

DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL: UM NOVO ESPAÇO DE ATIVISMO JUDICIAL? *

Amanda Flávio de Oliveira**

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – Implementação e condução da política brasileira de defesa da concorrência: ação administrativa e ação judicial. 3 – Dois níveis de condução da política antitruste brasileira: a realidade, as possibilidades e a fragilidade do modelo. 4 – Atuação judicial em questões concorrenciais: espaço para ativismo. Dificuldades concretas. 5 – Possíveis razões para a recusa judicial, no Brasil, em assumir papel ativo na condução da política econômica de defesa da concorrência. 6 – Conclusão. 7 – Bibliografia.

RESUMO

O artigo aborda a realidade brasileira do que chama de Direito de Concorrência, sua legislação e seu tratamento pelo Judiciário. Salienta os campos de atuação mostrando que nele são implicadas o Poder Executivo, o Poder Judiciário e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que, embora no Poder Executivo, possui “poder judicante”, embora suas conclusões sejam consideradas de maior rigor técnico., não produzem coisa julgada.

Crítica o excesso de positivismo jurídico na realidade do Direito Brasileiro, fazendo da lei o próprio Direito e ignorando as consequências de

* Texto básico de trabalho apresentado no “Law and Society Annual Meeting” ocorrido em Las Vegas, Estados Unidos, entre os dias 02 e 05 de junho de 2005. A palestra foi proferida sob o título: “Antitrust in Brazil: a new área for judicial activism?”.

** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora-Adjunta de Direito Econômico da UFMG. Assessora jurídica de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ex-Diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça.

mais diversa natureza - precisamente econômica – que geralmente provocam.

Critica a ausência da disciplina nos currículos das Faculdades de Direito, perpetuando a ignorância destes conhecimentos. A falta de estudos a respeito provoca a ignorância dos operadores do Direito, que não estão devidamente preparados nem para julgar tal matéria, como no caso dos tribunais, haja vista que não há justiça especializada no assunto.

ABSTRACT

The article approaches the Brazilian reality of the Competition Law, its legislation and its Judiciary treatment. States that the Executive Power, the Judiciary Power and the Administrative Board of Economic Defense (CADE) affect its function.

Says that, although in the Executive, it has judicative power and although its decisions are considered more technical, the Judiciary may reconsider them.

It criticizes the absence of this discipline in the resumes of the Law Schools, perpetuating the ignorance of this subject.

1 – Introdução

O Direito da Concorrência brasileiro tem se desenvolvido em razão das transformações do capitalismo contemporâneo. Por outro lado, a ordem jurídico-econômica constitucionalmente adotada no Brasil permite a existência de um aparato institucional no qual as decisões do órgão administrativo de controle da concorrência podem ser objeto de análise pelo Poder Judiciário.

Essa configuração possibilita um maior ativismo judicial em relação às questões de natureza econômica. No entanto, esse processo de intervenção do Judiciário é prejudicado pelo fato de a maioria dos juízes trabalhar com concepções jurídicas inadequadas à disciplina dos fenômenos econômicos, impróprias, portanto, para a realização dos ideais constitucionais de condução ao desenvolvimento nacional e de justiça social.

2 – Implementação e condução da política brasileira de defesa da concorrência: ação administrativa e ação judicial

A estrutura institucional administrativa brasileira responsável pela implementação da política nacional de defesa da concorrência, mediante a utilização dos instrumentos fixados em lei, compõe-se, atualmente, de três órgãos distintos, em nível federal. Dois deles são órgãos de recebimento de denúncias e de instauração e instrução de processos administrativos. Desses, um deles encontra-se na estrutura do Ministério da Justiça e, outro, na estrutura do Ministério da Fazenda.

O terceiro e mais importante dentre os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o “Conselho Administrativo de Defesa Econômica” (CADE), tem características de tribunal administrativo, embora, no sistema estabelecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, suas decisões devam, necessariamente, estar submetidas ao controle pelo Poder Judiciário, se os interessados assim quiserem. Sua natureza de autarquia, o que significa orçamento próprio, dentre outras características, concede-lhe independência administrativa. Por outro lado, as decisões finais são deliberadas por um Colegiado, o “Conselho Administrativo de Defesa Econômica”(CADE), composto por 11 Conselheiros, com conhecimentos técnicos, econômicos ou jurídicos, e mandatos por tempo fixado em lei, diminuindo, assim, o espaço a ingerências políticas.

O processo administrativo instaurado perante esses órgãos obedece ao trâmite previsto na legislação específica. Assim, cada um dos dois órgãos de instrução, ao concluírem seus trabalhos e antes de submeterem o caso à deliberação pelo CADE, apresentam pareceres técnicos, contendo as razões econômicas e jurídicas do posicionamento por eles adotado no caso concreto. Todo esse conhecimento é incorporado ou afastado, fundamentadamente, pelo CADE, em sua decisão, e a ele são agregados novos elementos.

Embora não caiba recurso das decisões do CADE em âmbito administrativo, sua revisão pelo Poder Judiciário encontra-se sempre assegurada. É que a Constituição da República Federativa do Brasil, consagrando o chamado “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”, estabeleceu que “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a lesão de direito”.

Dessa forma, ao permitir, o ordenamento jurídico brasileiro, que as decisões administrativas proferidas pelo CADE sejam revistas pelo Poder Judiciário, elevou, este Poder, à condição de implementador da política nacional de defesa da concorrência, ao lado da estrutura administrativa específica.

Pode-se concluir, portanto, que a defesa da concorrência atualmente, no Brasil, é exercida em duas órbitas distintas: a administrativa e a judicial¹. A primeira, conforme já se afirmou, é composta por três órgãos administrativos distintos, com características, atribuições e natureza específicas, mas com a função específica de aplicar a legislação antitruste brasileira. Cada um desses entes, atuando em conformidade com o que estabelece a legislação, permite que sejam instaurados, instruídos e decididos os processos administrativos relacionados às possíveis condutas restritivas da concorrência adotadas pelas empresas no mercado brasileiro.

A segunda, judicial, pode ocorrer em algumas hipóteses. Primeiramente, por provocação do CADE, quando se fizer necessária a atuação do Poder Judiciário para a execução das decisões administrativas proferidas. Em segundo lugar, por provocação da empresa envolvida, sempre que esta não concordar com a decisão proferida pelo CADE. Por fim, quando uma determinada empresa julgar-se lesada em questões concorrenciais, a ela é dado o direito de recorrer ao Poder Judiciário, independentemente da existência de processo administrativo referente ao mesmo caso.

3 – Dois níveis de condução da política antitruste brasileira: a realidade, as possibilidades e a fragilidade do modelo.

A possibilidade de revisão judicial das decisões administrativas proferidas pelo CADE é, antes de mais nada, uma *garantia*, assegurada à

¹ Essa não é uma característica exclusiva da legislação brasileira. Em outros Estados, a tutela da concorrência é também verificada nos planos administrativo e judicial. Nos Estados Unidos, por exemplo, questões concorrenciais podem ser submetidas tanto a Federal Trade Commission e ao Departamento de Justiça quanto ao Judiciário, cada um deles atuando dentro de certos limites, em conformidade com a legislação daquele país. Na União Européia, a Comissão Européia desempenha papel importante na tutela da concorrência, segundo informa o "booklet" *"Dealing with the Commission - notifications, complaints, inspections and fact-finding powers under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty."*, publicado pela própria Comissão (Brussels, Louxembourg, 1997): "Under Council Regulation 17, adopted in 1962, the Commission is the Community institution entrusted with the task of applying and enforcing the competition rules." Mas não é a única instituição da estrutura da União Européia que atua em questões de concorrência: "The work of the Commission in interpreting and applying the competition rules is subject to the supervisory jurisdiction of the two EU courts, which ensure the observance of the rule of law by the institutions." Os dois Tribunais mencionados são o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância europeus.

coletividade, de respeito à Constituição, à ordem jurídica brasileira e ao modelo, adotado no Brasil, de separação de poderes. Portanto, é algo que deve ser visto como positivo.

Essa realidade requer que se reflita sobre as condições em que atuam esses órgãos, administrativos ou judiciais, a qualidade de suas decisões e os possíveis meios de aprimoramento do modelo, mas, nunca, sobre sua superação.

A estrutura administrativa de defesa da concorrência, conhecida, como já se disse, por “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, compõe-se de três órgãos distintos, com funções atribuídas em lei. Representam, portanto, os reais responsáveis pela elaboração e condução dessa política. Embora padeçam de sérias dificuldades, como, por exemplo, o reduzido número de funcionários e os baixos salários a eles oferecidos, esses órgãos apresentam condições que favorecem sua boa atuação: a defesa da concorrência constitui-se em sua única e principal incumbência. Assim sendo, o conhecimento e a prática desses órgãos são especializados, o que tende a significar um aperfeiçoamento crescente na matéria. As decisões elaboradas a partir desse contexto são, necessariamente, jurídicas, mas impregnadas de concepções econômicas e, o mais importante, elaboradas a partir de preocupações relacionadas às suas consequências econômicas.

O segundo nível de condução da política econômica brasileira é representado pelo controle judicial. As decisões técnicas, elaboradas pelos órgãos específicos, da estrutura administrativa federal brasileira, podem ser revistas pelo Poder Judiciário. Embora se reconheça a importância da garantia constitucional de inafastabilidade do controle judicial, sempre que diante de uma lesão ou ameaça a lesão a direito, é preciso que se pondere sobre as condições em que esse controle é exercido.

Não há, no Brasil, magistratura ou Justiça especializada em questões econômicas. As decisões administrativas, portanto, são distribuídas aos juízes, segundo critérios de competência estabelecidos por lei, mas que não contemplam a especialização por esse tipo de matéria. Qualquer integrante do Poder Judiciário brasileiro pode, então, ser chamado, em um dado momento, a agir como um magistrado econômico, decidindo questões capazes de influenciar a condução dessa política pública e, em última análise, a própria saúde e estabilidade do mercado brasileiro. Se, por um lado, tal circunstância eleva o juiz à importante condição de sujeito ativo de uma

política econômica estatal relevante, gerando espaço para ativismo judicial e contribuição para o próprio desenvolvimento econômico nacional, por outro, a má compreensão desse papel e seu exercício inadequado podem representar um grave entrave à realização de valores importantes para o Estado.

4 – Atuação judicial em questões concorrenciais: espaço para ativismo. Dificuldades concretas.

A compreensão adequada dos problemas de ordem concorrencial que se apresentam e a aplicação correta das normas legais que regem a matéria, tendo como parâmetros princípios específicos, podem representar, sem sombra de dúvida, um instrumento importantíssimo de promoção de desenvolvimento econômico, considerando-se o estágio atual do capitalismo brasileiro.

A estabilidade institucional, a coerência na interpretação das leis e a transparência das políticas públicas são necessidades que se fazem presentes no atual momento econômico brasileiro.

Por sua vez, a boa interpretação e aplicação da lei antitruste requerem, necessariamente, que as preocupações não se limitem aos aspectos dogmáticos ou estritamente legais do problema. Antes de mais nada, requer-se conhecimentos básicos de economia, preocupação com as possíveis conseqüências econômicas da tomada de uma ou outra decisão e que se leve em conta essas conseqüências antes da tomada de decisões. Se se observa essas condições, indispensáveis para a boa condução da política, abre-se espaço para a atuação judicial que promova desenvolvimento ou crescimento econômico. O juiz se torna agente econômico ativo.

Todavia, a tradição judicial brasileira é (e sempre foi) fortemente influenciada por concepções positivistas. A herança kelseniana incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro reduz o direito à lei, relegando a segundo plano a questão da interpretação e decisão judiciais. Não há, no Brasil, a preocupação de se questionar os problemas das conseqüências do Direito, nem mesmo de seus fins. Não se discute as conseqüências econômicas do direito. Economia e direito são comumente vistas como disciplinas e conhecimentos distantes, incomunicáveis entre si.

Na concepção de Hans Kelsen, fielmente adotada no Brasil, a norma jurídica representa a única forma de manifestação do Direito, e à jurisprudência

cabe tão-somente o papel de encontrar aquela aplicável ao caso em análise e fazê-la valer, mediante um processo meramente dedutivo. Diante dessa perspectiva, a postura do juiz resume-se em aplicar o Direito vigente, sem qualquer indagação acerca das implicações das normas jurídicas na realidade social e na econômica, valendo-se, para isso, da autorização (ou legitimidade) que lhe é conferida por uma norma jurídica, a Constituição, e obediente ao que estabelecem outras normas jurídicas, como o Código Civil, o Código de Processo Civil ou, no caso em análise, na legislação federal de defesa da concorrência.

Ao se limitar a aplicar a lei, dentro dos parâmetros positivistas, sem elaborar considerações econômicas, em direito da concorrência, o juiz incorre em graves equívocos:

- em primeiro lugar, ele assume a responsabilidade de substituir uma decisão técnica, especializada, elaborada a partir da atuação de três órgãos específicos, por uma outra, inadequada para a realidade e a necessidade social;

- em segundo lugar, ele abre mão de um papel ativo que lhe é assegurado pela estrutura, de participar do processo de promoção de desenvolvimento econômico e social no Brasil e de exercer uma importante função no complexo jogo de arrecadação e distribuição de recursos em uma sociedade;

- por fim, ele pode, por sua própria atuação, criar obstáculos, entraves, ao desenvolvimento econômico nacional, ou, mesmo, contribuir para a instabilidade econômica ou institucional brasileiras, tornando o país fragilizado e pouco atrativo aos investimentos econômicos.

5 – Possíveis razões para a recusa judicial, no Brasil, em assumir papel ativo na condução da política econômica de defesa da concorrência

A estrutura existente disponibiliza instrumentos e permite ao magistrado brasileiro exercer papel ativo na condução da política econômica brasileira, tornando-o agente ativo do processo. Entretanto, essa posição pode ser por ele mal-compreendida, não compreendida ou recusada. A reflexão aponta algumas possíveis razões para tanto:

- 1) A relativa novidade que representam, ainda hoje, no Brasil, as preocupações com a defesa da concorrência. Até poucos anos atrás, as

inquietações econômicas no Brasil resumiam-se à questão da estabilidade monetária e do combate à inflação. Controle de mercado por pequenos grupos de empresas ou exercício abusivo de poder econômico representavam problemas secundários a serem resolvidos.

2) A formação universitária pouco desenvolvida na matéria é uma realidade incontestável. Mesmo nas faculdades de Direito e Economia pouco se estuda sobre antitruste. Em muitos casos, a disciplina nem mesmo consta dos currículos dos cursos oferecidos.

3) A flagrante resistência dos juristas em conhecer e interessar-se por Economia. Para a maior parte deles, o estudo do Direito basta para a resolução de conflitos jurídicos.

4) A tradição positivista sedimentada, que repele tudo o que for meta-jurídico e que possa, dentro dessa concepção, afastar o Direito de si mesmo. Para a resolução de conflitos jurídicos, dentro dessa ótica, é indispensável que se conheça os termos da legislação aplicável, tão-somente.

6 - Conclusão

Vive-se o momento, no Brasil, de oportunidade de amadurecimento das instituições e institutos econômicos. Vive-se um momento de construção e sedimentação de um valor, a liberdade de concorrência, declarado constitucionalmente um dos princípios informadores da atividade econômica. Esse contexto requer dos entes que compõem a estrutura institucional brasileira de defesa da concorrência uma atuação eficiente e eficaz e que seja assim reconhecida.

Uma política econômica de defesa da concorrência consistente e bem encaminhada pode se tornar um instrumento eficaz para se atingir finalidades desenvolvimentistas. Mas, para isso, é importante que se administre adequadamente as fragilidades do sistema atual de implementação dessa política.

A atuação firme e séria dos entes responsáveis pela defesa da concorrência no Brasil, no âmbito administrativo, estará gravemente comprometida se o Poder Judiciário se recusar a atuar em conformidade com o papel ativo que lhe é assegurado. De nada adianta um trabalho consistente e minucioso desenvolvido pelos entes administrativos de defesa da concorrência se as decisões proferidas pelo CADE não forem

adequadamente revistas pelo Poder Judiciário. A atuação judicial em Direito da Concorrência requer, nessa ótica, uma postura atenta dos magistrados, aliada à preocupação de contribuir para o aprimoramento da matéria.

O controle judicial das decisões administrativas proferidas em defesa da concorrência deve ser *adequado*. Controle adequado seria, nesse caso, aquele em que o juiz estivesse atento às peculiaridades da questão concorrencial, em que procurasse considerar as implicações econômicas de sua decisão, buscasse se informar sobre elas e as levasse em consideração para verificar quais seriam os possíveis reflexos de sua decisão no mercado.

Controle inadequado e, portanto, inconcebível, seria aquele em que o magistrado substituisse os diversos estudos, pareceres, dados econômicos constantes da decisão administrativa por uma decisão judicial sem uma fundamentação consistente, sem um exame minucioso das circunstâncias econômicas envolvidas ou presa a argumentos formais.

É exatamente esta a principal contribuição que se pretende deixar com esse trabalho. A consolidação da defesa da concorrência no Brasil passa, inevitavelmente, pela atuação do Poder Judiciário, o que requer, por parte desse, uma correta compreensão do significado de sua participação. Se a aplicação das normas de Direito Econômico (especialmente as de Direito Concorrencial) deve, acredita-se, contribuir para a promoção do desenvolvimento econômico nacional, sua interpretação adequada pelo Poder Judiciário pode significar, em última análise, até mesmo um importante impulso para a consecução desse fim.

Brasília, Brazil, 17 de abril de 2005.

7 – Bibliografia

ALAS, Leopoldo Tolivar. *Derecho administrativo y poder judicial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

ALPA, Guido. *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*. Trad. João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1997.

- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Funções essenciais à Justiça: a Jurisdição e a cidadania na Constituição Federal de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.138, ano 35, p.127-138, abr./jun. 1998.
- CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Direito económico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. O perfil do CADE na legislação antitruste. *Revista de Direito Económico*, Brasília, n.24, p.79-93, jul./dez. 1996.
- CHENOT, Bernard. Droit public économique. In: *Dictionnaire des Sciences Économiques*. Dir. Jean Romeuf. Paris: P.U.F, 1958.
- CHENOT, Bernard. *Organisation économique de l'état*. Paris: Librairie Dalloz, 1965.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The journal of Law & Economics*, v.III, p.1-44, oct. 1960.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *A defesa da livre concorrência na constituição de 1988*. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, n.184, ano 47, p.5-18, jul./dez.1994.
- COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and economics*. 2.nd. Reading, Massachusetts: Addison-Wesley, 1996.
- CORRALES, Carlos Floriano. *Derecho y economía: una aproximación al análisis económico del derecho*. Cáceres: Universidad de Extremadura, 1998.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Do direito antitruste*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1990. (Dissertação, Mestrado em Direito).
- DALLARI, Dalmo. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administracion*. 4.ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*. Madrid: Ediciones Civitas, 1974.
- JACQUEMIN, Alex, SCHRANS, Guy. Éléments structurels d'une magistrature économique. *Revue Trimestrelle de Droit Commercial*, Paris, n.3, p.421-434, juillet-septembre 1977.
- JACQUEMIN, Alex, SCHRANS, Guy. *Le droit économique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1974.
- JOBIM, Nelson Azevedo. *Prefácio à Lei de Defesa da concorrência: Lei n. 8884, de 10-06-94*. Org. e Sup. Aurélio Wander Bastos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Direito Econômico, 1996.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LÓPEZ, Juan Torres. *Análisis económico del derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, 1978.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *De l'esprit des lois: defense de l'esprit des lois*. Paris: Ernest Flammarion, 1926.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PACHECO, Pedro Mercado. *El analisis economico del derecho*. Una reconstruccion teorica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- PINDYCK, Robert S., RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 4.ed. São Paulo: Makron Books, 1999.
- POLINSKY, A Mitchel. *Introducción al análisis económico del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1983.

- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. Fourth Edition. Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1992.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1998.
- POSNER, Richard A. Some uses and abuses of economics in law. *University of Chicago Review*, Chicago, v.46, number 2, p.281-315, winter 1979.
- POSNER, Richard A. The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987. *Harvard Law Review*, v.100, p.761-780, 1987.
- POSNER, Richard A. What do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does). *Supreme Court Economic Review*. George Mason University Press, Fairfax, Virginia, v.3, p.1-41, 1993.
- SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- SESIN, Domingo Juan. *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994.
- SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico*. Direito e experiência antitruste no Brasil e nos Estados Unidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico. O direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.
- VILLAR Y ROMERO, José Maria. 2.ed. *Derecho procesal administrativo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948.
- VILLEY, Michel. *Filosofia do direito - definições e fins do direito*. São Paulo: Editora Atlas, 1977.