não pode ser confiado, indistintamente, a todos os membros do corpo social, ele deve, em qualquer hipótese, ser exercido em benefício de todos, e não apenas de alguns; muito menos em proveito exclusivo dos detentores do poder”³⁵⁴. Cabe aí novamente a ressalva de que não se deve se quer com isto transformar a empresa em órgão público. No campo empresarial privado, e muitas vezes até no público, inegavelmente haverá a preponderância de interesses privados, o que no primeiro caso³⁵⁵, é absolutamente regular. Porém, não se pode negar o outro aspecto do fenômeno do poder econômico, que se revela pelas finalidades que lhe são estabelecidas pela ordem econômica, na sua qualidade de controlador, é o titular de um novo *cargo social*³⁵⁶.

7.4 O PODER ECONÔMICO E O SEU EXERCÍCIO REGULAR

Como visto, o poder econômico é tido pela ordem jurídica como um dado estrutural e não como uma anomalia. De outra parte, seu exercício é legitimado não na qualidade de um mero direito subjetivo, na acepção tradicional do conceito, mas por aquilo que ele possa exprimir de socialmente valioso, ou seja, em razão da função social que lhe é estabelecida pela mesma ordem jurídica.

Não deixa de ser contraditória a constatação de que não obstante o caráter privado e individualista dos interesses prevalentes, a atividade empresarial deva ser condicionada pela realização de objetivos de cunho social (e

³⁵⁴ Comparato (1983, p. 48).

³⁵⁵ Vem a talho neste ponto da exposição a alusão que faz Comparato (1983, p. 302) à existência de uma grave contradição existente no seio da figura da sociedade de economia mista: “As companhias exploram, por definição legal, empresas lucrativas. Mas o regime econômico consagrado da Constituição não assina ao Estado, por função, produzir lucros. A legitimidade da ação estatal, ainda e sempre, é o serviço público [...]. A função da empresa estatal não é a geração de receita sob a forma de lucro empresarial, mas a preservação da segurança nacional, ou a organização de setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa [...]. O dilema que se apresenta ao Estado, enquanto acionista controlador, é pois o de perseguir o interesse público antes e acima da exploração lucrativa – o que torna sem sentido a participação societária do capital privado no empreendimento; ou dar lugar ao interesse público apenas quando este se coloca em conflito com o objetivo normal de produção de lucros – o que infringe o princípio constitucional assinalado”.

³⁵⁶ Afirma Comparato (1983, p. 107, grifo nosso), acerca do poder de controle: “Na economia da nova sociedade anônima, o controlador se afirma com o seu mais recente órgão, ou, se preferir explicação funcional do mecanismo societário, *como o titular de um novo cargo social*”.

não meramente societários), diversos da perseguição dos lucros³⁵⁷. Para a devida compreensão da extensão efetiva de tal destinação social e de sua compatibilização com os interesses privatísticos que lhe são contraditórios, é necessário ter-se em mente que a livre iniciativa e a livre concorrência, no contexto constitucional, mais do que valores em si mesmos, representam parte de uma *técnica de produção social*, onde a iniciativa é reservada preferencialmente ao setor privado, não necessariamente por força de uma justificação axiológica, mas por crer o constituinte na maior eficiência desta técnica de produção em relação às demais, por força de uma decisão de caráter político.

Se é certo que a ordem econômica estabelecida visa ao desenvolvimento, que difere do simples crescimento porque implica um salto de qualidade e não simplesmente um salto quantitativo, bem como à justiça social, que se logra atingir mediante distribuição eqüitativa de riqueza³⁵⁸, a liberdade de iniciativa empresária coloca-se como parte do método através do qual o constituinte acredita venham a ser atingidos tais objetivos. Vale dizer: a propriedade privada dos meios de produção justifica-se na medida em que sirva de incentivo ao desenvolvimento econômico e que, por esta via, proporcione melhor distribuição de riqueza (como, por exemplo, através da ampliação do número de postos de trabalho), o que equivale a afirmar que tais objetivos sociais muitas vezes serão atingidos por meios indiretos. O ceticismo de alguns acerca da eficácia de tal sistema, como forma de alcançar a almejada justiça social, não tem propriamente lugar no plano jurídico, senão no campo de acalorados debates sobre ideologia política. Ao jurista importa o faro de que essa ordem econômica dita os caminhos através dos quais tais objetivos sociais serão perseguidos. A livre empresa não é senão um desses caminhos. Há outros, todavia, que também devem ser trilhados, como o desenvolvimento de políticas públicas e a utilização do Direito como um fator de transformação social. Em busca de tais objetivos, o Estado tem não somente o poder de intervir no domínio econômico, mas, fundamentalmente, o dever de fazê-lo.

Não obstante, a livre iniciativa é também um valor social (CF. art. 1.º, IV), que deve ser preservado. Justifica-se ela em razão de sua função social – pelo que

³⁵⁷ A influência de tal contradição se faz sentir marcadamente nas lições de Silva, J. (2000, p. 661), que parece duvidar seja possível conciliar o regime capitalista com o objetivo de justiça social, afirmando que “a história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista” [...] e que” o capitalismo concebido há que humanizar-se (se é que isto seja possível)”.

³⁵⁸ Cf. Grau (1981, p. 54-55).

configura um *poder-dever* – mas não se abandona por completo a ideia de que ela também é uma liberdade individual, o que lhe confere um certo caráter de direito subjetivo, não absoluto como outrora, mas com uma finalidade social. Portanto, está ela a meio caminho entre *jus* e um *múnus*³⁵⁹. Vale dizer: a Constituição determina uma economia de caráter descentralizado, com preponderância da iniciativa empresarial privada (CF, art. 170, caput), em regime de livre concorrência (CF, art. 170, IV c/c art. 173, § 4º). A concorrência, pois, deve ser regra e não exceção. Mas a existência de poder econômico, tido como dado estrutural do sistema e não como anomalia, não é incompatível com essa ordem de coisas, muito embora, na pureza dos modelos econômicos, expresse um relação antitética com a liberdade de concorrência. Sua ilicitude somente ocorrerá quando houver abusividade em seu exercício, ou seja, na medida em que venha a ser desrespeitada essa função, que lhe é atribuída pela ordem jurídica: servir de instrumento na perseguição do desenvolvimento e da justiça social.

Importa, pois, examinar de que maneira o poder econômico poderá ser exercido legitimamente. Tal ocorrerá, como referido, quando atenda ele a sua função social, já que, como afirmado pelo já aludido jurista³⁶⁰, “o poder econômico é uma função social, de serviço à coletividade”. Mas tal afirmação não implica que tenhamos, sob o prisma constitucional, abandonado por completo a convicção liberal de que a busca de interesses privados por particulares muitas vezes pode conduzir ao bem comum. Assim, tanto não haverá razão em interpretar-se a afirmação constitucional dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência como uma reafirmação do laissez-faire, em termos absolutos, como também desarrazoado será vislumbrar-se exagerado conteúdo social na atividade empresarial, a fim de justificar intervenções estatais além de um certo ponto. Como normalmente ocorre, a razão não socorrerá a nenhum dos extremos.

Revela, ademais, ter em mente que a ordem jurídica determina que a parcela da atividade econômica reservada preferencialmente ao setor privado deva ser de cunho descentralizado, predominantemente em clima concorrencial. O poder econômico é admitido como um dado estrutural, mas reclama a prudente atividade

³⁵⁹ A expressão foi empregada por Comparato (1983, p. 101), em relação a propriedade sob a forma de empresa, a qual, segundo ele “não somente tem uma função social, mas é uma função social”

³⁶⁰ Comparato (1983, p.395).

estatal de controle, mediante repressão aos abusos em seu exercício, já que “todo o poder tende à concentração, seja qual for a sociedade em que se exerce”³⁶¹.

Descarte, o exercício do poder econômico será legítimo quando não conflite com os valores maiores dessa ordem econômica e com os objetivos sócias por ela visados. Isso equivale a dizer que não se admite o exercício do poder econômico que represente entrave ao desenvolvimento social e à marcha dos fatores sociais com vistas à consecução dos ideais de justiça social. De acordo com o ensinamento já transscrito, em hipótese de conflito, os interesses coletivos devem prevalecer sobre os individuais. Mas não somente isto. Não se admite que o exercício do poder econômico na supressão das liberdades de iniciativa e de concorrência dos demais indivíduos, por quanto não se pode admitir que a extensão de uma liberdade de um indivíduo seja tal que permita que seu exercício suprima as mesmas liberdades dos demais.

Por outro lado, o que mais importa no campo da disciplina do poder econômico é não se admitir seu exercício, através do domínio do mercado, como forma de seu titular apropriar-se de parcela da renda social superior à que legitimamente lhe tocaria em regime de liberdade plena, fenômeno cujo estudo já foi abordado, quando da análise dos elementos da doutrina econômica relativa aos mecanismos de formação de preços no mercado.

Mas há uma certa dose de limitação do nível de liberdade de concorrência nos mercados que é compatível com a ordem jurídica. A própria Lei 8.884/94 o reconhece, ao estabelecer que o domínio de mercado não constitui ilícito quando resultante de “processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico”(art. 20, § 1º)³⁶². Urge, portanto, buscar em critério de análise, eu permita aferir a licitude dos diversos graus de restrição à liberdade de concorrência. Procurar-se-á identificar tal critério através da análise da regra da razão e dos institutos do abuso do direito e do desvio de poder. Antes, porém, impõe-se analisar a operacionalização do conceito de abuso de poder econômico enquanto conceito jurídico indeterminado.

³⁶¹ Comparato (1983, p. 48).

³⁶² Isto ainda mais se evidencia quando se tem em vista que a existência de poder econômico é antitética com relação ao modelo puramente concorrencial.

7.5 O ABUSO DE PODER ECONÔMICO COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

O conceito de abuso de poder econômico como referido, enquadra-se na categoria dos conceitos jurídicos indeterminados³⁶³, eis que a definição do que seja um abuso do poder econômico não repousa no exame de dados precisos, extraídos da realidade. Exige, ao contrário, a conjugação de inúmeras variáveis, em grande extensão imprecisas. Por esta razão, e dado o caráter eminentemente casuístico da análise antitruste, será sempre mais fácil identificar os extremos de abuso ou de exercício regular do que as situações intermediárias. Estas, porém, em relação àquela, representarão sempre a maioria dos casos³⁶⁴.

A obra de Eros Roberto Grau³⁶⁵ fornece-nos subsídios para a abordagem da problemática dos conceitos jurídicos indeterminados. Uma primeira ressalva deve ser feita, segundo esse renomado jurista, já quanto à denominação de tal espécie de conceitos jurídicos. É que os conceitos indeterminados, propriamente, não existem. Um conceito é, em verdade, uma suma de ideias, e o menos que se exige desta suma, a fim de que possa ser considerada um conceito, é que seja ela determinada. Dito em outras palavras, uma suma indeterminada de ideias não é um conceito³⁶⁶. Destarte, o que é indeterminado não é conceito, mas o termo mediante o qual sua significação se expressa. Sob o ponto de vista lógico, portanto, não se deveria falar em conceito indeterminado, mas sim em termo indeterminado de conceito³⁶⁷ - por conceito há sempre de ser determinável. Em razão disso, a expressão conceitos abertos deveria ser preferida³⁶⁸. Consignada a ressalva, todavia, aqui, como obra do

³⁶³ Também nesse sentido, Guerreiro (1999, p. 45).

³⁶⁴ Diante de um conceito indeterminado, a situação é equivalente à de quem encara a projeção da luz de uma lanterna sobre a parede escura: a separação entre o absolutamente claro e completamente escuro é evidente; entre um e outro extremo, todavia, haverá um halo de penumbra, onde claro e escuro se interpenetram. Enterria e Fernández (1991, p. 394) ensinaram: "Na estrutura do conceito indeterminado é identificável um núcleo fixo (*Begriffkern*) ou 'zona de certeza', configurado por dados prévios e seguros, uma zona intermédia ou incerteza ou 'halo do conceito' (*Begriffkern*), mais ou menos imprecisa, e, finalmente, uma 'zona de certeza negativa', também certa quanto à exclusão do conceito".

³⁶⁵ Grau (1988).

³⁶⁶ Cf. Grau (1988, p.65).

³⁶⁷ Grau (1988).

³⁶⁸ Cf. Grau (1988, p.72).

Prof. Grau, será utilizada a expressão conceitos jurídicos indeterminados, já consagrados, para referir-se a tal espécie de conceitos.

Os conceitos jurídicos serão indeterminados não só quando forem ambíguos, mas principalmente quando forem imprecisos na sua expressão. Tal ocorrerá, por exemplo, com os conceitos de urgência e relevância, para o fim de edição de medidas provisórias (CF, art. 62 caput), bem como o de justa indenização, para fins de desapropriação (CF, art. 5º, XXIV). São conceitos abertos, que precisam ser completados por quem os aplique, definindo-se, por exemplo, o que seja a justiça na fixação da indenização expropriatória. Os parâmetros para tal preenchimento serão encontrados na realidade social, inclusive mediante a consideração das concepções políticas predominantes, as quais – como ensina Eros Roberto Grau – variam conforme a atuação das forças sociais³⁶⁹. Importa ressaltar, sempre, na esteira daquilo que faz o mencionado professor, que as palavras que expressam o conceito serão sempre determináveis, ainda quando forem ambíguas e imprecisas³⁷⁰.

Em doutrina – prossegue – já se tem por superada a tese de que a atividade de preenchimento ou aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados compreender-se-ia na esfera da discricionariedade administrativa³⁷¹. No campo da discricionariedade, a Administração exerce suas ações entre diversas soluções igualmente válidas ou, dito em outras palavras, entre indiferente jurídicos, segundo juízos de oportunidade. Já em relação à aplicação dos conceitos indeterminados pela Administração tal não ocorre, uma vez que não se trata de juízos de oportunidade, mas sim de juízos de legalidade. Não há, em relação a tais conceitos, indiferentes jurídicos: ou se dá ou não se dá o conceito – *tertium non datur*³⁷².

Isso porque os conceitos indeterminados, enquanto conceitos jurídicos, existem para “permitir e viabilizar a aplicação de normas jurídicas [...] constituem um ponto terminal de regras³⁷³. Assim, a tarefa de preencher tais conceitos, desvendando seus sentidos com vistas à aplicação de normas jurídicas, é tarefa de

³⁶⁹ Grau (1988).

³⁷⁰ Cf. Grau (1988, p.73).

³⁷¹ Entre nós, todavia, há quem discorde. Veja-se, por exemplo, a opinião de Costa (1985, p. 79 e segs.), para discricionária, entendendo, entretanto, que tal atividade é exercida na aplicação dos conceitos jurídicos de valor.

³⁷² Cf. Enterria e Fernández (1991, p. 394).

³⁷³ Cf. Grau (1988, p.66).

aplicar o Direito, que pressupõe interpretação³⁷⁴. Ora, na tarefa de interpretação não há margem para discricionariedade, estando o interprete vinculado aos princípios da ordem jurídica. Há, pois, um juízo de legalidade, e não um juízo de oportunidade. No campo da discricionariedade, ao contrário, a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (como o de oportunidade e os critérios econômicos)³⁷⁵. Assim, o exercício de poder discricionário implica a integração, no processo decisório, de elementos volitivos próprios do titular desse poder. A aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, em sentido oposto, “se esgota no processo intelectivo de compreensão de uma realidade no sentido que o conceito legal indeterminado tem pretendido, processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é próprio de quem exerce uma potestade discricional”³⁷⁶.

Tradicionalmente, a aplicação pelo Poder Judiciário de conceitos jurídicos como o de bom pai de família, ou mulher honesta e até mesmo o de justa indenização, nunca foi tida como exercício de poder de índole discricionária. Todavia, o problema vem à tona, em muitos casos, quando o Poder Público é encarregado da aplicação de tal sorte de conceitos. Não raro o Judiciário invoca o exercício de poder discricionário para, lavando as mãos tal qual Pilatus, negar-se a apreciar a regularidade da aplicação de conceitos como os de urgência e relevância (e. g. na edição de medidas provisórias), ou interesse social (para fins de desapropriação). Razão nenhuma lhe assiste quando assim o faz, pois, do contrário, também em relação ao conceito de justa indenização (nas desapropriações) deveria invocar tal discricionariedade, como óbice à apreciação de sua aplicação pela Administração³⁷⁷.

Em relação ao conceito de abuso do poder econômico a problemática assume grande relevância, já que a apreciação dos atos de abuso (ou exercício regular) de poder econômico é normalmente atribuída a órgãos administrativos, por reconhecer-se a falta de aparelhamento do Poder Judiciário para o desempenho dessa função. Vale perguntar: está o CADE a exercer poder discricionário quando aprecia tais atos ou quando examina atos de concentração? Indubitavelmente, a resposta é negativa, pois, como se viu, a aplicação do conceito de abuso de poder

³⁷⁴ Cf. Grau (2000, p.187).

³⁷⁵ Cf. Enterria e Fernández (1991, p. 394).

³⁷⁶ Cf. Enterria e Fernández (1991, p. 394).

³⁷⁷ Este exemplo é dado por Grau (1988) e por Enterria e Fernandez (1991).

econômico, conceito jurídico indeterminado que é, não comporta exercício de poder de índole discricionária. Em segundo lugar, há que se perguntar: está o Poder Judiciário limitado na apreciação da legalidade das decisões do CADE? Hely Lopes Meirelles, muito embora não considere discricionária a atividade do Conselho, entende que sim³⁷⁸. Para ele, o Judiciário somente poderia apreciar os vícios de legalidade – exame restrito os motivos determinantes – mas nunca poderia alcançar o *mérito*, ou a justiça da decisão. Ao Poder Judiciário caberia apenas anular a decisão, mas jamais a substituir por outra. Pede-se vénia para discordar do grande jurista. Como visto, o exame da justiça ou da regularidade da aplicação de um conceito jurídico indeterminado, tal como é o de abuso de poder econômico, comprehende-se exatamente no campo da legalidade (é um juízo de legalidade). A possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário deve ser ampla, tão ampla quanto no exame do conceito de justa indenização, nas desapropriações.

Há que se ter em vista que o exercício do Poder discricionário implica a integração da vontade do aplicador do Direito no processo decisório. Assim, diante de duas soluções igualmente compatíveis com o interesse público, dois indiferentes jurídicos, poderá escolher aquela que melhor lhe aprovou. Tomando de empréstimo a expressão de autoria do Prof. Eros Grau³⁷⁹, o critério de decisão é exercido, “para mim” e não “para nós”. Já aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, diversamente, não admite a integração da vontade individual do aplicador de norma. Sua escolha não é feita segundo o critério “para mim”, mas sim “para nós”, eis que “[a]penas e tão somente na medida em que o ‘objeto’ – a significação – do conceito jurídico possa ser reconhecido uniformemente por um grupo social, poderá prestar-se ao cumprimento de sua função, que é a de permitir a aplicação de normas jurídicas, com um mínimo de segurança e certeza”³⁸⁰.

Daí porque discordamos da opinião de alguns de que os conceitos jurídicos indeterminados de valor poderiam dar ensejo à discricionariedade, ao passo que os de experiência não o poderiam³⁸¹. Na aplicação de tais conceitos, o juízo exercício há de ser sempre “para nós”, e jamais “para mim”. Pouco importa o fato que, em

³⁷⁸ Meirelles, in(Franceschini e Franceschini , 1985, p. 552 e seq).

³⁷⁹ Cf. Grau (1988, p. 62).

³⁸⁰ Grau (1988, p. 62).

³⁸¹ Costa (1988, p. 99) afirma com arrimo em Sainz Moreno, que os conceitos de experiência são aqueles que se referem a objetos sensíveis e a determinadas realidades espirituais, ao passo que os conceitos de valor relacionam-se a sentimentos ou desejos.

Direito, diante de um caso concreto, sempre poder haver diversas soluções possíveis, igualmente validas, e não uma única solução justa, ao contrario do pensamento de Garcia de Enterria e Ramón Fernández³⁸² Como ensina Eros Roberto Grau, em Direito não se pode atribuir a qualquer decisão interpretativa a qualidade de verdadeira ou falsa. “Poder-se-á, quando muito, afirma que estas ou aquelas, entre elas, são *logicamente verdadeiras*, na medida em que se relacionam, logicamente, os argumentos usados para justifica-las e elas próprias. É que decisões da espécie são tomadas no âmbito de uma prudência e não de uma ciência [...]. E o é porque a lógica jurídica, como observa Fabio Konder Comparato, é lógica da preferência e não da consequência”³⁸³. Mas a existência de várias possibilidades de solução jurídica não autoriza o aplicador do Direito a compor a norma com sua vontade pessoal. É certo que as características pessoais do intérprete, como sua ideologia e o ambiente social de onde provém, influenciam o processo hermenêutico. Mas o intérprete estará sempre vinculado ao ordenamento jurídico, devendo buscar o seu critério de escolha segundo as regras e, principalmente, os princípios integrante de tal ordenamento³⁸⁴. O critério de escolha não é, e não poderá ser, sua vontade. Ao intérprete não é dado criar ou inventar o Direito, nele fazendo integrar sua vontade, mas sim simplesmente aplicá-lo³⁸⁵.

Exposta essa feição do conceito de abuso do poder econômico, prossigamos na tarefa da sua definição, ou seja, na tarefa de se buscar a significação dos termos empregados em tal conceito³⁸⁶. Ter-se-á em vista, como até este ponto tem-se procurado fazer, a advertência de Eros Roberto Grau, invocando Alf Ross, de que os conceitos “não são ideias, reflexões sobre a essência das coisas, mas ferramentas que forjamos para descrever a realidade”³⁸⁷. Tal far-se-á

³⁸² Enterria e Fernandez (1991, p. 393).

³⁸³ Comparato (1983, p. 189).

³⁸⁴ Afirma Guerreiro (1999, p. 46): “tudo parece caminha para uma renovada visão, tanto da tipicidade com ao exegese legal, que implica o prestígio dos princípios da ordem jurídica, preferencialmente à literalidade fechada dos preceitos individualmente considerados, como se não fizessem parte de um sistema informado só valores [...] e acrescente utilização legislativa dos conceitos juridicamente indeterminados representam manifestações evidentes e eloquentes de que o equilíbrio social só pode ser atingido, hodiernamente, mediante a superação do formalismo verbal que prevaleceu em nossa cultura, infenso à evolução da economia, da sociedade e do próprio direito [...] Cuida-se [...] de uma abertura do tipo que a experiência jurídica e a cultura do tempo devem preencher – e não livremente, senão em estrita conformidade com a finalidade de preceito normativo”.

³⁸⁵ Cf. Grau (2000, p. 189).

³⁸⁶ Cf. Grau (1988, p. 79): “ao aplicador do Direito, no preenchimento dos conceitos jurídicos abertos, cumpre buscar a significação dos termos de tais conceitos”.

³⁸⁷ Grau (1988, p. 79).

buscando auxílio na experiência jurídica, por aproximação a dois outros conceitos congêneres, quais sejam o do abuso do direito, de Direito Privado, e o de desvio de poder, de Direito Público. Antes, porém, impõe-se um breve exame da regra da razão, oriunda do direito norte-americano, como um critério para o controle de legitimidade do exercício do poder econômico.

7.6 O PODER ECONÔMICO E A REGRA DA RAZÃO

Para aferir a licitude de certos tipos de práticas anticoncorrenciais, a jurisprudência norte-americana desenvolveu o que convencionou chamar de *rule of reason*, ou *regra da razão*, em contraposição a regra da ilicitude *per se*, noção a ela oposta. A regra da razão, em sua gênese, foi desenvolvida em um caso em que se alegava monopolização de atividade, em violação da secção segunda do *Sherman Act*³⁸⁸. Entretanto, a doutrina norte-americana dá-nos conta de que, nos últimos tempos, a aplicação da regra vem sendo discutida mais freqüentemente em relação aos acordos entre concorrentes³⁸⁹.

Segundo a regra da ilegalidade *per se*, alguns tipos de conduta – tais como algumas espécies de acordos entre concorrentes – são consideradas ilícitas, independentemente do contexto em que forem praticadas, ou mesmo dos efeitos obtidos, sejam eles danosos ou benéficos à concorrência. Quando a regra da ilegalidade *per se* é aplicada, a prática é considerada ilegal sem que para isso seja necessário investigar-se a estrutura do mercado ou o poder econômico detido pelo agente, que pode até ser nenhum. Isso significa que o acusado não tem o direito de aduzir em sua defesa quer os bons efeitos econômicos da prática incriminada, quer sua inofensividade, pela ausência de quantidade de poder suficiente para influir nos preços de mercado³⁹⁰. O exemplo clássico de ilicitude *per se* ocorre em relação aos acordos entre concorrentes para fixação de preços (price fixing), onde a conduta é considerada ilegal ainda que enseje ganhos de eficiência econômica ou mesmo

³⁸⁸ Standard Oil Co. of New Jersey v. United States 221 U.S. 1 (1911) (FOX; SULLIVAN, 1986, p. 75 e seq.).

³⁸⁹ Hovenkamp (1994, p. 248).

³⁹⁰ Hovenkamp (1994, p. 230).

quando o agente careça absolutamente de poder econômico que lhe habilite produzir algum efeito anticoncorrencial através da conduta incriminada³⁹¹.

Já em relação às práticas sujeitas à regra da razão, o acusado é admitido a demonstrar que atais práticas geram ganhos de eficiência e que os danos à concorrência são mínimos³⁹². Sob esse prisma, a prática somente é considerada ilícita na medida em que configure uma restrição não razoável (ou desarrazoada³⁹³) à concorrência. Com feito, em relação a muitos, senão a todos os acordos que poder ser realizados entre concorrentes, haverá um certo grau de limitação no nível de concorrência existente entre as partes³⁹⁴. Todavia, muitas vezes, o efeito produzido será economicamente benéfico, muito embora possa parecer, à primeira vista, que o acordo celebrado é prejudicial à concorrência.

Tal ocorreu, por exemplo, no Caso Chicago Board of Trade, onde uma regra existente no seio dessa Bolsa de Chicago impedia seus membros de realizarem determinadas operações de compra e venda, senão dentro de um pregão especial que ocorria apenas uma vez por dia. Entretanto, a proibição não era absoluta: as operações poderiam ser realizadas durante o interstício compreendido entre dois pregões diários, mas obrigatoriamente ao preço de fechamento verificado no pregão anterior. A Corte entendeu a prática como legítima, já que, muito embora representasse um determinado grau de restrição à liberdade de concorrência, seus efeitos benéficos no mercado eram relevantes, suficientemente capazes de legitimar a restrição. Assim, por espírito de simplificação, pode-se dizer que a regra da razão é uma forma de aferir-se a existência ou não de eficiência, decorrente prática cuja licitude é investigada³⁹⁵. Muitas vezes, até, implicará verificar se a restrição à

³⁹¹ Hovenkamp (1994, p. 185).

³⁹² Hovenkamp (1994, p. 231).

³⁹³ O termo é utilizado por Shieber (1966, p. 75).

³⁹⁴ No dizer da Corte, no Caso Chigado Boarde of Trade [246 U.S. 231 (1918) (AREEDA; KAPLOW, 1967, p. 204 et seq.): “Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence”]

³⁹⁵ Carvalho (1995, p. 75) entende que a regra da razão não tem o condão de fazer autorizar práticas anticoncorrenciais. Para ele, contestando entendimento divergente, o que se faz é somente, através da razão, examinar o real caráter não prejudicial à concorrência da operação analisada. A questão parece meramente acadêmica. O que importa quando da abordagem da regra é aprender-se que nem sempre os atos que importem em uma restrição à liberdade de concorrência entre dois agentes serão capazes de reduzir a competitividade no mercado. Ao contrário, muitas vezes não terão impacto sensível, ou mesmo irão aumentá-la. Inobstante, tais atos, ordinariamente contrato, configurarão sim uma restrição convencional à liberdade de agir das partes, todavia sem repercussão no campo concorrencial ou com efeitos benéficos.

concorrência não traduz uma mal menor, justificável tendo em vista o mal maior que foi evitado³⁹⁶.

Como ensina Hovenkamp³⁹⁷, o emprego do critério de ilicitude per se será mais freqüente em relação a práticas em cuja análise os juízes já tenham longa experiência, que os tenha convencido da alta probabilidade de tais práticas produzirem maus resultados concorrenenciais. Por outro lado, o conteúdo da regra da razão variaria consideravelmente, conforme a escola econômica prevalente na análise antitruste em cada momento histórico³⁹⁸. Quando, por exemplo, seja da maior ênfase às liberdade econômicas individuais, haverá maior tendência a se considerarem ilícitas as práticas de concentração empresarial. Por outro lado, tais práticas serão toleradas quando proporcionarem eficiência, nos momentos em que maior relevo for dado à eficiência no campo da doutrina econômica. Portanto, a análise é, em grande medida, casuística e vem mudando consideravelmente de feição no transcorrer da história da disciplina antitruste norte-americana.

Desde a publicação do estudo do Prof. Sheiber, a doutrina brasileira vem defendendo a aplicação da regra da razão da interpretação das normas da disciplina antitruste no Brasil. O artifício vem sendo utilizado para negar a existência, entre nós, de práticas ilícitas per se, cuja admissão, principalmente no campo penal, violaria nossa consciência jurídica, que representaria o reconhecimento da possibilidade de haver responsabilidade penal objetiva. Segundo o Prof. Sheiber³⁹⁹, perante o Direito brasileiro, não haveria práticas ilícitas per se sempre possível recorrer-se à regra da razão, a fim de justificar determinadas práticas restritivas, por sue bons efeitos econômicos⁴⁰⁰.

³⁹⁶ Hovenkamp (1994, p. 231) contesta : "We sometime hear the deceptively simple proposition that all the court needs to do is balance efficiency effects against anticompetitive effects and see which way the scale tips. But courts are not capable of measuring either efficiency or power over price with anything approaching scientific accuracy. Most such judicial measurements are simply hunches, based on several presumptions about the nature and effects of certain practices". Mas Hovenkamp acaba por admitir essa análise do mal menos, quando estabelece, passo a passo, as diretrizes da análise das regras da razão e da ilegalidade per se. Para ele, todavia, essa é a ultima das instâncias da análise.

³⁹⁷ Hovenkamp (1994, p. 230).

³⁹⁸ Hovenkamp (1994, p. 248-249).

³⁹⁹ Sheiber (1966, p. 97).

⁴⁰⁰ Não se poder deixar de registrar que o CADE parece, a título excepcional, ter aceitado a caracterização do ilícito per se em relação à utilização de atente caduca no território nacional, sob a égide da Lei 4.137/62 (FRANCESCHINI; FRANCESCHINI, 1985, p. 262 e seqq.). Não obstante, o CADE teve oportunidade de aplicar a regra da razão, tal como professada pelo Prof. Sheiber, como se vê em Franceschini e Franceschini (1985, p. 100 e 234).

Em relação à disciplina antitruste no seio da Comunidade Européia, Goyder⁴⁰¹ afirma que o transplante puro e simples da regra da razão para o sistema europeu causa mais confusões do que proporciona esclarecimentos, tendo em vista as grandes diferenças existentes entre os dois sistemas jurídicos: o comunitário europeu e o norte-americano. Para ele, o sistema consuetudinário da *common law* do Direito norte-americano confere ao juiz maior liberdade de ação na interpretação dos textos legais, enquanto, no seio da Comunidade Européia, as autoridades comunitárias estão vinculadas ao texto do Trabalho, em maior graus, quando da análise dos dispositivos pertinentes, notadamente o item 3 do seu art. 85. Em outras palavras, permita-se a interpretação do ensinamento: na *common law* haveria maior espaço para a criatividade interpretativa, o que segundo Goyder⁴⁰², alias, seria decorrência da própria redação da secção primeira do Sherman Act, quando comparada aos itens 1 e 3 do art. 85 Tratado.

No que se refere ao direito brasileiro, o fato de se transplantar ou não a regra da razão, tal como concebida pelo Direito norte-americano, parece-nos não ter grande relevância, sob o ponto de vista dos efeitos práticos que daí decorreriam. Isto porque, muito embora tenha sido útil o recurso do prof. Sheiber ao instituto, a fim de demonstrar a inexistência do ilícito per se, o mesmo objetivo poderia ser alcançado por outra via, qual seja a análise do que deve entender por abuso no exercício do poder econômico, já que, entre nós (e sempre foi assim), somente ato abusivo é incriminado. Vale dizer: uma vez afastada a ilicitude per se, não precisamos mais da regra da razão.

7.7 ABUSO DE PODER ECONÔMICO, ABUSO DO DIREITO E DESVIO DE PODER

A noção de abuso do direito, como modernamente conhecida, deriva da jurisprudência francesa do século XIX, mas já os romanos reconheciam o caráter

⁴⁰¹ Shieber (1966, p. 117 e 139-140).

⁴⁰² Goyder (1988, p. 117).

não absoluto dos direitos subjetivos⁴⁰³. Em nosso Direito Civil, a adoção do conceito de abuso do direito deriva da redação do inc. I do art. 160 do Código Civil, segundo o qual não constituem atos ilícitos aqueles praticados “no exercício regular de um direito reconhecido”. A contrario senso, portanto, como ensina Clovis Beviláqua⁴⁰⁴, nossa lei civil adotou o instituto em análise já que o exercício irregular de um direito de um direito é modalidade de ato ilícito.

Conforme a doutrina⁴⁰⁵, duas teorias diversas buscam explicar o instituto do abuso do direito, quais sejam, a teoria subjetiva e a objetiva. Segundo os adeptos da teoria subjetiva, o abuso do direito se verificaria quando o titular de um direito subjetivo, muito embora o exercendo dentro de seus limites formais, fizesse-o imbuído de intenção de prejudicar terceiro. Aqui, o abuso do direito seria uma modalidade de *culpa delitual*. Quando ausente essa intenção de prejudicar, o exercício de direito seria regular. Todavia, ainda quando desprovido de tal intenção, o titular de um direito subjetivo seria civilmente responsável quando exercesse de forma negligente ou imprudente (hipótese em que se configuraria um quase-delito)⁴⁰⁶. Já segundo os objetivistas, o relevante seria considerar o caráter antisocial do exercício do direito, não sendo preciso “deter-se no duro e penoso exame dos motivos íntimos que teriam presidido à deliberação o agente”⁴⁰⁷.

Não cabe no escopo deste trabalho o aprofundamento do estudo dos fundamentos das diversas escolas de pensamento doutrinário na caracterização do instituto do abuso do direito. Por tal razão, a abordagem se restringirá à análise da teoria objetivista, que parece ter prevalecido no campo doutrinário, segundo a qual o abuso do direito não se comprehende no conceito clássico de culpa (em seu sentido lato, que inclui o dolo). É desde essa perspectiva que o instituto do abuso do direito oferece utilidade na conceituação do abuso do poder econômico. Segundo Silvio Rodrigues⁴⁰⁸, a teoria do abuso do direito atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josserand (*De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, 1939), de

⁴⁰³ França (1980, p. 319). Vicente Ráo, em trecho transcrito por Ferreira Filho (1990, p. 214) afirma: “A teoria dita moderna do abuso de direito é tão velha quanto o direito clássico. Toda a evolução do direito pelo pretor e pelos jurisprudentes constituiu em aproximá-lo da moral e da equidade e que fez a escola, como se sabe, até a definição tão verdadeira e tão profunda e freqüentemente tão pouco compreendida de Celso, *jus est rs boni et aequi*”.

⁴⁰⁴ Alves (1916, p. 471).

⁴⁰⁵ Martins (1941) e Campos (1982).

⁴⁰⁶ Cf. Campos (1982, p. 59).

⁴⁰⁷ Cf. Martins (1941, p. 249).

⁴⁰⁸ Rodrigues (1984, p. 321).

acordo com a qual há abuso do direito quando seu exercício conflita com a finalidade social para a qual foi conferido, ideia que, ainda segundo o civilista pátrio, teria sido abrigada pelo art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil, segundo o qual na “aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que Lea se dirige e às exigências do bem comum”⁴⁰⁹.

Como noticia Paulo de Araújo Campos⁴¹⁰, para Josserand a responsabilidade decorria de três espécies diferentes de atos: a) o ato ilegal, praticado sem direito, portanto objetivando incorreto; b) o ato ilícito, que, embora objetivamente correto, seria subjetivamente incorreto (categoria em que se enquadraria o ato abusivo); e c) o ato excessivo, que apesar de não ser ilegal nem ilícito, geraria a responsabilidade do agente, por causar dano excessivo ou anormal, onde se enquadriam os casos de responsabilidade objetiva. Assim, prossegue o autor, para Josserand a questão da responsabilidade civil não se esgotaria no conceito clássico de culpa. Para que se configurasse o exercício abusivo de um direito, por seu turno, seu titular deveria atuar “dentro dos limites da norma probitiva, desvirtuando, porém, seus fins econômicos-sociais, com ou sem a presença de culpa ou dolo”⁴¹¹. O ato abusivo diferiria, portanto, do ato cometido sem direito ou do ato contrário ao direito, já que ele, apesar de sua conformidade com os limites formais do direito subjetivo, contrariaria sua destinação social⁴¹². Paulo de Araújo Campos prossegue na sua análise, agora com arrimo nas lições de Fernando Augusto de Cunha Sá, para quem o comportamento do titular de um direito subjetivo sempre se enquadra em uma dentre as três hipóteses seguintes: a) ato legal, quando o comportamento do agente conforma-se com a estrutura do direito subjetivo exercido (seus limites lógico-formais) e com o calor normativo que lhe é inherente (limites axiológico-materiais); b) ato ilegal, quando o comportamento desde logo seja contrário à estrutura jurídico-formal do direito subjetivo; e c) ato abusivo, quando o comportamento preenche a forma (limites lógico-formais), mas rebela-se contra o valor que lhe serve de fundamento jurídico (seu sentido axiológico-jurídico)⁴¹³.

⁴⁰⁹ Rodrigues (1984, p. 321).

⁴¹⁰ Campos (1982, p. 73).

⁴¹¹ Campos (1982, p. 74).

⁴¹² É interessante a transcrição que Campos (1982, p. 74) faz do ensinamento de Alberto G. Spota: “Se ejerce um derecho subjetivo o una facultad (sic), de acuerdo con esos límites objetivos Del precepto, pero se prostituye su ‘espiritu’, se menoscaba su finalidad, se abusa del ordenamiento jurídico encuanto los derechos son concedidos para la consecución de fines confesables”.

⁴¹³ Campos (1982, p. 76).

Assim, conclui, o abuso de direito configuraria uma categoria autônoma, diversa do conceito puro e simples de ato ilícito. Os efeitos do ato abusivo, todavia, seriam idênticos aos efeitos dos atos ilícitos, pois também eles gerariam a obrigação de reparar o dano causado.

Como se vê, a noção do conceito de abuso de direito é exercício de um direito subjetivo contrariamente à sua finalidade social. O direito subjetivo, em sua acepção tradicional (absoluta), dá lugar a um “direito-função”, concedido ao cidadão para obter os proventos que lhe são conferidos pela lei, respeitados os interesses da comunhão social⁴¹⁴. Trata-se, pois, de um desvio de finalidade do direito, que se deve ser apreciado do ponto de vista social: “Caracteriza-se o exercício abusivo de um direito quando este colide com outro que, à luz do interesse social, merece maior proteção. Não há necessidade da intenção maliciosa para incluir-se o ato abusivo entre aqueles que geram a responsabilidade, como acontece com o exercício temerário, o emprego do meio mais oneroso, o intuito emulativo, eis que estes são ilícitos. O mesmo ocorre com os atos praticados com culpa, já que esta por si só fundamenta a responsabilidade”.⁴¹⁵

Para Pedro Batista Martins, autor de obra clássica sobre o tema, o direito possui, incontestavelmente, uma finalidade social:

Poder de ação, o direito não é conferido ao individuo como instrumento de gozo ou de satisfação de apetites, para que possa extrair utilidades puramente egoísticas, à custa dos superiores interesse da coletividade. As prerrogativas individuais estão condicionadas a um fim – que é a harmonia social [...]. Desde que o exercício do direito se realiza em desconformidade com essa destinação, de maneira perturbadora do equilíbrio dos interesses juridicamente protegidos, que se enfrentam nas relações sociais, é claro que o ato deixa de ser lícito para ser reprovável⁴¹⁶.

Do até aqui exposto, pode-se concluir que, segundo a escola objetiva, a teoria do abuso do direito abandonar o enfoque tradicional de abordar-se o direito desde uma perspectiva exclusivamente formal e individualista, para perscrutar-se a finalidade ou a destinação que o direito subjetivo possui no ambiente social. O direito subjetivo, assim, deixando de servir a interesses de cunho meramente individualista, é encarado a partir de uma visão de conjunto, que tem em conta os interesses

⁴¹⁴ Campos (1982, p. 72).

⁴¹⁵ Campos (1982, p. 84-85).

⁴¹⁶ Martins (1941, p. 251).

maiores *ad coletividade*. Afina-se essa concepção, como se vê, com outra já abordada, que vê na liberdade de iniciativa empresaria um direito-função, um poder-dever, a fim de afirmar a função social da empresa e, por conseguinte, a função social do poder econômico.

Criticando a opinião de Planiol, que vê na concorrência social ou econômica a existência implícita de um direito de lesar, já que em tal regime o dano seria inevitável, Pedro Baptista Martins escreve, com rara clarividência:

Quando Planiol se refere ao direito de prejudicar que se atribui aos indivíduos na concorrência social ou econômica, ele manifesta a concepção liberal que forma da concorrência. Para extrair a sua conclusão, toma aprioristicamente como dado o argumento de que a concorrência, a *competition* dos ingleses, é livre. Esqueceu-se, dessarte, de que a função do direito consiste precisamente em disciplinar essa concorrência, em reprimir-lhe os abusos e excessos, subordinando-a a certas condições de ordem econômica social [...]. A luta pelo proveito, a realização do lucro é um poderoso estímulo para o progresso material. Mas condicionar essa concorrência, combatendo as possibilidades de abuso, reprimindo as fraudes a que ela abre férteis oportunidades, é dever indeprecável do Estado. Sem essa intervenção, quer equilibra e concilia os interesses em luta, o regime da liberdade acabaria gerando o monopólio e escravizando o trabalho⁴¹⁷.

Como se vê, o instituto do abuso do direito, enquanto categoria jurídico-operacional, bem serve à tarefa de conceituar o abuso do poder econômico.

Outro conceito que também se presta a tal *mister* é o de desvio de finalidade, ou desvio de poder, oriundo do Direito Administrativo, noção cujo desenvolvimento deveu-se ao conselho de Estado da França, em meados do século passado, no famoso Caso *Lesbats*⁴¹⁸. O instituto foi expressamente abrigado pelo Direito positivo brasileiro, encontrando-se inscrito no art. 2.º, e, da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), segundo o qual se configura o desvio de finalidade quando “o agente pratica ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra da competência”. Como ensinam García de Enterría e Ramón Fernández⁴¹⁹, o desenvolvimento das noções de excesso e de desvio de poder ocorreu como uma forma de abrandamento da imunidade judicial da discricionariedade administrativa. A partir do primeiro terço do século passado, o

⁴¹⁷ Martins (1941, p. 258).

⁴¹⁸ Sobre a origem do conceito de *détournement de pouvoir*, veja-se Enterría e Fernández (1991, p. 399); Meirelles (1984, p. 72); e Tácito(DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v188.1992.45103> Acesso em:20/02/2000

⁴¹⁹ Mello(2000, p. 399-340).

Conselho de Estado francês passou, inicialmente, a admitir o recurso por excesso de poder, com o fim de apreciar alegações de vícios de competência na prática de atos discricionários, passando, logo após, a admitir tal expediente também em relação aos vícios de forma. “O passo seguinte” - prosseguem os autores espanhóis⁴²⁰ - “é o descobrimento da técnica do desvio de poder como terceira via de penetração na esfera isenta da discricionariedade: a liberdade de decisão conferida ao órgão não o autoriza a afastar-se do fim em consideração ao qual o potestade se outorgou”.

No Brasil, não parece haver divergência doutrinária quanto à conceituação do instituto. Assim, por exemplo, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma entender-se por desvio de poder à utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição⁴²¹. Hely Lopes Meirelles, por seu turno, entende verificar-se essa espécie de vício dos atos administrativos quando a autoridade “embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivos pela lei ou exigidos pelo interesse público”⁴²². No mesmo sentido, Caio Tácito tem o desvio de poder como “um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras, de modo a impedir que a prática do ato administrativo (...) possa dirigir-se à consecução de um interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal”⁴²³. Tem-se, assim, que a noção nuclear do instituto do desvio de poder é o divorce existente entre a finalidade a que a lei (ou o direito, de uma forma geral) vincula a prática do ato administrativo e o fim objetivado pelo agente público ao praticá-lo. O desvio de poder é, em última instância, na feliz expressão de Hely Lopes Meirelles, a *violação ideológica da Lei*⁴²⁴.

Como é sobejamente conhecido, ao contrário do que ocorre em Direito Privado, em Direito Administrativo a atividade dos agentes públicos vincula-se não ao princípio da autonomia da vontade, de fazer-se tudo quanto não seja proibido, mas sim ao princípio da legalidade, segundo o qual a autoridade administrativa somente pode fazer aquilo que a lei a autoriza. Vale dizer, a Administração somente pode fazer aquilo que devia fazer. Por isso, a atividade administrativa é marcada pela

⁴²⁰ Mello(2000, p. 340).

⁴²¹ Mello(1992, p. 27).

⁴²² Meirelles(2000., p. 74).

⁴²³ Tácito(2000, p. 3).

⁴²⁴ Meirelles(2000, p. 75).

idéia de função, que se verifica, segundo Celso Antonio Bandeira De Mello⁴²⁵, quando alguém dispõe de um poder, à conta de um dever, para satisfazer o interesse de outrem. O titular de uma função – prossegue – recebe da ordem jurídica um dever, o de alcançar uma certa finalidade preestabelecida, “de tal sorte que os poderes que lhe assistem, foram-lhe deferidos para serem manifestados instrumentalmente” [...] “como meios aptos para atender à finalidade que lhe justificou a outorga⁴²⁶”. No campo administrativo, quando a finalidade juridicamente estabelecida deixa de ser atendida pelo agente, dá-se o desvio de finalidade ou de poder. Assim, o vício de desvio de poder é estritamente um vício de legalidade, cujo controle se realiza diante de critérios exclusivamente jurídicos⁴²⁷, uma vez que as finalidades que devem ser visadas pela Administração em sua atividade são sempre estabelecidas, explicita ou implicitamente, pela lei, ou, mais precisamente, pela ordem jurídica.

Diferencia-se o desvio de poder do mero excesso de poder portanto neste a autoridade administrativa, quanto competente, age com transbordamento de sua atribuições legais⁴²⁸. Há aqui, propriamente, violação da lei em seus limites formais, sendo até impróprio afirmar-se que a autoridade, muito embora investida de competência, atua excedendo seus poderes. Isto porque a competência para a prática de uma to somente se verifica quando a lei confere à autoridade poderes para tanto. Havendo extravasamento dos poderes conferidos, portanto, não haverá competência para a prática do ato, mas sim violação do preceito legal que estabelece (ou não) a dita competência⁴²⁹. Tratas-se, pois, de violação da lei, em seus limites formais. Já quando ocorre o desvio de poder, ao contrário, os limites formais da lei são observados, subvertendo-se, todavia, os fins por ela colimados. Pouco importa, ressalte-se, o fato de ser ou não ser a causa de tal desvio a atuação intencional do agente, isto é, a circunstância de ele atuar ou não conscientemente

⁴²⁵ Mello(1998, p. 27).

⁴²⁶ Idem, *ibidem*.

⁴²⁷ Cf. Enterria e Fernandez (1991, p. 402-403).

⁴²⁸ Cf. Meirelles (1984, p. 74).

⁴²⁹ Daí afirmar Mello (1992, p. 29) que se poderia dizer que todos os vícios dos atos administrativos resolvem-se em vícios de incompetência Competência ai não é tida em sentido formal, como um abstrato plexo de poderes, mas em sentido material, já que os poderes são conferidos exclusivamente para serem empregados dentro das finalidade estabelecidas, não havendo, na realidade, poder algum fora de tais finalidades.

do agente, isto é, a circunstância de ele atuar ou não conscientemente de má-fé⁴³⁰. Com efeito, segundo Celso Antonio Bandeira De Mello, ocorreria desvio de poder seja quando o agente vise a uma finalidade alheia a qualquer interesse público, seja quando a finalidade visada, muito embora pública, for diversa daquela que seria “própria, específica da competência utilizada”⁴³¹. Por essa razão, o desvio de poder não pode ser tido como um mero vício de intenção. Desvio de poder é vício de intenção apenas enquanto se tiver em conta que a intenção do agente não coincide objetivamente com aquela visada pela lei, sem consideração de caráter subjetivo, que tenham em vista os bons ou maus desígnios do agente que pratica o ato. Isso porque, embora muitas vezes a autoridade deseje violar a finalidade legítima do ato, poderá ela ainda incorrer em desvio de poder caso venha a aparta-se de tal finalidade “por errônea intelecção da finalidade normativa que preside dada competência”⁴³², apesar de não ter conscientemente pretendido tal efeito.

Na investigação da ocorrência de desvio de poder, cabe a consideração, entre outro, da razoabilidade da prática do ato, da idoneidade e mesmo da proporcionalidade entre os meios empregados e as finalidades atingidas, de sua discrepância com a conduta habitual da Administração, ou mesmo dos antecedentes pessoais da autoridade e do administrado, que possam revelar a existência de conluio ou de animosidade entre os mesmos.

A análise da existência do desvio, repita-se, deve ser objetiva, tal como ocorre com a noção de abuso de direito. Não é relevante apurar se houve ou não intenção de violar a finalidade pública estabelecida pela lei, mas sim a disparidade objetiva entre tal finalidade e o fim visado pelo agente quando da prática do ato. O instituto de desvio de poder, assim, enseja o controle de exercício da atividade administrativa com vistas à sua vinculação inexorável ao interesse público.

Não se logrou estabelecer, ao certo, uma vinculação entre as origens dos conceitos de abuso direito e de desvio de poder. Pedro Baptista Martins⁴³³ menciona o fato de Hauriou ligar as origens dos dois institutos. Entretanto, mais adiante em sua obra⁴³⁴, Baptista Martins faz alusão à opinião de Demogue, segundo o qual os dois institutos não se confundiriam, eis que, por um lado, se ambos afeiçoam-se por

⁴³⁰ Cf Enterría e Fernández (1991, p. 402-403).

⁴³¹ Cf. Mello (1992, p. 28).

⁴³² Mello (1992, p. 32).

⁴³³ Martins(2002, p. 215).

⁴³⁴ Martins(2002, p. 218).

compreenderem um mesmo critério teleológico – que orienta a análise de atos que respeitam os limites formais de seu exercício mas que desvirtuam a finalidade que lhe é assinada pela ordem jurídica – por outro lado, divergem os conceitos, profundamente, em sua execução. Segundo Miguel Reale⁴³⁵, as “teorias do abuso de direito e do abuso de poder desenvolveram-se em esferas distintas, respectivamente, do Direito Privado e do Direito Público, mas, aos poucos, vieram convergindo no sentido de uma compreensão por assim dizer complementar”. Com efeito, como resultado da modificação das funções do Estado Moderno, que esmaeceu a linha divisória existentes entre os campos do Direito Público e do Direito Privado, já hoje não tão nítida como outrora, os direitos subjetivos passaram a ser encarados como um poder social, ao qual se designa uma determinada função, aproximando-se assim as noções de abuso de direito e de desvio de poder. O exercício do poder, quer emanado do setor público ou do privado, somente se justifica enquanto sirva à finalidade de atender, tanto quanto possível, aos interesses comuns. Sob uma perspectiva funcional, portanto, não diferem na essência os conceitos de abuso do direito e de desvio de poder, os quais, ainda que não possuam origem comum, parecem ter sido inspirados pelos mesmos sentimentos éticos.

No entanto, a feição que cada um dos institutos apresenta é inevitavelmente distinta, pela influência do clima de autonomia (liberdade) ou de autoridade (legalidade) que presidem duas ordens diversas de relações jurídicas, no campo do Direito Privado e no campo do Direito Público, respectivamente. Vale dizer: em Direito Público, a noção do desvio de poder encontra-se intimamente ligada à concepção de interesse público; já no que concerne ao conceito de abuso do direito, de Direito Privado, o exercício de um direito não se desvincula da satisfação de interesses individuais, de cunho privatístico, vedando-se apenas o seu exercício anti-social de tal direito.

Por esta razão, não nos parece adequado simplesmente transportar qualquer uma dessas duas idéias para o campo da disciplina antitruste, já que o exercício de poder econômico não estará tão intimamente ligado ao interesse público, como ocorre com a atividade da Administração; mas também não se admite ser ele o exercício de um mero direito subjetivo, de cunho privado – não há, com

⁴³⁵ Reale, Miguel. Abuso do Poder Econômico e Garantias Individuais, in Franceschini & Franceschini, op. cit., p. 250 et seq. Especialmente p. 523).

efeito, direito ao poder econômico, que, se existisse, deveria contemplar a todos. Modernamente, apenas ocorre que o poder econômico já não mais é tido como uma anomalia – não sendo ilícito em si – mas sim como um dado estrutural, que contracena com outras forças sociais cm vistas à consecução de determinadas finalidades. Mas a idéia de desvio de função, comum aos institutos de abuso do direito e de desvio de poder, parece ser muito útil no campo da conceituação do abuso do poder econômico, eis que opera com grande eficiência, seja em clima de liberdade ou de autoridade, não havendo razões para crer que também assim não o será, onde liberdade e autoridade se interpenetrem, como é comum no campo do Direito Econômico.

7.8 O CONCEITO DE ABUSO DO PODER ECONÔMICO À LUZ DO DIREITO ECONÔMICO

Visando à conclusão do presente trabalho, serão abordados neste tópico o conceito de abuso do poder econômico e sua inserção no campo de estudo do Direito Econômico. Talvez mais natural tivesse sido iniciar a tese por esta segunda tarefa, mas espera-se que o correr da exposição tenha sido capaz de deixar claro de tal forma a colocação da matéria em estudo dentro de espectro desse ramo do Direito que, a este ponto, acredita-se isso tenha representado alguma economia de esforços. Antes de conceituar o abuso, todavia, impõe-se tratar deste segundo assunto, em primeiro lugar.

Não se pretende adentrar o interminável debate do conceito de Direito Econômico, o que aqui implicaria principiar novo trabalho acadêmico, talvez de dimensão maior do que esta. Para os propósitos deste trabalho, basta afirma-se que se tem por Direito Econômico o estudo das técnicas Jurídicas de que lança mão o Estado na implementação de suas políticas públicas⁴³⁶. Direito Econômico é fundamentalmente, o direito da intervenção do Estado na economia.

⁴³⁶ Veja-se Comparato (1965). Aqui, a expressão política econômica foi substituída por política publica, por adotar-se o entendimento a Grau (2000, p. 17 e 20), de que as políticas publicas não se limitam à política econômica, compreendendo todas as ações do Estado, também em relação a outras formas de atuação do Estado na vida social. O mesmo autor afirma “toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção”.

Dentro dessa perspectiva, já se torna óbvio que o objeto deste trabalho acadêmico compreende-se no campo de estudo do Direito Econômico, pois a disciplina antitruste representa um ato de intervenção do Estado no domínio econômico. Isto porque o abandono da concepção liberal clássica de que o mercado seria capaz de controlar-se a si mesmo, fez com que o Estado passasse a cuidar da preservação dos mecanismos de mercado, seja através do exercício de competência normativa⁴³⁷, seja atuando diretamente sobre as estruturas de mercado, com o fito de preservá-las. A disciplina de repressão aos abusos de poder econômico e a tutela da concorrência, não pode haver dúvida, enquadraram-se no campo de estudo do Direito Econômico.

Enganam-se aqueles que consideram a matéria como integrante do Direito Penal, ou do Direito Penal Econômico, já que o fato de algumas vezes serem imputadas penas restritivas de liberdade aos autores do abuso de poder econômico não significa que a disciplina antitruste seja matéria de Direito Penal, apesar de, inegavelmente, possuir implicações de caráter penal. A tipificação de crime de colarinho branco não torna a disciplina dos mercados financeiros matéria de Direito Penal, muito embora configure uma implicação penal de violação da ordem ditada pelo Direito Econômico. A este propósito, são esclarecedoras as palavras de Isabel Vaz⁴³⁸, que rejeita a classificação da matéria no campo do Direito Penal, traçando comparações entre o abuso do poder econômico e outros institutos jurídicos: “A pena prevista para o depositário infiel e para o alimentante que descumpe o dever de prestar alimentos pode ser a de prisão. Nem por isso vai-se propor, em razão da natureza da sanção prevista para aquelas infrações, a localização daqueles institutos no âmbito do Direito Penal”.

Assim, portanto, na análise da prática do abuso de poder econômico prevalecem as técnicas Direito Econômico, mais flexíveis – porque presididas pelo critério teleológico – do que as técnicas do Direito Penal, influenciadas sobre maneira pelo princípios da reserva legal (legalidade estrita) e tipicidade de conduta.

Deste modo, a disciplina *antitruste* faz parte do Direito Econômico, não cabendo enquadrá-la no Direito Penal, senão falar em implicações penais do abuso

⁴³⁷ Segundo Grau (2000, p. 17), a produção do Direito consubstancia expressão de atividade intervintiva estatal.

⁴³⁸ Vaz (1993, p. 435).

do poder econômico. Por outro lado, deve se ter em vista que a disciplina antitruste não é estabelecida em favor dos interesses individuais dos concorrentes, mas sim do interesse da sociedade como um todo. Não se destina essa modalidade de ação estatal à proteção de direitos individuais dos concorrentes, mas à preservação dos mecanismos de mercado, considerado este enquanto elemento integrante de uma técnica de produção social. É certo que muitas vezes esta atividade coincidirá com os interesses do concorrente lesado, mas isto ocorrerá apenas acidentalmente. Trata-se, pois, de intervenção estatal em favor de capitalismo e não em favor dos capitalistas⁴³⁹, o que aparta as técnicas de disciplina antitruste das técnicas de repressão à concorrência desleal, inspiradas por interesses de cunho individual⁴⁴⁰. Ao contrário do que ocorre na disciplina antitruste, para se caracterizarem atos de concorrência desleal não é necessário a existência de quantidade juridicamente relevante do poder econômico.

Vencida esta etapa, prossigamos na tarefa de conceituar⁴⁴¹, o abuso^{442,443} do poder econômico.

⁴³⁹ Esta expressão ao que se sabe é da lavra de Eros Roberto Grau.

⁴⁴⁰ Leães (1989, p. 9) parece não comungar com esta opinião: “o direito positivo brasileiro consagra a repressão da concorrência desleal não somente no interesse dos próprios concorrentes, como também no interesse objetivo do consumidor nacional. Assim, é que ao lado das normas visando a atos individuais de concorrência desleal, no sentido do interesse próprio dos concorrentes [...], encontramos a legislação antitruste, visando a coibir a prática de atos coletivos de concorrência desleal, ou seja, cartéis, consórcios e coligações societárias, e outras formas de abuso do poder econômico. Nessa subordinação de todos este atos à categoria omnicompreensiva da concorrenzial desleal, o Direito Brasileiro acompanha tanto a legislação antitruste norte-americana [...] quando a alemã [...].” Já Carvalhosa (1973, p. 119), contrapondo as disciplinas privatista e publicista de tutela da concorrência, diversamente entende, referindo que as técnicas da disciplina privatista da concorrência objetiva um fenômeno da concorrência desleal, enquanto a disciplina publicista visa a tutela o próprio sistema da concorrência: “As normas jurídicas aplicáveis evoluíram na disciplina privatista das relações entre concorrentes para a disciplina publicista das relações dos concorrentes com os consumidores, tanto em vista os interesse superiores do estado.

Da tutela dos interesses individuais dos comerciantes, passou-se à tutela do próprio sistema de concorrência. [...].

A legislação evolui, para considerar que, nas práticas monopolista, a concorrência ilícita não se exerce diretamente contra uma determinada empresa, mas afeta toda uma categoria de empresas, sendo o dano suportado pela categoria inteira e pelo mercado onde tal ocorre [...].

A disciplina da concorrência inseriu-se no campo da tutela de interesse próprio do Estado, como depositário do bem público contrariamente ao antigo regime, voltado para os interesses do produto-concorrente”.

“A violação de normas disciplinadoras, conceituadas, no moderno Direito, como concorrência ilícita, mas não desleal, como ocorria nos tempos da disciplina privatista”. [...] (CARVALHOSA, 1973, p. 120, grifo nosso). Também Barreto Filho (apud FRANCESCHINI; FRANCESCHINI, 1985, p. 462), manifesta entendimento de que a disciplina antitruste não se confunde com disciplina de repressão desleal (Parecer ao Projeto Substitutivo da Comissão de Economia do Senado ao Projeto de Lei da Câmara 144/62, que Regula a Repressão ao Abuso do Poder Econômico).

⁴⁴¹ O verbo abusar deriva do latim *abutere*, cujo sentido é de “gastar com o uso; usar até o fim” e bem ainda o de “fazer mal uso de; desviar do uso que deveria fazer-se.

Assim, dentro do regime do Direito de propriedade absoluta, seu titular era admitido não só a usar, gozar e consumir ou alienar a coisa⁴⁴⁴, mas a dela dispor em termos absolutos, o que envovia, inclusive, o direito a sua destruição⁴⁴⁵ pura e simples.

Viu-se que o poder econômico é a capacidade de determinar comportamento econômicos alheios, em condições diversas daquilo que ocorreria em regime concorrencial puro, que se expressa não só, mas fundamentalmente, através da capacidade de controlar os preços de mercado, mas não necessariamente em termos absolutos. O detentor de quantidade relevante do poder econômico é capaz de, maximizando os seus lucros, apropriar-se de parcela da renda social superior à que legitimamente lhe tocaria, se fosse desprovido desse poder econômico. O poder econômico, assim que subverteu a correta distribuição da renda social.

Por outro lado, já não mais se pretende a instauração de um modelo de concorrência perfeita, antitético à própria existência do poder econômico. Ao contrário, o poder econômico é tido como um dado da realidade, um fator estrutural, que faz parte de uma técnica da população social, atribuindo-se a esse poder uma função (social), de servir ao desenvolvimento e à justiça social. Na feliz expressão de Fabio Konder Comparato, o poder econômico não só tem uma função social, mas é uma função social de serviço a coletividade⁴⁴⁶. Seu exercício, portanto, não deve ser pautado por interesses de cunho egoísta, já que, como visto, a maximização de lucros a que tais interesses conduzem é forma de usurpação da renda social, verdadeira obstáculo à consecução do ideal de justiça social, que somente se realiza mediante distribuição eqüitativa de riqueza⁴⁴⁷. Em outras, palavras, o poder econômico não pode ser um empecilho ao desenvolvimento social.

Mas o que se exige do titular do poder econômico não é somente um comportamento negativo, uma abstenção de fato, de não fazer mal uso de tal poder,

⁴⁴² No idioma português, naquilo que concerne à matéria em estudo, o sentido do termo não diverge (TORRINHA, 1945, p. 7).

⁴⁴³ Abusar significa “usar mal de (alguma coisa); exorbitar” e também “causar dano” (FERREIRA, 1964, p. 11).

⁴⁴⁴ É conhecido brocado latino segundo o qual o direito de propriedade ensejava o *jus utendi, fruendi er abutendi*.

⁴⁴⁵ Nesse sentido, veja-se Gonçalves (1951, p. 301).

⁴⁴⁶ Comparato (1983, p. 395).

⁴⁴⁷ Grau (1981, p. 661).

mas sim um comportamento positivo, de dar-lhe destino social útil. Há, portanto, não só o dever de não exercitar este poder em prejuízo outrem, mas também, e principalmente, o dever de exercitá-lo em benefício dos demais⁴⁴⁸. Aqui, o poder econômico, enquanto função que é, detona um poder que não se exerce por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas também por interesse de outrem ou por um interesse objetivo⁴⁴⁹. Se esse poder não é passível de ser exercido, deve ser exercido em benefício comum⁴⁵⁰.

Nesse contexto, o lucro e o direito de perseguí-lo colocam-se não como uma decorrência do direito de propriedade, mas como um prêmio, um incentivo ao exercício regular da atividade empresária, enquanto expressão da livre iniciativa e da livre concorrência. Não se privilegiam as liberdades de iniciativa e de concorrência em si mesmas, mas seus valores sociais, ou seja, aquilo que elas podem representar de socialmente útil. Elas representam, repita-se, fatores componentes de uma técnica de produção social mais complexa, que aliados a outros, como a atividade estatal, por exemplo, devem perseguir o desenvolvimento e a justiça social.

Obviamente, com isto não se quer transformar a empresa privada, que seja dotada de poder econômico, em serviço público. É natural que a exploração econômica empresarial privada seja motivada por interesses particulares, e não cabe buscar substituir tais interesse pelo abstrato interesse público⁴⁵¹. O que não se admite é descuidar-se o titular de tal poder, na busca de seus interesses privados, exercendo-o contrariamente ao interesse da comunidade, inviabilizando-lhe, assim, o desenvolvimento e a luta pela justiça social.

Por outro lado, é necessário ter-se em vista que, muito embora o poder econômico seja tido pela ordem jurídica agora não mais como uma anomalia, mas como um dado estrutural, isso não prejudica a constatação de que, segundo essa mesma ordem jurídica, a concorrência deve ser regra e não exceção. Vale dizer: ao

⁴⁴⁸ Grau (1981, p. 122).

⁴⁴⁹ Grau (1981, p. 119). Em sentido similar Mello (2000, p. 26) .

⁴⁵⁰ Comparato (1983, p. 48).

⁴⁵¹ A alusão ao interesse público não deixa de ser perigosa. Acerca da expressão, afirma Grau (1981, p. 19): “[...] a noção de interesse público não coincide, necessariamente, com a de interesse social. O Estado tem se revelado, nos dias que correm, em todos os cantos do mundo, uma entidade que se aparta inteiramente da chamada sociedade civil. E, assim, move-se por razões próprias, de modo tal que não é possível identificar o interesse público – que o Estado representa – com o interesse social” (GRAU, 2000, p. 28-29). Em sentido análogo, Comparato (1983, p. 302), aduz: “Em primeiro lugar, interesse público não quer dizer interesse estatal, pois ambos podem não coincidir, necessariamente, sobretudo em país como o nosso, em que o Estado mui raramente foi representativo do povo, ou sociedade civil”.

mercado é atribuído o papel de orientar o emprego dos recursos produtivos, não mais em caráter absoluto, é bem verdade, já que a atividade estatal passa a condicionar e conformar as relações de mercado, mas ainda preponderantemente. A atividade estatal, neste contexto, insere-se como uma “ação voltada à preservação de mercado, enquanto mecanismo e coordenação do processo econômico – tendo em vista o interesse social”⁴⁵². Sendo o regime concorrencial regra e não exceção, impõe-se a conclusão de que, via de regra, não se admite poder econômico cujo exercício tenha por efeito a eliminação ou restrição substancial da concorrência.

Entretanto, poder econômico e concorrência são forças com polaridades negativas. Já se mencionou, em inúmeros pontos deste trabalho, que poder econômico e concorrência expressam entre si uma relação antitética: a concorrência pressupõe a inexistência de qualquer grau de poder econômico. Entretanto, paradoxalmente, a ordem econômica estabelece um regime concorrencial de mercado a se perseguir, ao mesmo tempo em que admite o poder econômico como um dado estrutural. Trata-se, pois, de uma questão de meio-termo, que se resume a indagar, com esteio em Chamberlin, que nível de poder econômico aceitar, e com qual grau de controle social?

Abre-se, assim, espaço para a doutrina econômica e para seus analistas, no campo da disciplina antitruste, fundamentalmente centrada na perspectiva da eficiência econômica, área do conhecimento humano em que, não rara vez, há profundas discordâncias entre as diversas teorias elaboradas para a explicação do fenômeno social. A análise da conveniência de admitir-se um certo grau de poder econômico e, portanto, um certo nível de restrição à concorrência, além de casuística, variaria conforme a ideologia econômica prevalente e, inevitavelmente, segundo as características pessoais dos diversos analistas. Todavia, o que se há de perquirir é se o poder econômico, num dado caso concreto, enseja maior ganho social relativamente ao regime concorrencial. Tal não deixa de ser, em termos mais simples, uma avaliação à luz do critério de custo-benefício, a qual, de favorável, resultara na admissão da licitude do poder econômico. O desempenho desse mister, como visto, implica o desenvolvimento de um juízo de legalidade e não de um juízo de oportunidade, nada havendo de discricionário em tal atividade. Os critérios para

⁴⁵² Palavras de Grau (1981, p. 19). Esta modalidade de ação estatal, escusa dizê-lo, não exclui outras formas de desenvolvimento de outras políticas públicas, também admitidas pela ordem jurídica. Tais políticas, todavia, foram deixadas de lado já que não se compreendem no objeto do presente trabalho.

esse juízo de legalidade são dados pela ordem jurídica, fundamentalmente as diretrizes constitucionais da atividade econômica, e também por preceitos legais de origem infraconstitucional como, por exemplo, entre nós, os incisos do § 1.º do art. 54 da Lei 8.884/94⁴⁵³, ou ainda o § 1.º do art. 20 da mesma lei⁴⁵⁴.

Cabe aqui indagar se é apropriado, no desempenho da análise em comento, valer-se da regra da razão, tal como concebida pelo Direito norte-americano, como critério de apuração da existência de abuso. Já se mencionou, no curso da exposição, o entendimento de que a utilização ou não de tal regra não modifica o resultado obtido, já que o efeito resultante da aplicação da regra em comento pode também ser obtido por outra via, qual seja análise do que consiste o abuso. A questão, embora acadêmica, merece uma breve consideração.

Como referido, a regra da razão foi desenvolvida pelo jurisprudência norte-americana em um caso de monopolização de atividade, julgado à luz da secção segunda do Sherman Act. Todavia, sua aplicação é mais comum na apreciação dos acordos restritivos da concorrência, julgados sob o rigor da secção primeira do mesmo Sherman Act. Que proíbe: “every contract, combination [...] or conspiracy in restraint of trade or commerce [...]”⁴⁵⁵. O desenvolvimento da regra da razão, nesse contexto, foi uma criação jurisprudencial cujo objetivo é o de mitigar o rigor da lei., que pune todo e qualquer contrato em restrição à concorrência. Com a aplicação da regra, são incriminados somente os acordos que não sejam razoáveis, diante das circunstâncias.

Já entre nós diversamente ocorre, uma vez que jamais a mera existência de poder econômico foi incriminada, mas somente o abuso no seu exercício. Não há,

⁴⁵³ Art.54 [...]

“§ 1.º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

- tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:
aumentar a produtividade;
melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou
propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.
- os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;
- não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante de bens ou serviços;
- sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.”

⁴⁵⁴ “§ 1.º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza ilícito previsto no inc. II.”

⁴⁵⁵ Cf. Sherman Act. § 1.

The Sherman Antitrust Act (1890). http://www.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC_Acts.pdf. Disponível em 20/05/2000

destarte, rigor algum a mitigar⁴⁵⁶ através da aplicação da regra da razão. Obviamente, a racionalidade da análise, por um ou por outro critério, dar-se-á por caminhos semelhantes, que normalmente levarão ao mesmo resultado, desconsiderada a maior liberdade criativa que é conferida aos juízes da *common law*, já apontada por Goyder, conforme aludido.

Mas é na noção de abuso que o nosso sistema jurídico encontra a via mais adequada à análise antitruste, ao menos no campo conceitual.

A abordagem das figuras do abuso de direito e do desvio de poder serviu-nos para delas extrair-se o seu elemento comum, qual seja o desvio de função. Pelos motivos já expostos, a mera transposição de qualquer um dos dois conceitos para o campo antitruste não parece se a melhor solução, já que um deles encontra-se excessivamente impregnado com a noção de liberdade (autonomia) e o outro com a de autoridade, que o vincula sobremaneira à noção de interesse público. O desvio de função, por seu turno, bem desempenhada o seu papel, tanto no campo do Direito Privado como no público, razão pela qual não há por que se duvidar de sua eficiência na zona intermediária, que é peculiar ao Direito Econômico.

Abusa do poder econômico aquele que o desvia de sua função social. Essa função deve ser considerada como um dos elementos integrantes de uma técnica de produção social mais complexa, composta tanto pela iniciativa pública como pela privada. Reserva-se preferencialmente ao setor privado – sob a égide dos princípios de livre iniciativa de concorrência – a exploração da atividade econômica (em sentido estrito), sem prejuízo de deverem todas as forças sociais, quer públicas ou privadas, convergir para a realização de idéias como o de assegurar a todos uma existência digna, promovendo o desenvolvimento com justiça social. O titular de poder econômico, assim, detém a prerrogativa de explorar sua atividade e em contrapartida, a responsabilidade de fazê-lo não só de forma a favorecer o desenvolvimento social, mas também preservando a concorrência e o mercado, elementos indispensáveis do sistema dentro do qual se desenvolve tal técnica de produção social. Aqui, a concorrência é meio e não fim, muito embora seja um meio obrigatório.

No campo da disciplina antitruste, caberá a análise do fenômeno concorrencial e da liberdade de iniciativa empresarial. Somente os desvios de função

⁴⁵⁶ Como anteriormente referido, afastada a existência da ilicitude per se, não mais precisamos da regra da razão.

que violarem esses valores serão objeto de tal disciplina, relegando-se a proteção de outros bens jurídicos a outras técnicas de controle, como, por exemplo, a proteção ao consumidor⁴⁵⁷ e o Direito do Trabalho.

É chegado o momento inevitável, tendo em vista o tema desta tese, de conceituar o abuso de poder econômico. Há que se ressalvar, todavia, que dada a complexidade do tema, qualquer conceituação que se enuncie será, necessariamente, incompleta e insuficiente. Por isso, mais importante do que o conceito adiante delineado é o caminho até aqui percorrido, já que, ante a complexidade da matéria, o primeiro terá muito pouca valia sem o segundo.

Em vista do ate aqui exposto, tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quando ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo sido excedidos os meios estritamente necessários à obtenção de tal eficiência, e quando a prática não represente indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica.

Assim, quem exerce o abuso é o titular de posição dominante, entendida esta como parcela juridicamente relevante de poder econômico. Não se contempla no conceito, expressamente, a noção de mercado relevante, mas implicitamente, já que a posição dominante somente se caracteriza no contexto de um mercado relevante.

A atividade é abusiva porque contraria a sua função social, mas a contrariedade verifica-se especificamente no campo das liberdades de iniciativa e de concorrência. Outros valores não concorrenenciais que eventualmente sejam violados pelas atitudes dos detentores de poder econômico serão objeto de outras técnicas jurídicas, diversas da repressão aos abusos do poder econômico. Sob o prisma concorrencial, o desvio do poder econômico dessa sua função contraria o desenvolvimento, pois impede a correta alocação de recursos econômicos na

⁴⁵⁷ A proteção ao consumidor, sem dúvida, é talvez o principal objetivo da atividade antitruste, mas os benefícios aos consumidores são obtidos de forma mediata, já que, acredita-se, o regime concorrencial proporcione produtos melhores a preços menores. O Direito do Consumidor, diversamente, pretende a sua proteção de forma direta, evitando explorações, ainda que transitórias. Vê-se que divergem essencialmente as duas técnicas jurídicas.

atividade produtiva, contrariando ainda a justiça social, na medida em que subverte os critérios de distribuição de renda. Por esse mesmo motivo, a conduta não será abusiva quando se justifique por motivos econômicos que favoreçam o desenvolvimento e a justiça social, mesmo representando restrição à liberdade de concorrência, já que a concorrência é meio e não fim em si mesma. Mas os imperativos da eficiência econômica deverão ceder o passo a outros valores maiores da ordem jurídica, não necessariamente econômicos. Desse modo, não se poderá justificar violação de bens jurídicos maiores, como a vida ou a saúde do trabalhador, a pretexto de atingir-lhe aludida eficiência.

Por outro lado, a apropriação excessiva de renda é não só efetiva mas também potencial⁴⁵⁸, afim de serem abrigados, no conceito, atos como o dumping, que não representam desde o inicio, aumento de lucros, mas implicam esse resultado num segundo momento, após eliminada a concorrência. Potencial, ainda em vista do propósito de compatibilizar com o conceito a atuação preventiva do Estado no controle dos atos de concentração de poder.

Não é necessário, ainda, que o ato abusivo seja praticado entre concorrentes. Com efeito, infrator e vítima podem não ser concorrente entre si, ou mesmo concorrentes potenciais, mas podem situar-se em estágios diversos do processo produtivo, tal como ocorre na relação entre o fornecedor de uma matéria-prima e seus clientes, transformadores dessa mesma matéria-prima.

Como se pode ver, não se cogita da intenção do agente no conceito proposto. É que, a exemplo do que ocorre com o abuso do direito, não se explica o fenômeno do abuso de poder econômico com a concepção clássica de culpa, em sentido lato, que inclui o dolo. Em primeiro lugar, porque, como decorrência da análise econômica teórica, que pressupõe a inteligência e racionalidade dos agentes econômicos, não se pode admitir que um dado titular de poder econômico dele abuse sem saber o que faz. Já por isso a investigação dos desígnios do agente é de importância secundária. Por outro lado, até por ser o poder econômico uma função, tal qual ocorre com o abuso do direito e o desvio de poder, não é importante examinar o desvio de função segundo critérios subjetivistas, que tenham em conta a intenção do agente, mas apenas objetivamente, tendo-se em vista a eventual

⁴⁵⁸ Para Guerreiro (1999, web): “Os danos das figuras antitruste, digo eu, ou são efetivos ou potenciais, bastando o perigo e desde que haja aptidão das práticas a causar lesão aos valores jurídicos tutelados”.

diversidade entre o resultado obtido e aquele para o qual a função foi estabelecida, independentemente da intenção que presidiu a atividade.

Obviamente, no que respeita à tipificação criminal de determinadas práticas de abuso do poder econômico, a configuração do elemento subjetivo ;e imprescindível à verificação da ocorrência da infração penal. No campo do Direito Penal não há crime sem dolo ou culpa – e nem poderia ser diferente. Contudo, para fins da disciplina do poder econômico em Direito Econômico, o elemento subjetivo no tem a mesma relevância, pelos motivos que se acredita já ter logrado demonstrar⁴⁵⁹.

Tal é, a nosso ver, a significação do conceito de abuso do poder econômico.

⁴⁵⁹ Diversamente entende Leões (1989, p. 9), para quem, na configuração do abuso do poder econômico, o dolo é imprescindível, não podendo haver abuso involuntário. O ilustre professor fundamenta seu entendimento, afirmando tratar-se matéria de Direito Penal.

8 ÓRGÃOS DE DEFESA DO DIREITO ECONÔMICO

8.1 SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO (SDE)

Vinculada ao Ministério da Justiça, a SDE deve ser dirigido por um secretário, indicado pelo ministro de estado da justiça, dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico e ilibada reputação, nomeado pelo Presidente da República.

Ligado ao Ministério da Fazenda, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE/MF tem atribuição para emitir pareceres técnicos sobre aspectos econômicos referentes às práticas restritivas da livre concorrência. Nos termos do Art. 10 da Lei 9021/95, permite-se que a SEAE/MF, diante da verificação de aumento injustificado de preços ou imposição de preço excessivo, convoque a empresa para esclarecimento, sob pena de incidir em multa no caso de demora das informações, assim como a possibilidade de investigar formação de cartel e concentração econômica. Estando caracterizada prática abusiva, a SEAE/MF representa à SDE/MJ para instauração de processo administrativo.

Nota-se, assim, nos termos do inciso III do art. 14, que ao tomar conhecimento da prática de infração à ordem econômica, poderá a Secretaria de Direito Econômico, de ofício ou a requerimento de qualquer interessado, promover a averiguações preliminares com o escopo de granjear elementos que permitam uma eventual instauração de processo administrativo⁴⁶⁰.

Havendo elementos para tanto, ou se tratando de representação formulada por comissão do Congresso Nacional ou de qualquer de suas Casas, a Secretaria de Direito Econômico deve promover, de imediato, a instauração de processo administrativo, cuja tramitação obedecerá às disposições dos arts. 32 e seguinte da Lei nº 8.884/1994.

Importa anotar, por relevante, que das decisões do Secretário da Secretaria do Direito Econômico não cabe recurso ao superior hierárquico, vale dizer, ao Ministro da Justiça (art. 41 da lei Antitruste). Ressalva-se, no entanto, a possibilidade

⁴⁶⁰ Art. 30 da Lei Antitruste, na redação dada pela Lei n. 10.149, de 21.12.2000.

de recurso ao plenário do CADE das decisões da Secretaria da SDE que imponham medidas preventivas com lastro no art. 52 da Lei nº 8.884/1994. De qualquer forma, e à luz do disposto no art. 5º, inciso XXXV, da CF, fica sempre assegurada ao lesado à possibilidade de controle jurisdicional das deliberações da SDE.

Frise-se, ainda, que a decisão sobre a caracterização ou não de infração à ordem econômica, no âmbito administrativo, não figura entre as atribuições da Secretaria de Direito Econômico. É o que se infere, sem grande esforço, das disposições contidas nos arts. 7º (em especial incisos II, III e IV), 31 e 39 da Lei nº 8.884/1994.

Por conseguinte, uma vez instruído o processo administrativo destinado a apurar infração à ordem econômica, os autos deverão ser remetidos ao conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a quem compete decidir a respeito. Da mesma forma, as promoções de arquivamento de averiguações preliminares e de processos administrativos ficam sempre sujeitas a reexame pelo CADE.

8.2 O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)

8.2.1 Natureza jurídica, composição, atribuição e poderes

Criado pela Lei nº 4.137/1962, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) veio substituir a então existente Comissão Administrativa de Defesa Econômica. À falta de uma clara disciplina legislativa, pairavam dúvidas sobre a natureza jurídica do Conselho, isto é, se mero órgão do Poder Executivo ou se autarquia. Tais incertezas, por sua vez, geravam reflexos na discussão sobre a natureza, a recorribilidade e a execução das decisões do Conselho. Sentia-se, nesse contexto, a ausência de uma regulamentação clara e precisa a respeito do CADE, o que contribuía até mesmo para o enfraquecimento do órgão.

Com a entrada em vigor da Lei nº 8.884/1994, no entanto, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica foi expressamente definido como autarquia

federal vinculada ao Ministério da Justiça, com “jurisdição” em todo o território nacional (art. 3º)⁴⁶¹.

Por conta disso, e em razão da atual disciplina legislativa, o CADE constitui-se em “e pessoa jurídica de direito público, de capacidade administrativa, criada pelo Estado para persecução de finalidades públicas; de conseguinte, submete-se ao regime jurídico de direito público”⁴⁶².

O item principal do plano de trabalho do CADE envolve a instrução de atos de concentração, processos administrativos e consultas e, principalmente, seu julgamento. Dentre os processos administrativos, verifica-se uma subdivisão em matérias a serem apreciadas pelo Colegiado: são os processos administrativos propriamente ditos, os recursos voluntários, pedidos de reconsideração e impugnações em autos de infração, averiguações preliminares e representações.

O Conselho é composto por um Presidente e seis conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal (art. 4º da Lei nº 8.884/1994, na redação dada pela Lei nº 9.021/1995).

O mandato dos membros do CADE é de dois anos, permita uma redução. As hipóteses de perda do cargo e as vedações ao Presidente e aos Conselheiros Vêm apontadas nos arts. 5º e 6º da Lei Antitruste.

As atribuições conferidas ao Presidente do CADE e os Conselheiros da autarquia, quando considerados individualmente, formam descritas nos arts. 8º e 9º da Lei Antitruste, respectivamente.

Infere-se do extenso rol de atribuições acima descrito, por conseguinte, que diversamente do que ocorre com a Secretaria de Direito Econômico, o CADE recebeu do legislador competência eminentemente deliberativa. Assim, enquanto à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça foram outorgadas competências administrativas de cunho preponderantemente instrutório, ao Conselho foram atribuídos poderes decisórios em matéria conconrrenciais.

⁴⁶¹ O termo “jurisdição”, ao que parece, foi indevidamente empregado pelo legislador. Isto porque o CADE não exerce atividade jurisdicional, mas sim administrativa.

⁴⁶² Figueiredo (2001, p. 128).

Nesse panorama, desde sua criação, a autarquia teve a oportunidade de julgar, por inúmeras vezes, práticas supostamente violadoras da ordem econômica, bem como atos de concentração que lhe foram submetidos à depreciação.

Dentre todos, mormente pelos elementos da operação e pela publicidade alcançadas nos meios de comunicação, a criação da *CIA. De Bebidas das Américas – Ambev* representa, talvez, o caso maior de repercussão no cenário nacional. Pela operação, pretendia-se a reunião, sob único controle societário, das cervejarias *Antarctica* e *Brahma*⁴⁶³.

Anota Ana Maria de Oliveira Nusdeo que as requerentes procuraram demonstrar que da operação adviria grande aumento de eficiência da nova empresa, em comparação à atuação separada da *Brahma* e da *Antarctica*. O principal objetivo declarado pelas partes seria o de se tornarem uma empresa competitiva em níveis internacionais. Além disso, apontavam como decorrência da operação o aumento de eficiência na área industrial, administrativo-financeira, de distribuição e de suprimentos⁴⁶⁴.

Prossegue a renomada autora afirmando (e criticando) que, apesar do substancial aumento da concentração no mercado relevante causado pela operação, bem como a eliminação da concorrência entre as principais marcas do mercado, a operação foi aprovada pelo CADE sob condições relativamente brandas. Nesse sentido, a autarquia determinou a venda pela *Ambev* de uma das marcas da *Antarctica*, a *Bavária*, cuja participação no mercado era de aproximadamente 5%, para concorrente detendo participação inferior a 5% (cinco por cento) do mercado, bem como cinco fábricas espalhadas pelo país, além de determinar o uso da rede de distribuição da *Ambev* pelo comprador, como forma de lhe permitir penetração e crescimento no mercado. O Conselho impôs, ainda, condições de caráter social, ligadas ao problema do emprego⁴⁶⁵.

Por este julgado, citado aqui apenas de forma ilustrativa, infere-se a magnitude das atribuições outorgadas ao CADE.

Importa sublinhar, nesse contexto, que ao Conselho Administrativo de Defesas Econômica foi conferida a última palavra, no âmbito da Administração Pública, sobre a configuração ou não de práticas anticoncorrenciais e sobre o

⁴⁶³ Nusdeo (2002, p. 268).

⁴⁶⁴ Nusdeo (2002, p. 268).

⁴⁶⁵ Nusdeo (2002, p. 269).

cometimento de infrações à ordem econômica, respeitando, sempre o devido processo legal delineado pelo arts. 30 e seguintes da Lei nº 8.884/1994.

Suas decisões não comportam revisão na órbita do Poder Executivo e têm força de título executivo extrajudicial (arts. 50 e 60 da Lei nº 8.884/1994). A possibilidade ou não de controle de suas deliberações pelo Poder Judiciário foi tratada no tópico seguinte, dada a complexidade do tema.

8.2.2 Controle jurisdicional das decisões do CADE

Mercê da acirrada discussão que pende sobre a natureza da atuação do CADE – se discricionária ou vinculada – impõe-se, preliminarmente, uma consideração acerca da discricionariedade, seus limites e justificativas, bem como sobre os conceitos jurídicos indeterminados. Após, e já tendo em mente essas considerações prévias, passar-se-á ao tema específico do controle jurisdicional das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

8.2.2.1 Discricionariedade e vinculação

Corriqueira na doutrina, tanto nacional como alienígena, a distinção entre discricionariedade e vinculação. Diz-se comumente que a discricionariedade se opõe à vinculação⁴⁶⁶. Ambas seriam noções antiéticas; onde houver uma não haverá a outra.

De certa forma, a assertiva pode ser tida como verdadeira. Assim, se em determinada situação à lei confere alguma margem de liberdade ao agente público para atuar, estar-se-ia diante da discricionariedade. De outro lado, prescrevendo a norma um único comportamento aceito como juridicamente possível, haveria vinculação para a prática do ato.

⁴⁶⁶ Laubadére (1970, p. 232).

Deve-se ter a cautela, no entanto, de não estender a oposição entre discricionariedade e vinculação aos chamados “atos discricionários” e atos vinculados”. Com efeito, entende-se que não se mostra escorreita a afirmação de que ato discricionário e ato vinculado se opõem um ao outro. Isto porque, acreditamos não se concebe a existência de ato administrativo inteiramente discricionário, sem qualquer balizamento legal. Há que se ter em conta, ao menos, disposição legal estabelecendo o agente público competente para editá-lo, sua forma ou outros requisitos de validade. A discricionariedade, então, poderia estar atrelada ao conteúdo ou ao momento para a prática do ato, por exemplo. Daí porque, num mesmo ato, podem perfeitamente coexistir vinculação e discricionalidade⁴⁶⁷.

É o que pontifica, aliás, o eminentíssimo Caio Tácito ao asseverar que “não há, rigorosamente, nenhum ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Existem matizes de predominância, mais ou menos acentuados, dando relevo à parte livre ou à subordinada da manifestação administrativa. O equívoco da doutrina clássica estava em considerar o ato administrativo como um todo indivisível e, sob essa unidade, qualificá-lo em uma ou outra daquelas categorias. Se nos detivermos, porém, na análise de sua criação, poderemos concluir, facilmente, que a vinculação ou a discricionariedade se manifesta no tocante a cada um dos elementos essenciais do ato”⁴⁶⁸.

Retomando a distinção, o renomado jurista francês André de Laubadère anota que há poder discricionário quando, na presença de dadas circunstâncias de fato, a autoridade administrativa é livre para tomar esta ou aquela decisão, para escolher entre várias decisões aceitas como possíveis pelo Direito⁴⁶⁹. Como exemplo, cita o caso da expulsão de estrangeiros, onde a Administração tem cerca margem de liberdade para aferir o comportamento justificador da expulsão.

Há vinculação, segundo o mesmo autor, quando a Administração, presentes determinadas circunstâncias de fato, não tem liberdade para escolher tal ou qual decisão tomar. Não há várias decisões possíveis, mas apenas uma aceita pela regra do Direito. Assim, se para a expedição de uma licença de caça a lei prevê o

⁴⁶⁷ Cremos, a propósito, que a expressão “ato discricionário” não se mostra adequada. O que se tem, na verdade, é discricionariedade quanto a um ou alguns aspectos do ato administrativo, e vinculação quanto aos demais.

⁴⁶⁸ Tácito (1975, p.65).

⁴⁶⁹ Laubadère (1970, p. 232).

atendimento de das condições, aqueles que as preencherem terão direito a obter da Administração a prática do ato.

Desta forma, se a regra de Direito prevê um único comportamento como jurídico, ao agente público não restará qualquer margem de liberdade para decidir entre esta ou aquela conduta, já que sua atuação estará “vinculada” à disposição legal. Vale dizer, se presente uma certa circunstância de fato, a norma jurídica delimita a competência, a forma, o momento, o conteúdo e o fim a perseguir, não restará ao agente estatal a faculdade de deliberar sobre a conveniência ou oportunidade para atuar.

De outra banda, deixando de disciplinar todos os aspectos do ato administrativo, poderá o legislador conferir ao agente público certa margem de liberdade em sua atuação. Terá o agente estatal, aí, a possibilidade de escolha entre vários comportamentos aceitos, em tese, como juridicamente corretos pela regra de Direito. A mesma margem de liberdade poderá ser identificada, como se verá mais adiante, quando a lei empregar conceitos fluidos ou indeterminados, permitindo à Administração a análise e a adoção da providência que melhor atenda ao mandamento legal.

Ter-se-á, na primeira situação, o exercício de uma atividade vinculada por parte da Administração, ao passo que na segunda estar-se-á perante atuação estatal discricionária.

A diferenciação entre discricionariedade e vinculação é de extraordinária vulto, já que consequências diversas e de ordem prática daí resultam. Com efeito, diz-se que diante de uma competência vinculada o particular tem o direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial⁴⁷⁰.

Diversamente, havendo campo conferido pela lei para exercício de discricão, não cabe ao Poder Judiciário, em princípio, substituir-se ao administrador público. Como adverte Laubadère, portanto, é na possibilidade ou não de controle jurisdicional que reside fundamentalmente o interesse na distinção entre discricionariedade e vinculação⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ Di Pietro (1996, p. 176).

⁴⁷¹ Laubadére (1970, p.233).

8.2.2.2 Noção da discricionariedade

Do que foi exposto sobre a distinção entre vinculação e discricionariedade já se pode depreender os traços característicos desta última.

Do mais variados são os conceitos apresentados pela doutrina para a discricionariedade administrativa. Como se verá, há muitos pontos de convergência e alguns de divergência. Optamos, aqui, pela referência aos conceitos que mais se achegam à noção que perfilhamos sobre a discricionariedade, o que não exclui, evidentemente, a excelência de outros conceitos propostos pela doutrina especializada.

Assim, v.g., merece destaque entre os autores portugueses o ensaio de Afonso Rodrigues Queiró sobre a teoria do desvio de poder⁴⁷². Após discorrer sobre o pensamento de vários autores acerca da noção e dos limites do poder discricionário, conclui o professor lusitano que “quando o conceito legal relativo às condições de fato requeridas para o exercício de uma determinada competência é um conceito prático, suscetível de uma série mais ou menos determinada de sentidos entre si diferentes, estamos no domínio da competência discricionária dos órgãos administrativos”. Mais adiante o mesmo autor refere que problema do poder discricionário é de interpretação⁴⁷³.

Na Alemanha, Ernst Forsthoff anota que poder discricionário e interpretação são coisas distintas, que não podem ser confundidas⁴⁷⁴. Sustenta, por conseguinte, que pô poder discricionário se entende um âmbito de ação e de decisão, onde pode haver a eleição entre várias formas de comportamento igualmente possíveis. “Possível”, aqui, significa “possível” juridicamente, é dizer, desde que se trate de comportamento albergado pelo Direito.

Renato Alessi, jurista italiano dos mais proeminentes, sustenta que a discricionariedade é uma margem conferida à Administração de apreciação do interesse público, onde lhe cabe decidir sobre a oportunidade de agir ou sobre o conteúdo da atividade. Tal margem de liberdade surge para a Administração de

⁴⁷² Queiró (1947).

⁴⁷³ Queiró (1947, p. 63).

⁴⁷⁴ Forsthoff (1958, p. 132).

forma mais ou menos limitada, a fim de que possa apreciar qual é o interesse público num caso concreto, sempre segundo critérios de conveniência e oportunidade delimitados pelo lei. Prosegue o autor dizendo que a discricionariedade se exterioriza necessariamente e unicamente na apreciação comparativa entre o interesse público e a forma de atividade mais idônea para sua satisfação⁴⁷⁵.

Entre nós, dentre outros valiosos estudos atinentes à noção de discricionariedade, merecem realce os desenvolvidos por Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Em preciosa monografia destinada a analise de discricionariedade, Celso Antônio Bandeira de Mello revela, após ampla fundamentação, que ela consubstancia:

a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força de fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente⁴⁷⁶.

Já a administrativa Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona, adotando conceito mais sucinto, que a atuação estatal é discricionária “quando a Administração, diante de um caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-la segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher um dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o Direito”⁴⁷⁷.

Depreende-se da lição dos referidos autores, por conseguinte, que a noção de discricionariedade traz em si a característica de uma margem de liberdade conferida à Administração, sempre pela lei, a fim de que se possa, no caso concreto, aferir o comportamento estatal que melhor atenda o interesse público.

Com arrimo nas aludidas proposições, cremos que a discricionariedade apresenta-se, pois, como a esfera de liberdade conferida pela lei ao agente público para que, dentro de certos limites, possa ele avaliar, no caso concreto, a atuação

⁴⁷⁵ Alessi (1966, p. 213).

⁴⁷⁶ Di Pietro (1996, p. 48).

⁴⁷⁷ Di Pietro (1996, p. 176).

que melhor atenda à finalidade legal, dentre aquelas tidas como possíveis pela regra de Direito.

8.2.2.3 Justificativa e limites da discricionariedade

A discricionariedade concedida pela lei ao administrador não exige para o seu deleite pessoal. Ela não é senão um instrumento conferido com vistas à boa atuação da Administração. Daí porque mais correto seria, talvez, chamá-la de “dever discricionário”, uma vez que a discricionariedade consubstancia uma liberdade que se justifica apenas e tão-somente para o atingimento da finalidade legal, e não pessoal do administrador. É poder que existe para o fiel cumprimento do dever de bem administrar, vale dizer, de adotar, dentre várias possíveis, a opção que melhor atenda ao interesse da coletividade.

A respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que “a discricionariedade nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente”⁴⁷⁸.

Esta razão da existência da discricionariedade: conferir à Administração um campo de liberdade para aferir, numa situação concreta, a decisão que melhor promova o interesse coletivo e melhor atenda a finalidade legal. Insto porque, conforme o escólio de Caio Tácito, “à medida que se amplia o campo de ingerência do Estado, voltado cada dia mais a novas tarefas sociais, torna-se imperativo fornecer-lhe os meios materiais de eficiência e presteza. A atividade administrativa, modernamente mais intensa e variada, multiplica-se em aspectos particulares que não podem ser abrangidos na minúcia dos textos da lei. O fenômeno social não se escraviza a coletes de força, nem a cintos de segurança. Carece, portanto, a Administração de maleabilidade de métodos e caminhos para atender-lhe aos reclamos imperativos e díspares”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ Mello (1992, p. 35). Giannini (1967, p. 40) também adverte que a escolha tomada pelo administrador deve ser a mais oportuna à satisfação do interesse público no caso concreto.

⁴⁷⁹ Tacito(1998 , p. 63).

Deste modo, se toda a atividade estatal fosse vinculada, remanesceriam situações em que o poder público, mesmo vislumbrando que uma solução diversa da prevista pela norma seria a mais adequada, estaria inibido de adotá-la. Isto porque sua atuação restaria integralmente amarrada pelo texto normativo. Verifica-se, nesse trilhar, que a justificação discricionariedade é eminentemente de ordem prática.

Discricionariedade, todavia, não é sinônimo de atividade livre ou de arbitrariedade. Não raro se notam observações, algumas provenientes de administradores públicos e outras até mesmo de operadores do Direito, foi tomada com amparo no “poder discricionário” inerente à Administração Pública.

Certo é, no entanto, que a discricionariedade sofre limites impostos pelo ordenamento jurídico. Aliás, isto a diferencia da arbitrariedade administrativa. Com efeito, Agustín Gordillo anota que o vício da arbitrariedade pode surgir em todos os atos do Estado, como por exemplo nas sentenças judiciais, porém é muito mais freqüente nos atos administrativos.

Dentre outros casos, menciona o autor que podem ser considerados arbitrários os atos:

- a) que decidam questões não submetidas à decisão ou se omitam na resolução de outras que deveria, ter sido apreciadas;
- b) que prescindam provados ou se fundem em fatos não provados;
- c) apreciem mal ou sequer considerem certos fatos, tomando decisões não proporcionais ou não adequadas a tais fatos;
- d) que prescindam de fundamentar suficientemente no Direito a decisão adotada⁴⁸⁰.

Não é esta, decerto, a seara em que está assentada a discricionariedade. Aqui, há limites e parâmetros que devem ser respeitados pelo agente público quando prática do ato, sob pena de invalidação. Pode-se afirmar, com apoio em Afonso Rodrigues Queiró, que a atividade discricionária da Administração nunca é uma livre escolha ou uma livre atuação. É, pelo menos, sempre limitada, dirigida, regulada, ligada pelo fim da lei, pela *ratio legis*, que jamais pode faltar⁴⁸¹.

O principal limite que se pode impor à atuação discricionária do Estado é a legalidade, ou seja, a norma, e somente ela pode conferir discricionariedade. Quando o fizer, o exercício desta atuação discricionária somente será jurídico na exata dimensão e extensão prevista pela regra de Direito.

⁴⁸⁰ Queiró, 1947, p. 9-28.

⁴⁸¹ Queiró, (Revista de Direito Administrativo n. 6, 1946, p.54)

Outro limite que pode ser aventado é o da imprescindível motivação. Não há regular exercício da discrição sem a exposição clara dos motivos que conduziram o agente estatal a decidir desta ou daquela maneira.

Trata-se – a motivação – de requisito de validade de qualquer ato administrativo, mas que ganha capital relevo quando houver competência discricionária, mas que ganha capital relevo quando houver competência discricionária a ser exercitada pela Administração.

Tal se faz necessário para a observância do respeito aos demais limites da discrição, dentre elas a razoabilidade e o atendimento da finalidade legal.

Toda providência administrativa deve, ainda, pautar-se pela razoabilidade, notadamente aquelas oriundas do emprego da discricionariedade. Assim, dentro das balizas estatuídas pelo legislador, competirá ao agente estatal adorar à medida que, naquela situação concreta, apresente-se consentânea com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida⁴⁸².

Também se pode dizer que restrição à discricionariedade existe no dever de adotar a melhor decisão para a situação concreta. Não está livre o administrador para escolher qualquer opção em tese admitida pelo ordenamento jurídico. Deve buscar, sempre, aquela que melhor se afine com a finalidade legal, com o interesse da coletividade (e não pessoal) e com a moralidade. Em caso de dúvida no momento da decisão, deve o agente público pautar-se por estes vetores.

Outros limites têm sido propostos em sede doutrinária. Referem-se eles, em geral, à competência, à finalidade, à forma e a outros aspectos do ato administrativo.

Preferimos, no entanto, inseri-los no limite genérico atinente à legalidade, uma vez que é a lei, em cada situação concreta, que ditará qual dos aspectos do ato restarão vinculador e quais serão discricionários.

⁴⁸² Mello (2000. p. 79).

8.2.2.4 Conceitos jurídicos indeterminados

A esfera de liberdade conferida pela lei ao administrador pode se consubstanciar, em determinadas circunstâncias, na previsão legal de conceitos fluidos, vagos ou indeterminados.

Celso Antônio Bandeira de Mello anota que “a moderna doutrina alemã, conforme refere Eduardo Garcia de Enterría, sustenta que os conceitos indeterminados ou fluidos só apresentam tal característica considerados em abstrato; não porém diante de casos concretos, isto é, por ocasião de sua aplicação. À vista das situações do mundo real ganhariam consistência e univocidade, de tal sorte que, perante os casos concretos, sempre se poderia reconhecer se uma dada situação é ou não “urgente”; se o interesse posto em causa é ou não “relevante”, se existe ou não um perigo “grave” e assim por diante. Pretendem que a questão suscitada por tais conceitos é meramente uma questão de “interpretação”, definível, como qualquer outra, pelo Poder Judiciário e não uma questão de discricionariedade, a qual supõe certa margem de liberdade decisória para o administrador”⁴⁸³.

Parece fora de dúvida que, ao se deparar com um conceito indeterminado, deva o administrador, para extraír seu significado, desenvolver um processo de interpretação. Esta operação não nos parece, entretanto, que seja excludente da discricionariedade. Interpretação e discricionariedade não são noções antitéticas, visto que podem perfeitamente coexistir em harmonia. De fato, ao se defrontar com expressões como interesse público, abuso do poder econômico, tranquilidade pública, entre outras tantas, procederá o agente estatal a uma operação interpretativa que vise explanar o significado e o conteúdo daquela regra de Direito. A interpretação será necessária, por vezes, para extrair a própria medida da discricionariedade administrativa.

Nesse panorama, cremos que o tema dos conceitos vagos está atrelado ao da discricionariedade e pode consistir, exatamente, em uma de suas manifestações. Assim, se em determinada situação real o administrador decidir, de forma razoável,

⁴⁸³ Mello (2000, p. 22).

pela interpretação que melhor se aplique a algum conceito indeterminado, não poderá dizer que violou a lei. Ainda que outra opinião fosse igualmente aceitável diante daquela situação visto que também consentânea com o Direito, não se poderá invalidar a primeira, já que exercida dentro dos contornos da discricionariedade conferida ao administrador⁴⁸⁴.

O conceito vago, entretanto, até por consistir uma das formas de discricionariedade, deve ser interpretado dentro as certas balizas. Haverá, decerto, esferas de certeza positiva e esferas de certeza negativa, onde se poderá afirmar, com segurança, que há ou não “urgência”, ou que há ou não “abuso do poder econômico”. Em tais circunstâncias impede ao administrador deliberar segundo estes parâmetros. Quando não estiver diante destas esferas de certeza, positivas ou negativas, incumbe-lhe adotar a providência que mais se aproxime da finalidade legal e que mais atenda a um critério de razoabilidade.

A propósito, socorremo-nos, uma vez mais, da lição de Bandeira Mello, quando afirma que “nada importará a concepção particular, pessoalíssima, que alguma autoridade tenha sobre o que é ‘segurança pública’, ‘moralidade pública’, ‘urgência’, ‘interesse público relevante’, ‘tranqüilidade pública’ ou de outros conceitos fluidos do gênero. A intelecção bizarra, original ou as peculiares idiossincrasias que informem a intelecção desatada que algum agente público porventura possa fazer dos conceitos vagos mencionados na lei, evidentemente, não pode ter o condão de sobrepor-se ao sentido que razoavelmente se lhes reconhece em dado meio social”⁴⁸⁵.

Oportuno sublinhar, com espeque no mesmo autor, que a discrição na regra de Direito pode desaparecer quando a autoridade administrativa se defronte com uma situação concreta. Suponha-se, por exemplo, que três candidatos se apresentem para ocupar certo cargo que tem como requisito o “notável saber jurídico”. Haverá, á primeira vista, um conceito fluido ensejador de uma margem de liberdade ao agente encarregado da escolha. Imagine-se, entretanto, que dois dos candidatos sejam apenas bacharéis em Direito, sem experiência profissional, sem qualquer produção científica, sem cursos de aperfeiçoamento ou de extensão universitária e sem qualquer prestígio no cenário jurídico nacional. O terceiro candidato, por sua vez, desfruta de reconhecida e comprovada competência

⁴⁸⁴ Mello (2000, p. 23).

⁴⁸⁵ Mello (2000, p. 30).

profissional, seja por sua experiência, seja por sua produção científica. Em casos tais, a discrição existente na norma cai por terra diante da única opção possível que se apresenta à autoridade administrativa. Isto, porque, certamente, ninguém ousaria sustentar que o mandamento legal restaria atendido se a escolha recaísse sobre um dos candidatos que ostenta, tão-somente, a condição de bacharel em Direito.

Em arremate, portanto, e ousando divergir dos eméritos doutrinadores que advogam entendimento diverso, filiamo-nos à corrente que sustenta a existência de uma margem de discricionariedade na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

8.2.2.5 Revisão das decisões do CADE pelo Poder Judiciário

Já anotamos, linha atrás, que há grande polêmica sobre a possibilidade de revisão das decisões do CADE pelo Poder Judiciário.

Não se questiona, até por força do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), a possibilidade de enfretamento, pelo Poder Judiciário, das decisões proferidas pelo CADE. O que se discute, mais especificamente, é se este controle judicial sofre restrições ou é ilimitado. Por outras palavras, indaga-se as decisões proferidas pelo Conselho podem ser integralmente revistas pelo Poder Judiciário, em qualquer hipótese, ou não.

A resposta à questão depende, fundamentalmente, de se apurar-se a competência exercida pelo CADE é discricionária ou vinculada.

Com efeito, ao deliberar sobre a ocorrência ou extensão de infrações à ordem econômica, bem assim sobre a possibilidade ou não de autorizar certos atos de concentração, discute-se se o CADE estaria atuando de forma discricionária ou vinculada.

José Marcelo Martins Proença adverte, após discorrer sobre o posicionamento de vários juristas, que é preciso, inicialmente, ter um mente que o CADE atua em duas frentes: preventivamente – controlando atos e contratos tendentes a levar à concentração econômica – e repressivamente – nos termos do

art. 20 da Lei nº 8.884/1994, impondo sanções para atos que atendem contra a ordem econômica⁴⁸⁶.

Mais adiante e, fazendo referência apenas ao controle prévio dos atos de concentração, conclui o autor⁴⁸⁷: “Em síntese, verifica-se, portanto, que existem dois parâmetros para a aprovação de atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na denominação de mercados relevantes de bens ou serviços: no primeiro caso, baseado no § 1º do art. 54, apesar da existência de conceitos indeterminados, a administração, verificando o preenchimento dos requisitos colacionados em lei, deverá autorizar o ato, podendo, sua decisão, amplamente, ser revista pelo Poder Judiciário, por figurar dentro do campo da legalidade; no segundo caso, com base na previsão constante no § 2º do mesmo art. 54, após a verificação do preenchimento de algumas condições, mesmo que o ato mereça ser reprovado, uma vez que não preencheu os requisitos constantes no § 1º citado, poderá ele ser aprovado, por critérios de conveniência da Administração Pública, baseados em motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, sendo que, neste último caso, em face da conveniência administrativa, não poderá o Poder Judiciário reformá-la em seu mérito”.

Ana Maria de Oliveira Nusdeo⁴⁸⁸ também refere a polêmica que reveste a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica: “Embora a maioria dos autores nacionais entenda tratar-se de um ato vinculado, há defensores no sentido contrário, apontando que a complexidade e a flexibilidade das regras do mercado exigem do órgão aplicador da lei poder discricionário para delimitar as hipóteses de incidência de norma”. E prossegue, mais à frente:

Entretanto, não parece possível defender a discricionariedade do poder funcional do CADE com relação ao art. 54. O estabelecimento de critérios para a provação do ato, ainda que expressos de maneira flexível – vale dizer, através do uso de conceitos jurídicos indeterminados –, limita o âmbito do poder da autoridade a juízos de legalidade, caracterizando-o como um ato vinculado, e não de conveniência e oportunidade, típicos de um poder discricionário. A natureza vinculada do ato, como é sabido, gera consequência no sentido da possibilidade de revisão judicial de mérito das

⁴⁸⁶ Proença, J. (2001, p. 177).

⁴⁸⁷ Proença, J. (2001, p. 179).

⁴⁸⁸ Nusdeo(2002, p.97)

decisões do CADE, ampliando o papel potencialmente desempenhado pelo Poder Judiciário na aplicação da lei antitruste⁴⁸⁹.

Questiona o predito autor, outrossim, se estaria o Poder Judiciário limitado na apreciação da legalidade das decisões do CADE. Em resposta, anota que “Hely Lopes Meirelles, muito embora não considere discricionária a atividade do Conselho, entende que sim. Para ele, o Judiciário somente poderia apreciar os vícios de legalidade – exame restrito aos motivos determinantes -, mas nunca poderia alcançar o mérito, ou a justiça da decisão. Ao Poder Judiciário caberia apenas anular a decisão, mas jamais a substituir por outra”. Prossegue o autor, no entanto, sustentando posição diversa: “Como visto, o exame da justiça ou da regularidade da aplicação d um conceito jurídico indeterminado, tal como é o de abuso de poder econômico, comprehende-se exatamente no campo da legalidade (é um juízo de legalidade). A possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário deve ser ampla quanto no exame de justa indenização, nas desapropriações”. E arremata: “Daí porque discordamos da opinião de alguns de que os conceitos jurídicos indeterminados de valor poderiam das ensejo à discricionariedade [...]”⁴⁹⁰.

Inúmeros outros posicionamentos, de igual valor científico, poderiam ser aqui colacionados. As abalizadas opiniões transcritas, no entanto, já demonstram a dimensão do problema; revelam, ao mesmo tempo, que o entendimento doutrinário predominante é no sentido de afastar a existência de discricionariedade nas decisões do CADE.

Defendemos, linhas atrás, que a previsão legal de um conceito vago confere ao agente público certa dose de liberdade na aplicação ou intelecção da norma⁴⁹¹.

Não se trata, porém, como já sublinhado, de uma liberdade total, mas limitada, que deve ser exercitada dentro dos parâmetros traçados pelo legislador e segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Realçou-se, inclusive, que em algumas situações estar-se-á diante de zonas de certeza positiva ou negativa, mercê do que a liberdade do agente público praticamente desaparece.

No caso específico das decisões proferidas pelo CADE, entende-se, assim, que elas trazem consigo aspectos vinculados e discricionários.

⁴⁸⁹ Meirelles (1984, p. 572).

⁴⁹⁰ Meirelles (2000, p. 152).

⁴⁹¹ Neste sentido, aliás, também se posiciona Di Pietro (2001, p. 132).

A competência (do Plenário, do Presidente ou do Conselheiro-relator, conforme o caso), os requisitos procedimentais e a forma das decisões do Colegiado revestem-se de caráter vinculado, uma vez que previamente delineados pelo legislador.

O conteúdo ou objeto da decisão poderá, no entanto, das ensanchas ao exercício de atividade discricionária, mormente por veicular uma intelecção que recai sobre conceitos plurissignificativos. De fato, ao decidir sobre a ocorrência de abuso de posição dominante, ao impor condições para a autorização de atos de concentração e em outros casos análogos, não se vê como negar-se a existência de certa margem de liberdade – pequena, é verdade – ao CADE.

Em arremate, portanto, cremos que toda e qualquer decisão proferida pelo Conselho ou por seus membros se sujeita à apreciação do Poder Judiciário. A regra, assim, é a ampla possibilidade de controle judicial das decisões oriundas do conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Excepcionalmente, porém, entende-se que na aplicação de conceitos fluidos não deverá o Poder Judiciário substituir-se ao CADE, por exemplo, para dizer se há ou não motivo preponderante da economia nacional (art. 54, parágrafo 2º, da Lei Antitruste) ou, ainda, para impor ou excluir condições aos atos de concentração de agentes econômico. Ressalva-se, como já anotado, hipóteses de certeza positiva ou negativa e os casos de decisões desarrazoadas ou imotivadas, sempre passíveis de revisão judicial, como qualquer ato praticado pela Administração Pública. Em se tratando, contudo, de situações nebulosas ou cinzentas, em que mais de uma intelecção se mestre razoável e aceita pela regra de Direito, o conselho poderá decidir da maneira que mais se afine com a tutela da concorrência.

8.3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Tendo em vista a posição de relevo a que foram alçadas as chamadas “agências reguladoras”, calha, aqui, uma consideração sobre a atuação desses entes, sobretudo pela influência que podem exercer no panorama econômico nacional.

Não se trata, no entanto, de análise profunda sobre a origem, a conveniência da criação ou acerca do intrincado problema do poder normativo das agências reguladoras. Pretende-se, tão-somente, desenvolver de maneira breve tema ainda pouco ventilado na doutrina, qual seja, o papel de tais agências da defesa da concorrência e na repressão ao abuso do poder econômico, notadamente mercê da possibilidade de conflitos com a Secretaria de Direito Econômico e com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Nesse contexto, convém anotar que, geradas a partir da Emenda Constitucional nº9, de 9 de novembro de 1995, as agências reguladoras têm recebido do legislador a natureza jurídica de autarquias especiais. Especiais porque lhes são conferidas características que a diferenciam das autarquias tradicionais, tal como um maior grau de independência, autonomia financeira, mandato por prazo determinado de seus dirigentes e outras particularidades, dependendo, em cada caso concreto, da respectiva lei criadora da agência.

Nos EUA, baluarte defensor do Estado mínimo, percebeu-se, a necessidade de disciplinar as atividades econômicas exercidas por particulares, tencionando, a proteção dos usuários e evitar abusos do poder econômico.⁴⁹²

Assim, segundo Francisco de Queirós Bezerra Cavalcanti:

Dessa natural necessidade surgiram as agências reguladoras que são, efetivamente, um dos pilares da administração pública dos EUA e é, com a criação delas, que o Estado procura responder aos anseios democráticos de participação do setor público na disciplina da vida em sociedade.⁴⁹³

O autor recorda que a *Federal Administrative Procedure Act* (APA), legislação editada em 1946, conceituou o instituto de forma ampla, compreendendo qualquer ente da administração federal que seja distinto dos poderes previstos na Constituição norte-americana. Ainda conclui que:

"Pela definição, entende-se que elas correspondem a diferentes unidades que compõem a Administração Federal dos Estados Unidos, excluídos os órgãos diretamente integrantes do *Executive Office of the President* como, por exemplo, o *Department of State*, o *Department of Justice*, dentre outros, e as *Government Corporations*".⁴⁹⁴

No âmbito do estudo das Agências Reguladoras, encontramos as chamadas entidades similares, como o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), dentre outros. Com a acuidade que lhe é peculiar, o Prof.^º Alexandre Santos de Aragão⁴⁹⁵, ao fazer referência às entidades similares das Agências Reguladoras, qualifica o CADE como agência independente. Em que pese a semelhança com algumas características que denotam as Agências Reguladoras,

⁴⁹² Cavalcanti (2000, p. 257-8).

⁴⁹³ Cavalcanti (2000, p.258).

⁴⁹⁴ Cavalcanti (2000, p.159).

⁴⁹⁵ Aragão(2001, p.167)

como a impossibilidade de seus membros serem exonerados *ad nutum*, a prévia aprovação dos mesmos pelo Senado Federal após a nomeação pelo Presidente da República, o ingresso de recursos advindos de valores correspondentes ao seu aperfeiçoamento de taxas processuais relativos aos processos de sua competência (Arts. 8º e 9º da Lei nº 9.781/99) e o não cabimento de recurso hierárquico impróprio (Art. 50 da Lei nº 8.444/94), o CADE não possui função reguladora no sentido de regulação por nós adotado. Não obstante o posicionamento por nós já referido, há quem ainda considere possuir o CADE função reguladora: Não obstante, muito antes, entre as décadas de 30 e de 70, surgiram alguns órgãos estatais com funções reguladoras, como por exemplo, o Conselho Nacional de Telecomunicações – CONTEL e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Estes órgãos resistiram ao longo do tempo, mas viram frustrada sua efetiva atuação reguladora porque, à exceção do CADE, nasceram subordinados, decisória e financeiramente, ao Poder Executivo, fosse à Presidência da República, ou mesmo a algum Ministério. Isto porque, o conceito de regulação envolve a presença da função normativa, a qual não vislumbramos quando da atuação do CADE.

Denota-se tão-somente a presença da competência do CADE para disciplinar sua própria organização e o seu próprio funcionamento, elaborando seu regimento interno (Art. 7º, XIX da Lei 8.884/94), bem como para expedir atos de efeitos concretos. Destarte, diferentemente não expôs o Conselheiro do CADE, Celso Campilongo⁴⁹⁶: “As agências desempenham funções regulatórias de setores específicos da economia; o CADE lida com o mercado como um todo e, além disso, desempenha qualquer atividade regulatória. O que faz é a adjudicação no campo da concorrência – algo muito diferente da regulação”. Não se pode deixar de mencionar a possibilidade de conflito de competência das agências entre si ou com outros entes, sobretudo com o CADE, pois que nada impede de uma agência estruturar o setor estabelecendo oligopólios ou monopólios ressalvando-se a atribuição do CADE sempre que houver infração da ordem econômica. Nesse passo, o Prof. Marcos Juruena Villela Souto defende a idéia com a qual compartilhamos de que o CADE não pode sobrepor seu juízo técnico a decisões de natureza política sobre a forma de desestatização da atividade. Ilustra o publicista que “a Lei que instituiu a ANATEL previu a competência do CADE para processar as infrações de abuso de poder

⁴⁹⁶ Campilongo,(2002, p.76).

econômico que forem comunicadas pela agência, o que, por óbvio, não a impede de estruturar o setor estabelecendo oligopólios e monopólios onde se justificarem.”

Às agências reguladoras foram outorgadas competências exclusivamente administrativas, volvidas à disciplina e controle de certas atividades. Para tanto, várias foram as agências criadas, todas por lei. Entre elas, merecem destaque a Agência Nacional de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16.7.1997), a Agência Nacional do Petróleo (Lei nº 9.478, de 6.8.1997) e a Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei nº 9.427, de 26.12.1996).

Segundo Sidnei Turczyn⁴⁹⁷:

A questão que se colocará nos próximos anos é a de saber como tratar o conflito de competência entre os órgãos que cuidam da formação de um mercado concorrencial no setor de serviços públicos (agências reguladoras) e o órgão que tem como função garantir a concorrência em um mercado que tende à liberdade (CADE).

A análise recente de peculiaridades concernentes ao direito norte americano possui o condão de demonstrar tendências relativas à economia, ao direito concorrencial e à regulação naquele país. Na atual conjuntura da formação jurídica e econômica nos Estados Unidos corresponde à desregulação, pois existe a premente necessidade de reinstaurar o princípio da liberdade e a transparência dos mercados. Lição evidente de tal tendência infere-se das explanações de Lucian Bebchuk e Allen Ferrel⁴⁹⁸⁴⁹⁹:

A idéia-chave é permitir que o processo de escolha seja conduzido pelos interesses dos acionistas. Isso despertaria o trabalho de uma melhor competição. Como resultado dessa regra de processo, os estados teriam incentivos mais fortes para oferecer arranjos que beneficiem os acionistas. Juristas de direito corporativo acreditam há muito tempo que uma escolha deve ser feita entre a concorrência estatal como regras federais atualmente estruturadas e obrigatórias. Mostramos que é possível uma alternativa

⁴⁹⁷ Turczyn (2005. p. 209).

⁴⁹⁸ Bebchuk; Ferrel (2002, p.18-19).

⁴⁹⁹ Texto literal: The key idea is to let the process of choice be driven by shareholder interests. This would wake competition work better. As a result of such a process rule, states would have stronger incentives to offer arrangements that benefit shareholders. Students of corporate law have long believed that a choice must be made between state competition as currently structured and mandatory federal rules. We have shown that an additional alternative is possible - a federal role that does not involve the imposition of mandatory substantive arrangements but rather improves the way in which competition performs. Such an alternative can have appeal for a wider set of observers than mandatory federal rules. We believe that putting this idea on the table is useful in thinking about state competition and its optimal structure.

adicional - um papel federal que não implica a imposição de disposições substantivas obrigatórias, mas sim melhora a forma como a competição se realiza. Essa alternativa pode atrair um conjunto mais amplo de observadores do que as regras federais obrigatórias. Acreditamos que colocar esta ideia sobre a mesa é útil para pensar sobre a concorrência estatal e sua estrutura ótima.

Cavalcanti releva o modelo americano no nosso ordenamento comentando que⁵⁰⁰ *a França, tradicionalmente, representa um modelo de administração pública unitária, com subordinação da administração às diretrizes do governo e a existência de uma estrutura recursal administrativa centralizadora*. O aparecimento de instituições que demonstram maior autonomia para cumprirem seus objetivos no direito francês, foi motivo de polêmica sobre os novos aspectos destas instituições, sendo que o que predomina na atualidade é a qualificação de órgãos especiais no que se refere a entes autônomos.

O poder normativo das agências reguladoras é tema de grande polêmica por muitos doutrinadores como o ponto de maior controvérsia no que tange aos poderes a elas conferidos. Essas divergências relacionam-se aos parâmetros utilizados pelo legislador ao se referir a esta questão. Di Pietro⁵⁰¹, por sua vez, é precisa ao afirmar que:

As duas únicas agências que podem exercer o poder regulador ou normativo são aquelas que possuem previsão constitucional para tal: a ANATEL e a ANP. As demais não possuem previsão constitucional, o que significa que a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência.

Para citar apenas uma delas, note-se que à Agência Nacional de Telecomunicações foram conferidas, dentre outras, competências para: implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações; expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; editar atos de outorga extinção de direito de exploração do serviço no regime público; expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; reprimir infrações dos direitos dos usuários; arrecadas e aplicar suas receitas; exercer, relativamente às

⁵⁰⁰ Cavalcanti (2000, p.257).

⁵⁰¹ Di Pietro (2001, p. 146). A referida autora ainda aduz que as únicas normas que podem estabelecer têm que produzir efeitos internos apenas, dirigidos à própria agência, ou podem dizer respeito às normas que se contêm no edital de licitações, sempre baseadas em leis e regulamentos prévios.

telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 19 da Lei nº 9.472/1997).

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti⁵⁰², ao discorrer sobre a independência da função reguladora e os entes reguladores independentes, aduz:

A grande maioria dos doutrinadores reconhece o modelo norte-americano de agências reguladoras como a principal fonte inspiradora para o surgimento de institutos similares, ou pelo menos com inúmeras de suas características, para atender à finalidade básica para a qual aquelas existem, na Europa Ocidental e em vários Estados latino-americanos. As agências têm sido, efetivamente, um dos pilares da Administração Pública nos Estados Unidos da América.

Costuma-se, a propósito, fazer a distinção entre agências executivas e reguladoras. De fato, se em termos constitucionais não houver sido atribuída competência reguladora, somente podem ser permitidas, a outros entes criados como agências, competência executivas, tais como licenciar, fiscalizar e arbitrar controvérsias entre os usuários, os concessionários e os entes privatizados⁵⁰³.

Matéria palpitante na doutrina é a referente ao poder normativo conferido às agências reguladoras. De fato, num passar de olhos pelas leis instituído *ras* de algumas agências, é possível encontrar disposições atribuindo, v.g., competências para a expedição de normas relacionadas à prestação de serviços de telecomunicações ou, ainda, para a regulação de atividades atinentes ao abastecimento nacional de combustíveis (art. 19 da Lei nº 9.472/1997 e art. 8º da Lei nº 9.478/1997, respectivamente).

Sem adentrar na celeuma que paira sobre o assunto, vale registrar, apenas, que não foram delegadas às agências reguladoras competências legislativas. Não se concebe, pois, que inovem a ordem jurídica, impondo deveres ou concedendo prerrogativas não amparadas por texto legal em sentido estrito. Não há exceção constitucional que permita tal ilação. Ao reverso, permanecem íntegras as disposições da Lei Maior que consagram o Estado de Direito e asseguram a todos o direito de não serem compelidos a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei.

Sobre o tema, aliás, pontifica Carlos Ari Sundfeld:

⁵⁰² Cavalcanti (2000, p.261).

⁵⁰³ Figueiredo (2001, p. 147).

Desejo deixar bem vincado aqui o meu ponto de vista a respeito do poder normativo das agências. Quando reconheço ser constitucionalmente viável que elas desfrutem de um tal poder, de modo algum estou sugerindo que elas produzam regulamentos autônomos ou coisa parecida, pois todas as suas competências devem ter base legal – mesmo porque só a lei pode criá-las, conferindo-lhes (ou não) poderes normativos⁵⁰⁴.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁰⁵, por sua vez, anota que “as normas baixadas pelas Agências delegatórias não podem alterar nem, muito menos, derrogar as leis (no sentido amplo) bem como os atos normativos remissivos, delas derivados”.

Daí porque, pensamos, eventuais poderes normativos outorgados às agências serão, sempre, sublegais, isto é, nos termos e dentro dos parâmetros da lei anterior que os tenha instituído.

Em arremate – e como frisamos linhas atrás –, impõe-se uma consideração acerca da atuação destas autarquias especiais na defesa da concorrência e na repressão ao abuso do poder econômico. Isto porque, como foi dito, pontos de tensão podem surgir em relação à atuação de outros entes estatais, sobretudo no que tange à Secretaria de Direito Econômico e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

De fato, um dos grandes desafios do novo modelo, que diz respeito à implantação e manutenção da concorrência nos setores envolvidos, é compatibilizar a atuação das agências com regras gerais existentes para o funcionamento dos mercados e com a ação de outros organismos estatais responsáveis pelas políticas de livre concorrência no país, como é o caso da SDE (Secretaria de Direito Econômico), SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) e do CADE⁵⁰⁶.

Por força das disposições contidas no art. 7º, da Lei nº 8.884/1994, ao CADE foram conferidas, dentre outras, competências para decidir sobre a existência de infrações à ordem econômica e aplicar as penalidades correspondentes, bem como apreciar e autorizar os atos de concentração que lhe foram apresentados. À SDE, por outro lado, compete instaurar processos administrativos para apuração e repressão de infrações à ordem econômica, remetendo-os ao CADE para julgamento, bem assim adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de

⁵⁰⁴ Sundfeld (2000, p. 185).

⁵⁰⁵ Moreira Neto(1990, p.15)

⁵⁰⁶ Sundfeld (2000, p. 188).

conduta que constitua infração à ordem econômica, dentre outras atribuições previstas no art. 14 da Lei nº 8.884/1994.

Indaga-se, portanto: estariam as agências reguladoras, dentro dos setores em que atuam na economia, legitimadas a decidir sobre matéria concorrencial ou sobre infrações à ordem econômica? Poderiam elas se sobrepor à Secretaria de Direito Econômico e ao CADE, inclusive editando orientações contrárias a estes organismos estatais?⁵⁰⁷

A resposta depende, cremos, na análise do texto legal que instituiu cada uma das agências reguladoras⁵⁰⁸.

Com efeito, somente do cotejo da lei criadora de uma agência dom as disposições da Lei nº 8.884/1994 é que se poderá extrair qual organismo estatal é o competente para apreciar atos de concentração e infrações à ordem econômica em determinado setor econômico.

Como regra geral, tem-se a competência da Secretaria de Direito Econômico e do CADE para instrução, processo e julgamento de infrações à ordem econômica e atos de concentração, abrangendo esta competência todos os setores da economia, inclusive aqueles submetidos à disciplina das agências.

Eventuais exceções a esta regra dependem de disposição legal expressa, que merecerão, inclusive, interpretação restritiva.

Atualmente, no entanto, normalmente têm sido preservadas as competências do CADE e da SDE mesmo nos setores controlados pelas agências⁵⁰⁹. Tal, aliás, mostra-se de todo recomendável, notadamente pelo maior distanciamento do CADE e da SDE em relação às empresas de setores econômicos submetidos à disciplina das respectivas agências reguladoras.

Assim, v.g., o art. 10 da Lei nº 9.478/1997, que instituiu a Agência nacional do Petróleo, consigna textualmente que “quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-la ao Conselho Administrativo de Defesa

⁵⁰⁷ A respeito, vale conferir o site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – onde podem ser consultados julgados em que os Conselheiros do CADE tiveram a oportunidade de abordar a matéria em seus decisórios.

⁵⁰⁸ Nesse sentido é a lição sempre providencial de Sundfeld (2000, p. 179).

⁵⁰⁹ Veja-se, porém, a disposição contida no art. 4º, inciso XXII, da Lei n. 9.961, de 28.1.2000, que confere à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) competência para autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim, ouvidos previamente os órgãos do sistema de defesa da concorrência, sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário.

Econômica – CADE, para que este adote as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente”.

Já o art. 3º da Lei nº 9.427/1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica, prescreve tão-somente que a agência deverá articular-se com a Secretaria de Direito Econômico para que sejam atendidas as disposições da legislação de defesa da concorrência e para que se impeça a concentração econômica nos serviços controlados pela ANEEL.

A Lei nº 9.472/1997, que instituiu a Agência nacional de Telecomunicações, estabelece, por sua vez, que os atos de concentração de empresas do setor de telecomunicações ficam sujeitas à apreciação do CADE (art. 7º). Também prescreve, em seu art. 19, inciso. XIX, que à ANATEL cabe exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Nesse trilhar, por conseguinte, infere-se que as agências reguladoras, nos limites de suas competências, podem e devem contribuir na repressão de infrações à ordem econômica, bem assim para que a livre concorrência impere nos setores por elas controlados. Ressalva-se, no entanto, mais uma vez com apoio em Ana Maria De Oliveira Nusdeo⁵¹⁰, que, salvo disposição expressa em contrário, “as agências estarão extrapolando a sua competência se aplicarem por sua conta as regras e as penalidades contidas na Lei nº 8.884 de 1994. A constatação da existência de possíveis infrações à ordem econômica deverá dar ensejo ao procedimento de investigação estabelecido na Lei nº 8.884/1994, culminando com uma decisão do CADE”⁵¹¹.

Por óbvio, eventuais invasões de competência por parte das agências reguladoras poderão ser corrigidas tanto no âmbito da Administração Pública como também em juízo.

⁵¹⁰ Nusdeo (2002, p. 236)

⁵¹¹ Sundfeld (2000, p. 184).

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Economia é a ciência que estuda a exploração, a produção, a distribuição e o consumo de recursos destinados à satisfação das necessidades humanas. Bens econômicos são todos aqueles que, embora limitados, destinam-se a satisfazer as necessidades humanas.

Dentre os sistemas econômicos que se apresentam, o Estado brasileiro está inserido numa espécie de transição do modelo intervencionista para o neoliberal.

Das relações entre o Direito e a Economia, assim como da necessidade de se ordenar a utilização dos bens econômicos, resultou o nascimento do chamado Direito Econômico. Trata-se de ramo do Direito Público que tem por objeto o conjunto de normas que regulam a atividade econômica, bem assim as formas de intervenção do Estado na ordem econômica. Os princípios do Direito Econômico brasileiro estão insculpidos no art. 170 da Constituição Federal.

A freqüente disciplina da atividade econômica por disposições constitucionais fez surgir, na doutrina, a expressão denominada "Constituição Econômica". Por tal expressão entende-se o conjunto de normas voltadas à ordenação da Economia, inclusive declinando a quem cabe exercê-la. A existência de normas específicas sobre Economia não deve, contudo, conduzir ao entendimento de uma Constituição autônoma dentro do texto constitucional.

A interpretação consiste num processo por meio do qual se busca aferir o sentido e o alcance da norma. A discricionariedade, por sua vez, é uma margem de liberdade conferida pela lei para que seu aplicador adote, dentre várias possíveis, a solução que melhor se afine com o objetivo da norma. Uma não exclui a outra, já que a própria interpretação se faz necessária para aferir a existência e os limites da discrição.

Antes da análise de qualquer preceito constitucional, é preciso ter em mente que a Constituição reclama métodos e princípios próprios de interpretação. Isto porque peculiaridades como superioridade hierárquica, natureza da linguagem, conteúdo específico e caráter político impõem uma interpretação destacada da

Constituição dentro do sistema.

No que respeita à ordenação da Economia, extrai-se da Constituição Federal de 1988 que o Estado brasileiro pode atuar, via de regra:

- a) por meio de seu poder de polícia, vale dizer, por leis e atos administrativos, quando fiscalizará e regulará toda a atividade do setor econômico;
- a) mediante incentivos fiscais volvidos a estimular a iniciativa privada; e
- a) ele próprio, em situações excepcionais, criando pessoas jurídicas para exercer certa atividade econômica.

A valorização do trabalho humano e a livre iniciativa foram eleitas, pelo constituinte, como fundamentos da ordem econômica nacional. A finalidade, por outro lado, é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da CF).

Princípio é uma norma geral fundamental, com elevado grau de abstração, vinculante e informadora de toda a ordem jurídica. Os princípios podem ser classificados em fundamentais, gerais e setoriais (ou especiais). Os princípios setoriais, reguladores e informadores da ordem econômica brasileira, estão enumerados no art. 170 do texto constitucional.

É absolutamente excepcional a atuação do Estado no ramo empresarial, que somente é admitida nas situações expressamente alinhadas na Carta Magna (imperativo de segurança nacional e relevante interesse coletivo). Reforça-se, com isto, o princípio da livre iniciativa, próprio de uma Economia de mercado.

A definição das hipóteses de segurança nacional cabe à União. Entende-se que o relevante interesse coletivo pode ser definido por todas as pessoas políticas, obedecidos os respectivos limites territoriais.

Diante da falta de previsão constitucional, não se há que falar em monopólio estatal nas atividades exercidas em hipóteses de segurança nacional e relevante interesse coletivo.

O monopólio estatal de certas atividades econômicas constitui exceção; logo, as disposições constitucionais a ele pertinentes devem ser interpretadas de forma restritiva.

Atuando como agente regulador da Economia, o Estado desenvolve três atividades principais: fiscalização, incentivo e planejamento.

O rol de serviços públicos apresentado pelo texto constitucional não é

exaustivo. À lei municipal cumpre delinear os serviços de interesse local e à legislação estadual compete a previsão de serviços públicos no âmbito estadual, respeitados os limites constitucionais, o mesmo ocorrendo na órbita federal.

A atual legislação antitruste (Lei nº 8.884/1994), espelhando a tendência atual de descodificação do Direito, deve ser entendida de conformidade com a moderna noção de microssistema, ou seja, mesmo não configurando um ramo autônomo do Direito, mas, ao reverso, permeando diversos ramos jurídicos, tem principiologia própria em defesa de determinado bem jurídico, é dotada de lógica autônoma e seu estudo ocorre em disciplina própria.

A concorrência não constitui um bem em si mesmo. É um dos instrumentos, dentre outros previstos na Constituição Federal, que tem por objetivo contribuir para uma existência digna e justa, devendo ainda ser compatibilizado com todos os demais princípios constitucionais (CF, art. 170).

Toda e qualquer decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica ou por seus membros se sujeita à apreciação do Poder Judiciário. A regra, assim, é a ampla possibilidade de controle judicial das decisões oriundas do CADE. Excepcionalmente, porém, entende-se que na aplicação de conceitos fluidos não deverá o Poder Judiciário substituir-se ao CADE, por exemplo, para dizer se há ou não motivo preponderante da economia nacional ou, ainda, para impor ou excluir condições aos atos de concentração de agentes econômicos.

As agências reguladoras, nos limites de suas competências, podem e devem contribuir na repressão de infrações à ordem econômica, bem assim para que a livre concorrência impere nos setores por elas controlados. Todavia, salvo disposição expressa em contrário, as agências estarão extrapolando a sua competência se aplicarem por sua conta as regras e as penalidades contidas na Lei nº 8.884, de 1994. A constatação da existência de possíveis infrações à ordem econômica deverá dar ensejo ao procedimento de investigações estabelecido no preírito diploma legal, culminando com uma decisão do CADE.

De todas as inovações e conquistas proporcionadas pelo novo texto constitucional, a irretorquível vocação do Ministério Público para a tutela dos interesses sociais é a que mais tem marcado os novos contornos da Instituição.

Um dos caminhos de tutela da ordem econômica pelo Ministério Público se dá através da conjugação de sua titularidade para as ações penais públicas com os tipos definidos pela legislação criminal. Além do que as pessoas jurídicas estão

sujeitas à responsabilização na órbita penal.

A ordem econômica e a economia popular foram dotadas dos mesmos instrumentos de proteção de quaisquer outros interesses difusos e coletivos. São, portanto, amplamente tuteláveis por meio de ações coletivas, especialmente no que diz respeito à livre concorrência.

A Constituição Federal e a legislação infraconstitucional consagram amplamente a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ações civis públicas em defesa da ordem econômica e da economia popular. Compete-lhe, assim, zelar pelo efetivo respeito à livre iniciativa, à livre concorrência, aos consumidores, à função social da propriedade, bem como reprimir as condutas que configurem abuso do poder econômico.

A tutela da ordem econômica e da economia popular compete tanto aos Ministérios Públicos Estaduais quanto ao Ministério Público Federal, que devem atuar dentro das respectivas atribuições. Admite-se o litisconsórcio entre ambos.

Além da ação civil pública, o inquérito civil representa outro importante mecanismo de atuação do *Parquet*, principalmente porque nele podem ser celebrados ajustes voltados à cessação de práticas lesivas à ordem econômica.

Embora não compulsória, é recomendável a prévia oitiva do CADE e da SDE na celebração de termos de ajustamento de conduta relacionados à matéria concorrencial.

É inconstitucional a previsão de lei que imponha, ao *Parquet*, intervenção obrigatória em processos administrativos afetos à apreciação de autarquias, sejam elas federais (incluído aqui o CADE), estaduais ou municipais. Isto porque não cabe à instituição prestar-lhes consultoria jurídica, *ex vi* do art. 129 da CF.

O Ministério Público tem legitimidade para promover a execução dos julgados proferidos pelo CADE.

O Ministério Público deve adaptar sua estrutura para que possa se desincumbrir dos misteres que lhe foram confiados pela Constituição de 1988, inclusive no que tange à tutela da ordem econômica. Seus membros devem, outrossim, priorizar a atuação do *Parquet* como órgão agente, e não interveniente, abandonando, aos poucos, a atividade meramente opinativa ou parecerista.

A política econômica somente se manifesta através de atos jurídicos, razão pela qual seu fundamento de validade está na ideologia constitucionalmente adotada. A ideologia constitucionalmente adotada constitui um conjunto de princípios

e valores que não têm necessidade de guardarem coerência entre si, já que representam uma opção do constituinte por uma determinada linha de maior vantagem.

A manifestação normativa da política econômica, positiva ou negativa, pública ou privada, nacional ou internacional, não pode ser satisfatoriamente explicada pelos ramos tradicionais do Direito.

O Direito Econômico é o testemunho mais eloquente da defasagem da *summa divisio*, não só em virtude da total impossibilidade de se dar tratamento jurídico ao exercício do poder econômico privado sem se tomar o exercício do poder econômico público em consideração como da presença de normas de ordem pública na disciplina dos negócios jurídicos que instrumentalizam determinadas medidas de política econômica.

O Direito do Planejamento resultaria então como um inconstante e descontínuo ramo do Direito. Poder-se-ia, por certo, retrucar com a afirmação de que não é o plano o único e isolado instituto do Direito do Planejamento, consubstanciando também matéria dele meios de execução da política econômica não formalmente planejada. Isso, todavia, apenas nos remeteria à conclusão de que, então, se estaria a referir o Direito Econômico pela designação de, Direito do Planejamento. Ideia hoje já superada.

A verificação de que o planejamento é forma de ação estatal evidencia o fato de que integrá-lo no âmbito do Direito Econômico, em sentido amplo - como o faz Vidigal - para que depois o destaquemos dele, importa em que o estejamos considerando apenas em um dos seus aspectos. O planejamento é forma de atuação de que lança mão o Estado também ao tratar de outras matérias, não especificamente econômicas; daí os institutos de planejamento urbano e de planejamento metropolitano.

Fora de qualquer dúvida que, quando aplicado à administração do processo econômico, pelo Estado, o planejamento reflete efeitos marcantes sobre o Direito Econômico. Também impacta ele, no entanto, com intensidade relevante, sobre outras matérias cuja administração seja pelo Estado provida na conformidade de normas contidas em outras províncias jurídicas.

Por tudo isso, não me parece sustentável a tese da existência do Direito do Planejamento - cujas normas, no meu entendimento, compõe um capítulo do Direito Econômico, o do ordenamento jurídico do planejamento.

A abertura dos serviços públicos ao regime privado, é fundamental que se esclareça que a empresa particular delegatória, atuando como concessionária, prestará o serviço sob regime de direito público, por estar exercendo atividade estatal, não atividade privada, e sob as condições reservadas ao exercício do direito público deve ser analisada.

O planejamento econômico, como verificamos, não consubstancia uma modalidade de intervenção, mas qualifica a ação intervencionista do setor público, na medida em que se processe ela sistematicamente, tendo em vista fins predeterminados. Pode ser entendido, pois, como o quadro geral onde se opera, quando esta exista, a coordenação das técnicas de Direito Econômico, razão pela qual deve ser concebido como um capítulo deste.

Configurando atividade-meio, é certo – ainda que isso não seja, de modo algum, recomendável que a ação intervencionista do setor público pode se realizar sem a adoção do método de planejamento. A suposição de que a definição das diretrizes e prioridades de tal ação é ordenada por um novo ramo do Direito - o Direito do Planejamento

Assim, aqui se poderia tentar a descrição do objeto do Direito Econômico vigente entre nós como a regulação do processo econômico, através da atuação do Estado sobre ele, desde uma visão macroeconômica, tendo em vista a realização dos objetivos de sua política, sob a inspiração dos ideais de bem-estar e desenvolvimento, em condições de mercado administrado.

O Direito Econômico, desta sorte, porque voltado à administração do processo econômico, impõe uma disciplina econômica aos seus agentes, no setor público e no setor privado, sendo exato que da proficiência desta administração e disciplina depende a efetivação ou não da política econômica estatal.

Finalmente, cumpre ainda referir - antes de enunciado o conceito que formei a seu respeito que, sob a ideologia do mercado, está o Direito Econômico voltado também à compatibilização dos princípios da *livre iniciativa* e *propriedade* com o *interesse social*, tendo em vista o desenvolvimento e o bem-estar. Neste sentido, pois, é entendido como um *direito de síntese* entre o individual e o social.

Nestas condições, considerados todos os pontos até então examinados, podemos conceituar o Direito Econômico como o sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macrojurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada a

possibilitar a efetivação da política econômica estatal.

A expressão *intervencionismo* identifica abrangência maior que o campo do Direito Econômico, dado que, em realidade, nem todos os efeitos do interventionismo se exaurem no Direito Econômico. Há órgãos estatais criados em decorrência específica do movimento interventionista, órgãos estes cuja estrutura e definição são reguladas pelo Direito Administrativo e Direito Constitucional.

A abertura dos serviços públicos ao regime privado, é mister que se esclareça que a empresa particular delegatória, atuando como concessionária, prestará o serviço sob regime de direito público, por estar exercendo atividade estatal, não atividade privada, e sob as condições reservadas ao exercício do direito público deve ser analisada.

O fomento do desenvolvimento econômico através das agências reguladoras se convalida através do processo de regulação da competição, nos moldes de um regramento facilitador dos interesses que devem ser converger para a universalização dos serviços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALA, Edson Vieira. **Comentários à Lei Antitruste.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ALBUQUERQUE, Roberto Cavalcanti . **A Promoção do Desenvolvimento.** Rio de Janeiro: José Olympio.2003

ALLESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo.** Milano: Giuffré, 1966.

ALMEIDA, Fernando Bessa de , **Uma experiência de instrução programada em orçamento e administração financeira.** EBAP - Cadernos de Administração Pública. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1970.

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antonio Franco (COORDs.). **Funções Institucionais do Ministério Público.** São Paulo: Saraiva, 2001.

AMATO, Pedro Munoz. **Introdução à teoria geral de administração pública.** 12.ed.Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971.

ARAGÃO, Alexandre Santos . "As agências reguladoras independentes e a separação de poderes - uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais". In: **Revista dos Tribunais**, ano 90, volume 768. São Paulo: RT.2001.

AREEDA, Phillip E.; KAPLOW, Louis; EDLIN ,Aaron S. **Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases.** Aspen : Wolters Kluver, 1967

ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2001.

AUBY ,Jean-Marie; DUCOS-ADER , Robert . **Institutions Administratives,** Dalloz Toulouse: Impr. F. Boisseau, 1966.

ATAIDE, Augusto. **Elementos para um curso de direito administrativo da economia.** Brasília: Ministério das Finanças, 1970

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito Econômico Brasileiro.** São Paulo: Celso Bastos, 2000.

- _____. **Hermeneutica e Interpretação Constitucional.** São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- BEBCHUK, L. A., COHEN, A., and FERRELL, A. (September 2004), “**What Matters in Corporate Governance?**” Harvard Law School John M. Olin Center Discussion Paper No. 491 Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=593423>
- BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos(Coord.). **Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente.** 2.ed. São Paulo: IMESP, 1999.
- BETTI, Emilio. **Interpretación de La ley y de los actos jurídicos.** Madrid: Derecho Reunidas, 1975.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brazil.** Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916
- BILAC PINTO, Olavo. **Estudos de direito público.** Rio de Janeiro: Forense, 1954.
- BLACK, Henry Campbell ET all. **Black's Law Dictionary.** 6.ed. New York: West Publishing, 1990.
- BONNARD, Roger . **Precis elementaire de droit administratif.** Paris: Recueil Sirey, 1978.
- BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- _____. **Do Estado Liberal Ao Estado Social.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.
- BORGES, Alexandre Walmott. **A Ordem Econômica e Financeira da Constituição e os Monopólios.** Curitiba: Juruá, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil 1988.** 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. Decreto-Lei nº 200/67. **Decreto-Lei Nº 200, de 25 de Fevereiro de 1967.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em 21/02/2005.
- _____. **Decreto Lei N. 869** de 18 de novembro de 1938 -Crimes Contra Economia PopularDisponível: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 21/02/2005
- _____. **Lei nº 4.137, de 1962** - Abuso Do Poder Econômico. Disponível: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4137-10-setembro-1962-353932-norma-pl.html>. Acesso em 21/02/2005
- _____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990-** **Código de Defesa do Consumidor.** Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 21/02/2005

_____. **Lei n.8.884, de 11 de junho de 1994- Lei Antitruste.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm Acesso em 21/02/2000.

BRETAS, Anchises; MOREIRA, Wander Paulo Marotta; FONSECA, João Bosco Leopoldino da; GONÇALVES, Aroldo Plínio; BORGES, José Alfredo; ALVARENGA, Maria Luiza Pessoa de Mendonça e; FARIA, Maria do Rosário Caiafa; SILVA, Angela; SANTIAGO, Murilo Carvalho. **Direito Econômico do Planejamento.** Belo Horizonte: UFMG, 1980.

BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

BRUNING, Raulino Jacó. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Ministério Público.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BUENO, José Paulo. Os atos de Concentração Econômica e a Proteção Jurídica da Livre Concorrência: o Regime do Controle Prévio do Mercado Relevante. São Paulo: **Repertório IOB de Jurisprudência**, n.11, p.252, 1992

BURDEAU, Georges. **A Democracia: ensaio sintético.** 3 ed. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 1975.

_____. **Manuel de droit constitutionnel: conforme au programme des facultes de droit et ecoles d'enseignement superieur .** Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1947.

BUZAID, Alfredo .**Da ação renovatória: de contrato de locação de imóveis destinados a fins comerciais .** São Paulo: Saraiva, 1958.

CALDAS, AULETE. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa.** 4.ed. Rio de Janeiro: Delta, 1958.

CÁMARA, Hector. **Disolucion y liquidacion de sociedades mercantiles.** Buenos Aires: Ed. Argentina, 1959.

CAMPILONGO,Celso Fernandes; ROCHA,Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS,Paulo Todescan Lessa(Orgs).**Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro.**São Paulo: Max Limonad. 2002.

CAMPOS, Carlos. O Problema da negação Idealista. **Revista Brasileira de Filosofia. São Paulo**, n.3, v.3, p;477-500, jul/set, 1953

_____. **Sociologia e Filosofia do direito.** 2.ed. Belo Horizonte: Cardal, 1961.
CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. Finalidade da Medida Cautelar. **Revista Brasileira de Direito Processual**, 1986.

CAPACCIOU, Enzo. **Intervento: El Diritto dell'Economia.** Milano, Tomo 3, n.3, mar.1967.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 4. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

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

CARNELUTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1942.

_____. **Sistema de Derecho Processal Civil.** Buenos Aires: UTEHA, 1944.

CARVALHO, Nuno Teotonio Pereira. **As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste.** São Paulo: Resenha Tributária, 1995.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHOSA, Modesto de Sousa Barros. **Poder Econômico e Fenomenologia, seu disciplinamento jurídico.** São Paulo: RT, 1967.

_____. **Direito Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CASTRO, José Roberto. **Manual de Assistência Jurídica.** Rio de Janeiro:Alde, 1987.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra . "Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica". In: **Revista de Direito Público**, vol. 20. São Paulo: Malheiros. 1997

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra . "A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes" In: **Revista de Direito Administrativo**, val. 219, jan/mar. São Paulo. 2000.

_____. **Quatro Estudos: A Ciência Política — O Sistema Constitucional — O Poder Político — O Sistema Federal** . Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1954.

CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. **Direito Social.** São Paulo: Ltr, 1980.

CHAMBERLAIN, Edward Hastings. **Teoria de La Competencia Monopolica.** Buenos Aires: Editorial Heliasta S.Rl., 1983.

CHIARELI, Giuseppe. **Diritto pubblico e Diritto Privato nel Diritto dell'Economia. El Diritto dell'Economia.** Milano, n.3, v.13, 1967.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 1942.

CINTRA, Luis Daniel Pereira. **Os Ministérios Públicos Estaduais e Lei Antitruste.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo:RT, v.12,out/dez, 1994.

COELHO, Inocêncio Mártires. A defesa da concorrência na Constituição de 1988. In: **Revista da procuradoria geral da República**, São Paulo, n. 6, p. 53-63, 1995

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1995.

COELHO, Luis Fernando. **Interpretação abrogante** in: FRANÇA, Rubens Limongi. Enciclopédia Saraiva. São Paulo: Saraiva, v.45, 1980.

COMMUNITY'S 1992 PROGRAM. **Columbia Journal Of Transnational Law**, 29(1):11-40. New York, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. **Revista de Direito Público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v.93, jan/mar.1990.

. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima.** Rio de Janeiro: Forense. 3.ed.1986.

. **Função Social da Propriedade dos Bens de Produção**,RDM.,N.63, n.71, 1965.

. **O Indispensável Direito Econômico.** In: Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais, Vol. 353, p. 14-26, 1975.

. **Novos Ensaios e pareceres de Direito Empresarial.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA. **Tratado de Roma**, da Comunidade Econômica Européia Disponivel em: <<http://www.diritto.it/leggi.html2>>. Acesso em: 20 maio 2005.

CORBEL, Pierre . **Le parlement français et la planification** .Paris: Cujas, 1969.

COSTA, Adroaldo Mesquita da. **Natureza do CADE: Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, in: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Poder Econômico: Exercício e Abuso: Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo:RT, 1985, p.470.

COSTA, Jorge Gustavo da. **Panorama do Planejamento Governamental no Brasil**, University of Southem Califomia, Mimeogr., p. 417-418.1965.

COSTA, Lustosa da, in Jornal **O Estado de São Paulo**, 23.9.79, caderno de política, p.3.

COSTA, Regina Helena. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discretionariedade Administrativa**, São Paulo: Revista da PGESP, jun.1988, p.79

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Lei Antitruste(Lei n.8.884, de 11/06/1994)**. São Paulo: Forense, 1995

CUELLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder normativo.** São Paulo: Dialética, 2001

DALAND, Robert T. **Brazilian Planning: Development Politics and Administration.** Chapel Hill: The University of North Carolina Press. 1967

_____. **Estratégia e estilo do planejamento brasileiro.** Rio de Janeiro: Lidor, 1969.

DA VIDOW, Joel. **Competition Policy.** Merger Control and European.

DELFIM NETO, Antonio. **Jornal Gazeta Mercantil**, economia, p.7, 30.3.78.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Diritto ed Economia.** Roma: Studium, 1954.

_____. **Lições de Filosofia do Direito.** Coimbra: Armênio Amado, 1979

DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviços Públicos.** São Paulo: Max Limonad, 2002

DIAS, Sergio Novaes. **Empresa: Abuso do Poder Econômico – Proteção ao Consumidor,** São Paulo: RDM, v.30, n.84, out./dez.1991.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública.** São Paulo: Saraiva, 2001

DINIZ, Artur José Almeida. Por uma nova Comunidade Internacional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte. V.66, n.32, p.7-24, jan.1988

_____. Subdesenvolvimento e Direito das Gentes. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte. V.33, n.12, p.23-44, mar.1977.

_____. A Política e o Terceiro Mundo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte. mai.1983.

DROMI, Roberto José. **Manual De Derecho Administrativo.** Buenos Aires: Astrea, 1987.

DUARTE, José Florentino. **O Direito como fato social.** Porto Alegre: Fabris, 1982.

ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo : Saraiva, v.51, p.121, 1977.

ENGELS, Friedrich. **A questão da habitação.** São Paulo: Acadêmica, 1988.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Tratado de Direito Civil Brasileiro**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v.4, 1940.

ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Responsabilidade do Estado: indenização por retardada decisão administrativa. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais. N.57/58, 1968.

FALCONI, Franca. **La Legge Tedesca contra Le limitazione della Concurrenza. II Diritto Dell'Economia**, Milano, v.9, n.5, 1959

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado De Derecho Administrativo. 2. Parte General**. Madrid: Tecnos, 1987

FALCÃO, Raimundo Bezerra . **Tributação e Mudança Social**. Rio de Janeiro: Forense. 1981

FARIA, José Eduardo. **Direito e Economia na Democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARIA, Werter. **Constituição Econômica: Liberdade de Iniciativa e de Concorrência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

FARIA, Wilson Rodrigues. **Lei antitruste: Abuso de Preços ou Abuso do Poder ?** Rio de Janeiro: BLA Boletim Legislativo, v.26, n.28, p.732-733, 1994

FARJAT, Gerard. **Droit Économique**. Paris: P.U. F., 1971

FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. 38.ed. Coimbra : Almenio Amado, 1978.

_____. Influenza giuridica de uma guerra Nei rapporti privati., **Rivista di Diritto Commerciale**. Milano, n.13, 1975.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. São Paulo: atlas, 2001.

_____. Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional. In: **Revista arquivos do ministério da justiça**, Brasília, Ministério da Justiça, n. 45, p. 175-185, jul/dez 1992.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo(Coord.) **Ministério Público: Instituição e Processo**, 28. Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. A Dominação dos Mercados Nacionais como forma de Abuso do Poder Econômico, **Revista da Faculdade de Direito da UFJF**, Juiz de Fora, v.18, n.22, p.121-145, 1998.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 58.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da concorrência.** 5^a. Ed. São Paulo: Forense, 2001.
- _____. **O Plano Nacional de Desenvolvimento como expressão da linguagem do Direito**, Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1989.
- FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de Derecho Administrativo**, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FOX, Eleanor M. ; SULLIVAN, Lawrence A. **Cases and Materials on antitrust**, ST.Paul: West Publishing Co., 1989.
- _____. **The Politics of Law and Economics in Judicial Decision Making: Antitrust as a Window**, New York: New York University Law Review, 61(4):p.554-588, 1986
- FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4.ed. São Paulo:RT, 1980
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A Lei Antitruste e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica(CADE): alguns aspectos, **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.5
- FREIRE, MArusa Vasconcelos. A atuação do MPF junto ao CADE. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, v.24, jul./dez.1996
- FREUD, Sigmund. **O interesse científico da psicanálise**. Obras psicológicas completas. Rio de Janeiro: Imago, 1969, v.13, p.199-226
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GARCIA, Maria. A interpretação constitucional e os requisitos da ação popular, **Boletim de Direito Administrativo**: Editora NDJ, Jan., 2001.
- GARÓFALO,G. de L.; CARVALHO,L.C.P. de. **Microeconomia: teoria do consumidor e análise da procura**. São Paulo: Atlas, 1978
- GIANNINI, Massimo Severo. **Corso di Diritto Amministrativo**. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1967.
- GIANNOM, José ArtImr(Org.). **Os Pensadores: Durkheim**. São Paulo: Abril, 1978.
- GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Barcelona: Labor, 1936.
- GONÇALVES, Aroldo Pinho. **Da Denunciaçāo da lide**. 21.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1987

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil.** Coimbra:Coimbra Editora,1928

GORDILLO, Agustin. **Tratado de Derecho Administrativo.** Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

GOYDER, D. G. **EEC Competition Law.** Clarendon Press: Oxford,1988.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.**6.ed.São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito Urbano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Elementos de Direito Econômico,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Intervenção do Estado no Domínio Econômico** in: FRANÇA, Rubens Limongi(Org.) Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, v.46, 1980.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Teoria dos Serviços Públicos e sua transformação.**In: SUNFELD, Carlos Ari.Ed. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000

GUEDES, Marco Aurélio Peri. **Estado e Ordem Econômica Social,** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Formas de Abuso do Poder Econômico.** <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45595/44000>. Acesso em 20/05/1999

HAMEL, J. **A Organização das Sociedades de Economia Mista Na França.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1957.

HAYEK, Friederich August Von. **Direito, Legislação e Liberdade.** São Paulo: Visão, v.3, 1985.

HARTFIELD,Joseph M . **Du Pont V. Commissioner Of Internal Revenue U.S. Supreme Court Transcript Of Record With Supporting Pleadings.**Gale: U.S. Supreme Court Records.2001

HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. **Ciência de Lógica.** Buenos Aires, 1976.

_____. **Philosophy of Right.**Chicago: Chicago, &C. Britannica, 1955.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional,** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOBBES, Thomas. **Leviathan,** London: Encyclopedia Britannica, 1955.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice.** (Hornbook Series Student Edition) 3rd Ed, Brand West Academic Publishing, 1994

IASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico.** São Paulo : Cultrix, 1972.

IHERING, Rudolf Von. **De Interesse em Iós contratos.** Buenos Aires: Atalaya, 1947.

_____. **El fin en El Derecho.** Buenos Aires: Atalaya, 1946.

JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. **Direito Econômico: legislação.** Rio de Janeiro: Thex, 2000.

KALINOWSKI, Georges. **Introducción a La lógica jurídica.** Buenos Aires: EUDEBA, 1973.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e o aros escritos.** Lisboa: Edições 70, 1988.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das normas.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

_____. **Teoria Pura do Direito.** Coimbra: Armênio Amado, 1974.

KEYNES, John Maynard. **The General Theory of Employment, interest and Money.** New York: BookCompany, 1953.

KORAH, Valentine. **Cases and Materials on Ec Competition Law .** HART, 1996.

LAFER, Celso. **O moderno e o antigo conceito de liberdade,** Tese n. 29, apresentada na VIII Conferência Nacional da OAB, Manaus, maio de 1980.

_____. **Ensaios Liberais.** São Paulo: Siciliano, 1991.

LANDAUER, Carol. **Teoria de la Planificación Económica.** Fondo de Cultura, México, 1945.

LAUBADERE, André de. **Traité Élémentaire de Droit Administratif,** Paris: Librarie Générale de Droit ET de Jurisprudence, 1970.

_____. **Direito Público Econômico.** Coimbra : Almedina, 1985.

LAZZARINI, Alexandre Alves. **O Papel do Representante, do procurador e do Ministério Público nos procedimentos da Lei n. 8.884/1994-Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, v.1. jul.dez.1998.**

LEÃES, Luiz Gastão. Paes de Barros,. **Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1989.

LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. **Uma abordagem populacional para um problema estrutural: a habitação.** Petrópolis: Vozes, 1978.

- LEGAZ LACAMBRA, Luiz. **Filosofia Del Derecho.** Barcelona:Bosch, 1953.
- LYRA, Roberto. **Teoria e Prática da Promotoria Pública.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- MACHADO, Antônio Claudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil brasileiro**, 2.ed.São Paulo: Saraiva, 1998.
- MACHADO JUNIOR, J. TEIXEIRA. **A Lei 4320 Comentada.** Rio de Janeiro: IBAM, 2001
- MAGALHÃES, Dário de Almeida. **Páginas Avulsas.**Rio de Janeiro.1957
- MAGALHÃES, José Carlos de. **Aplicação Extraterritorial de Leis Nacionais.** In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Poder Econômico: Exercício e Abuso: Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo:RT, 1985.
- MALARD, Neide Terezinha. **Integração de Empresas: Concentração, Eficiência e Controle**, São Paulo: Revista IBRAC, v.1, n.4, p.44.1994.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MANZANEDO, J.A.; GOMEZ REINO, J. Hernando y E. **Curso de derecho administrativo económico: ensayo de una sistematizacion** . Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1970.
- MARINHO, Josaphat. A Ordem Econômica nas Constituições Brasileiras. **Revista de Direito Público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v.19.anو.
- MARQUES, José Frederico. **Direito Penal Econômico: princípios sobre a interpretação de suas normas- Do Conceito de Monopólio**, In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga& FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Poder Econômico: Exercício e Abuso: Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo:RT, 1985.
- MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito.** Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- MARX, Karl. **O Capital.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970(Livro I).
- MASTEN, Scott E. & SNYDER, Edward A., **United States versus United Shoe Machinery Corporation: on the merits**, in The Journal of Law and Economics, 36(1): 33-70, Chicago, apr.1993.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermeneutica e Aplicação do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MAYER, Luiz Rafael, **Conselho Administrativo de Defesa Econômica: CADE-Personalidade Jurídica implicitamente consagrada no texto legal em Interpretação Lógica.** In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI,

José Luiz Vicente de Azevedo. Poder Econômico: Exercício e Abuso: Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo:RT, 1985, p.472.

_____. **Ainda a Natureza jurídica do CADE.** In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Poder Econômico: Exercício e Abuso: Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo:RT, 1985, p.531.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.** 148. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O Inquérito Civil,** São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Regime Jurídico do Ministério Público.** 58. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOTTA, Paulo Roberto . **Gestao Contemporanea-A Ciência E A Arte De De Ser Dirigente.** Rio de Janeiro: Record, 1996

MEIRELLES, Hely Lopes. **Natureza e Posição do CADE na Administração Federal: Natureza de suas decisões e de seu controle judicial, através da Ação Ordinária Anulatória – Limites da apreciação forense – inexistência de Capacidade postulatória do CADE, em nome próprio, em Juízo.** In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Poder Econômico: Exercício e Abuso: Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo: RT, 1985, p.552.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro.** 10. Ed. São Paulo: Ed. RT. 1984.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro.** 26. Ed. São Paulo: Ed. RT. 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional.** São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Marco Aurélio de. **Dias melhores se avizinharam,** Jornal Folha de São Paulo, São Paulo, 30 dez.2001. Caderno A.

MERGERS GUIDELINES DE 1992. Departamento de Justiça norte-americano. Disponível em : <https://www.justice.gov/archives/atr/1992-merger-guidelines>. Acesso em 20/03/2000

MESQUITA , José Ignácia Botelho de . **A Execução das Decisões do CADE.** Rio de Janeiro: Forense, v.994, n.344, out./dez. 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários À Constituição de 1946.** Rio de Janeiro: Henrique Caben Editor, v.4, 1947.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 78. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Ordem econômica na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n.42, 1990.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**, 2. Ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

MOREIRA, Vital M. **Economia e Constituição**. 28. Ed. Coimbra: Almedina, 1978.

_____. **Economia e Constituição**. 42 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MUKAI, Toshio, **A Lei Antitruste(Lei n. 8.884/94):averiguações preliminares e processo administrativo, as inconstitucionalidades das normas recursais**, BLA: Boletim Legislativo, Rio de Janeiro, v.34, n.28, p.955-957, 1994.

NEVES, Celso. **Do ofendido ao Denunciante, como Assistente da União Federal ou do CADE nas Ações relativas ao Controle Judicial das Decisões do Órgão Administrativo**. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Poder Econômico: Exercício e Abuso: Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo: RT, 1985, p.538.

_____. **Disciplina da Lei Antitruste no Sistema Jurídico Brasileiro: natureza das funções e competência do CADE, controle judiciário das decisões do CADE e seus limites, legitimação processual passiva do CADE em juízo, cabimento da ação cautelar contra decisão do CADE, possibilidade jurídica da ação ordinária anulatória**. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Poder Econômico: Exercício e Abuso: Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo: RT, 1985, p.562.

NONATO, Orozimbo. **Cláusula de Exclusividade em contrato de fornecimento: subordinação de utilização de serviço a compra de bem, inteligência do art.2, IV, b, da Lei 4.137, de 1962, Aplicabilidade do Princípio da Reserva Legal**. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Poder Econômico: Exercício e Abuso: Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo: RT, 1985, p.486.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Manual de Monografia Jurídica**, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade Comercial: proteção e limites na Constituição de 1988**, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico**. São Paulo: Ed. RT, 1995.

OLIVEIRA, Fernando Antonio. Limites e Modalidades de Intervenção do Estado no Domínio Econômico. **Revista de Direito Público**. São Paulo. N.37/38. P.52-64. Jan./Jun.1976

OLIVEIRA, Frederico Abraão, Abusos do Poder Econômico. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v.112, n.17, p.179-188, 1988.

OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de. O Abuso do Poder Econômico nas Constituições brasileiras, **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v.171, p.57-81, 1990.

PARRONE, Moisés Claudia; COSTA; Ligia Maura. Brazilian Law: The case of Abuse of Dominant Position and Behaviours restricting the competition, **Revue de Droit des Affaires Internationales**, v.2, p.327-346, 1993.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2001.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do ‘Desvio de Poder’ em direito administrativo. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. VI, p.41-78, 1942 e v. VII, p. 52-80, 1947.

_____. A Teoria do ‘Desvio de Poder’ em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1946.

QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

REALE, Miguel. **Abuso do Poder Econômico e Garantias Individuais**, In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Poder Econômico: Exercício e Abuso: Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo: RT, 1985, p.250.

RICARDO, David. **Principios de Economia Política y de Tributacion**. Buenos Aires: Claridad, 1937.

- RIPERT, Georges. **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno.** São Paulo: Freitas Bastos.1947
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999
- _____. A Pessoa Jurídica Criminosa. **Revista dos Tribunais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v.717, jul.1995.
- SALLES, Marcos Paulo de Almeida. **O consumidor e o Sistema Financeiro.** São Paulo: Acadêmica, 1991.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica.** São Paulo: Malheiros, 2001.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro.** 43 v. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1947.
- SCHOPENHAUER, Artur. **EL mundo como voluntad y representación.** Buenos Aires: Nueva. 1942.
- SCIORILLI, Marcelo. **A ordem econômica e o Ministério Público.** São Paulo: Juarez Oliveira, 2004.
- SHERMAN ACT. **The Sherman Antitrust Act (1890).** http://www.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC_Acts.pdf. Disponível em 20/05/2000
- SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico .** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1966
- SILVA, Américo Luis Martins da. **A Ordem Constitucional Econômica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
- SILVA, Antonio Alvares da. **Direito Coletivo do Trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 1979 .
- SILVA, Cesar Augusto da. **O Direito Econômico na perspectiva da Globalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.**2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações.** São Paulo: Abril Cultural, 1979.

SOUZA, Nelson Mello e. O Planejamento Econômico no Brasil: considerações críticas .RAP, **Rio de Janeiro:Fundação Getúlio Vargas**, PP.60-115 v. 2, n. 4 , 1968.

SOUZA, Ruy de. **Atualização do Direito Comercial: o direito das empresas**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito UFMG, 1951.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição Econômica. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n.33, p.67-68, 1988-1989.

_____. **Apontamentos de Economia aplicada ao Direito**. Belo Horizonte: Centro de Estudos Econômicos, 1954.

_____. **Capitais estrangeiros no Brasil**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1984.

_____. Consumo. In: FRANÇA, Rubens Limongi de(Org.) **Enciclopédia Saraiva de Direito**.v.18. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. **Direito Econômico**, São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Direito Econômico do Trabalho**. Belo Horizonte : Faculdade de Direito da UFMG-Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1986.

_____. **Direito Econômico e Economia Política**.v.2. Belo Horizonte: Prisma, 1971.

_____. Do Econômico nas Constituições Vigentes. Belo Horizonte: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, 1961.

_____. **Ensaio de Conceituação Jurídica do Preço**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949.

_____. O Direito Econômico no discurso constitucional. Belo Horizonte: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, p.60-61, 1985.

_____. O princípio da “ambiguidade” na configuração legal da ordem econômica, **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v.8, p.57-95, 1956.

_____. (Org.). **Direito Econômico do Planejamento**. Belo Horizonte: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1980.

SPINOZA, Baruch. **Ethics**.TraduçãoW. H. White. London Encyclopedia Britannica, 1955.

STAINOV, Petko. **La nature juridique des actes de planification dans l’État socialiste**. Revie du Droit Public et de la Science Politique em France et à l’Étranger. Paris, v.79, n.5, 1963.

STASSINOPoulos, Michel D. **Traité des Actes Administratifs**, Atenas: Librairie Générale de Droit ET de Jurisprudence, 1954.

STOLZMANN, Rudolf Von. **Introducción filosófica a La economía**. Buenos Aires: El Ateneo, 1956.

STUCKA, Peter Ivanovitch. **Direito e Luta de Classes**. Tradução de Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

SUNFELD, Carlos Ari(Coord.). **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros, 2000.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ - IJ1 Seção - MS n^o 1.856-2/DF - Rel. Min. Milton Luiz Pereira, **Diário da Justiça**, Seção I, 23 ago. 1993). Disponível: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf, Data:20/03/2004

_____. STJ - I^ª Seção - MS n^º 5.943/DF - Rel. Min. Nalcy Andrighi, **Diário da Justiça**, Seção I, 27 mar. 2000). Disponível: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/26701120/pg-1413-superior-tribunal-de-justica-stj-de-13-05-2001?ref=next button>. Data:25/02/2000.

_____. STJ, no. 9/303 - MS no. 2.887-1 - DF, Rel. Min: César Asfor Rocha, 1^a. Seção, unânime. **Diário da Justiça**, 13 dez 1993.

_____. STJ, no. 111254 - REsp. no. 29 .299~6 - RS. Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1^a. T., unânime, **Diário da Justiça**, 17 out. 1994.

_____. STJ – REsp – 175564 – BA – 3^a T. – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJU 22.10.2001 – p. 00317). Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7902018/recurso-especial-resp-175564-ba-1998-0038796-0-stj?ref=topic_feed. Acesso em: 20/02/2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF - Pleno - AI no. 244.578/RS - Rel. Min. Celso de Mello. **Informativo STF**, No.154). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo154.htm>. Data:25 de junho de 1999

_____. STF - 11 T. - REstr. n^o 203.909-8/ES - Rel. Min. Carlos Venoso, **Diário da Justiça**, Seção I, 6 fev. 1998, p. 38 .

_____. STF - 2a T. - RE...<tr, nU 193.749-I/SP - Min. Carlos Velloso - Rel. p/ Acórdão: Min" Maurício Corrêa, **Diário da Justiça**, Seção 1,4 maio 2001, p. 35.

_____. STF – ADIMC – 1094 – DF – TP – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 20.04.2001 – p. 00104). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745395/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-1094-df/inteiro-teor-100461657> Acesso em 20/02/2000. TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. O desvio do poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v188.1992.45103> Acesso em:20/02/2000

_____. Transformações do Direito Administrativo. Rev. Direito Administrativo., Rio de Janeiro, v. 214, p. 27-34, out./dez. 1998.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

TODOROV, Francisco Ribeiro. O Papel do Ministério Público no Combate aos cartéis. **Boletim dos Procuradores da República**(Associação Nacional dos Procuradores da República). São Paulo:Artchip, ano5. n.51, jul.2002.

TORRES FILHO, Rubens Rodrigues. **Os pensadores: Schopenhauer**. São Paulo: Abril, 1980, p.6-490.

TORRINHA, Francisco. **Dicionário Latino Português**.Rio de Janeiro:Maranus.1945.

TURCZYN, Sidnei. **O Sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense,1993

VELOSO, Artur Versiani. **Prolegomena**. Belo Horizonte: FAFICH, 1974.

VENANCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VIDIGAL, Geraldo Camargo. **Teoria Geral do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Atlas, 1999.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto(Coords.). **Ministério Público II: Democracia**. São Paulo: Atlas, 1999.

VIGORITA, Spagnuolo. **Corso di Diritto Pubblico Deu' Economia**. Caserta: Scuola Superiore della Pubblica Amministrazion, ano.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de Direito Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. **Causalidade e Relação no Direito**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **O Problema do objeto da Teoria Geral do Estado**. Recife: Imprensa oficial, 1953.

_____. **Teoria da Norma Fundamental**. In: CAVALCANTI FILHO, Teófilo(Org.). Estudos Jurídicos em homenagem a Miguel Reale. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. **Justiça distributiva e técnica jurídica.** Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1960.

WALD, Arnold et all. **O Direito de Parceria E a Lei de Concessões: Análise Das Leis Ns. 8.987/95 E 9.074/95 E Legislação Subseqüente** (2a. Ed.). São Paulo: Saraiva, 2000

WEBER, Max. **Economia y sociedad.** Tradução de JOSÉ MEDINA VARRIA et AL. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 1984.

WEBSTER, Merriam. **Websters Ninth New Collegiate Dictionary .** :G. & C. Merriam Company, 1979

ZANOBINI, Güido. **Corso di diritto amministrativo.** Giuffré: Milán. 1958

ZWAHLEN, Henri. **Le contrat de administratif.** Basel: Helbing e Lichtenhanh. 1953

ANEXOS

ANEXO I

DECRETO-LEI Nº 869, DE 18 DE NOVEMBRO DE 1938

Define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º Serão punidos na forma desta lei os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego.

Art. 2º São crimes dessa natureza:

I - destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias primas ou produtos necessários ao consumo do povo;

II - abandonar ou fazer abandonar lavouras ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;

III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio;

IV - reter ou açambarcar matérias primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços;

V - vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência;

VI - provocar a alta ou baixa de preços, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;

VII - dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para o fim de subscrição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas;

VIII - exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência;

IX - gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à

falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;

X - fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registos, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a 1:000\$000, com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcar ou desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

Pena: prisão celular de 2 a 10 anos e multa de 10:000\$000 a 50:000\$000.

Art. 3º São ainda crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego:

I - celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor;

II - transgredir tabelas oficiais de preços de mercadorias;

III - obter ou tentar obter ganhos ilícitos, em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas, mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo", etc.);

IV - violar contrato de venda a prestações, fraudando sorteios ou deixando de entregar a coisa vendida, sem devolução das prestações pagas, ou descontar destas, nas vendas com reserva de domínio, quando o contrato fôr rescindido por culpa do comprador, quantia maior do que a correspondente à depreciação do objeto;

V - fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamento; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados.

Pena: prisão celular de 6 meses a 2 anos e multa de 2:00\$000 a 10:000\$000.

Art. 4º Constitue crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

- a) cobrar juros superiores à taxa permitida por lei, ou comissão ou desconto, fixo ou percentual, sobre a quantia mutuada, além daquela taxa; obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.
- b)

Pena: 6 meses a 2 anos de prisão celular e multa de 2:000\$000 a 10:000\$000.

§ 1º Nas mesmas penas incorrerão os procuradores, mandatários ou mediadores que intervierem na operação usurária, bem como os cessionários do crédito usurário que, cientes de sua natureza ilícita, o fizerem valer em sucessiva transmissão ou execução judicial.

§ 2º São circunstâncias agravantes do crime de usura:

I - ser cometido em época de grave crise econômica;

II - ocasionar grave dano individual;

III - dissimular-se a natureza usurária do contrato;

IV - ser praticado:

- a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso; por pessoa cuja

- condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;
- b) em detrimento de operário ou de agricultor; de menor de 18 anos ou de deficiente mental, interditado ou não.
- V - a reincidência.

§ 3º A estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido.

Art. 5º Quando qualquer dos crimes definidos nesta lei fôr praticado em nome de pessoa jurídica, o Ministro da Justiça e Negócios Interiores poderá interditá-la, uma vez passada em julgado a sentença, sem prejuízo da sanção imposta aos responsáveis.

Art. 6º Os crimes definidos nesta lei são inafiançáveis e serão processados e julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional. Neles não haverá suspensão da pena nem livramento condicional.

Art. 7º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação; revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 18 de novembro de 1938, 117º da Independência e 50º da República.

GETÚLIO VARGAS
Francisco Campos

Este texto não substitui o original publicado no Diário Oficial da União - Seção 1 de 21/11/1938

Publicação:

- Diário Oficial da União - Seção 1 - 21/11/1938, Página 23163 (Publicação Original)
- Coleção de Leis do Brasil - 1938, Página 169 Vol. 4 (Publicação Original)

ANEXO II

LEI Nº 4.137, DE 10 DE SETEMBRO DE 1962 (Revogada pela Lei 8.884 de 11 de junho de 1994)

Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico.

O Presidente da República: Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei :

TÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º A repressão ao abuso do poder econômico, a que se refere o art. 148 da Constituição Federal, regular-se-á pelas disposições desta lei.

Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I - Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a, concorrência por meio de:

- a) ajuste ou acôrdo entre emprêsas, ou entre pessoas vinculadas a tais emprêsas ou interessadas no objeto de suas atividades;
- b) aquisição de acervos de emprêsas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de emprêsas;
- d) concentração de ações, títulos, cotas ou direitas em poder de uma ou mais emprêsas ou de uma ou mais pessoas físicas;
- e) acumulações de direção, administração ou gerênciia de mais de uma emprêsa;
- f) cessação parcial ou total das atividades de emprêsa promovida por ato próprio ou de terceiros;
- g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de emprêsa.

II - Elevar sem justa causa os preços, no casas de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção.

III - Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preças por meio de:

- a) destruição ou inutilização por ato próprio ou de terceiros, de bens de produção ou de consumo;
- b) açambarcamento de mercadorias ou de matéria-prima;
- c) retenção, em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo;
- d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de emprêsas concorrentes ou de vendedores de matérias-primas;

IV) Formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de:

a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço;

LEGISLAÇÃO CITADA ANEXADA PELA COORDENAÇÃO DE ESTUDOS LEGISLATIVOS - CEDI

b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou a utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço á compra de determinado bem.

V) Exercer concorrência desleal, por meio de:

a) exigência de exclusividade para propaganda publicitária ;

b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.

.....
.....
.....