



A CONSTITUIÇÃO DE 1.988 E A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM
ECONÔMICA: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE

(*) Clayton Vinicius Pegoraro de Araujo¹

RESUMO:

O termo ordem advém da própria Constituição Federal de 1.988 que, em última análise, encontra arrimo no próprio sistema jurídico como fundamento de validade para todas as demais normas jurídicas.

Assim, pode-se definir a ordem jurídica como um conjunto de regras e princípios jurídicos que compreenderiam uma esfera de várias naturezas: pública, privada, social e, por fim, econômica. Ou seja, de acordo com esse entendimento, a ordem econômica seria uma parcela da ordem jurídica e, portanto, aquela estaria inserida, com afirmação da possibilidade lógica de se distinguirem as normas jurídicas de conteúdo econômico de todas as demais.

A expressão “ordem econômica” pode ter sentidos diferentes. Em primeiro lugar, a ordem econômica pode ser entendida como um modo de ser da estrutura de certa economia concreta, sendo, portanto, aqui um conceito de fato, e não de norma ou valor reguladores de relações sociais. De outro lado, pode-se depreender que ordem econômica é o conjunto de todas as normas – regras de conduta –, qualquer que seja a sua natureza, que incidam sobre a regulação dos sujeitos econômicos, sendo, pois, o sistema normativo da ação econômica, com um sentido sociológico.

Todo capítulo que trata da ordem econômica num texto constitucional ou legal de uma dada nação imediatamente será associado ao sentido jurídico que se espera como balizador de condutas sociais. No próprio texto jurídico, no entanto, a expressão “ordem econômica” poderá ser empregada com sentido diverso. Exemplo disso é o artigo 170 da nossa Constituição Federal de 1.988, quando estabelece que a “*ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]*”. Aqui o legislador constituinte referiu-se à ordem econômica como sendo o modo de ser da economia brasileira, a articulação do poder econômico como fato entre os cidadãos e as relações econômicas.

¹ Advogado, Doutor em Direito das Relações Econômicas Internacionais Mestre em Direito (área de concentração em Direito Internacional), Especialista em Direito Público, Professor do Programa de Mestrado Profissional em Economia e Mercados da Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP e Professor Titular na USCS - Universidade Municipal de São Caetano do Sul/SP.

Em seguida, quando são elencados os princípios gerais da ordem econômica, a palavra já muda de sentido. Isso significa que aqueles princípios deverão estar inseridos no mundo jurídico nacional, ou seja, em nossa ordem jurídica. Ainda com relação à primeira parte do texto constitucional, à qual se atribui o sentido das relações ou da atividade econômica, poderia ser atribuído também o sentido das regras de conduta, sem necessariamente incluir só o campo jurídico, mas todos os demais campos sociais, ou seja, teria sentido normativo no que diz respeito à regulação comportamental dos sujeitos econômicos e o balizamento das condutas de mercado.

Em retrospecto legislativo sobre o tema da intervenção na ordem econômica, muito antes do texto constitucional de 1.988, foi editada a Lei 4.137/62, cujo objetivo era o de estabelecer a repressão ao abuso do poder econômico. Na mesma ocasião foi criado o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) – diferente da CADE criada pelo Decreto-lei 7.666/45 –, com competência para aplicar a lei, investigar e reprimir os abusos do poder econômico que porventura fossem efetuados por empresas no Brasil.

Posteriormente, outras leis entraram em vigor e, finalmente, no ano de 2.011, a grande última reforma legislativa, trouxe novos contornos para a atuação do CADE no Brasil e conseqüente mudança na forma de repressão às condutas prejudiciais ao mercado e à livre concorrência.

Palavras-chave: Constituição Federal; Concorrência; Livre Iniciativa; CADE

I. A terminologia ordem na Constituição Federal

Como se pode perceber, o termo “ordem”, no sentido aqui colocado, seria uma contraposição à palavra “desordem”, mas, analisando juridicamente, a desordem não pode existir, pois esta nada mais é que uma ordem não adotada ou repelida por uma determinada sociedade. Assim, a ordem seria apenas uma escolha de determinada comunidade pela manutenção de situações já instaladas e de suas estruturas.

Essa questão de ordem advém da própria Constituição Federal, que, nas palavras de Guimarães (2003, p. 32), “encontra-se no ápice do sistema jurídico como fundamento último de validade para todas as demais normas jurídicas. O texto constitucional, como sistema, não admite contradições entre suas normas, pois tal ocorrência resultaria na sua destruição”.

Assim, pode-se definir a ordem jurídica como um conjunto de regras e princípios jurídicos que compreenderiam uma esfera de várias naturezas: pública, privada, social e, por fim, econômica. Ou seja, de acordo com esse entendimento, a ordem econômica seria uma parcela da ordem jurídica e, portanto, aquela estaria inserida nesta (GRAU, 2000, p. 49-54). Nesse sentido, Comparato (1990, p. 263) afirma que “a ideia de ordem econômica (*Wirtschaftsordnung*) pressupõe a possibilidade lógica de se distinguirem as normas jurídicas de conteúdo econômico de todas as demais”.

A expressão “ordem econômica” pode ter sentidos diferentes. Em primeiro lugar, a ordem econômica pode ser entendida como o modo de ser (GRAU, 2000, p. 58-59) empírico de certa economia concreta, sendo, portanto, aqui um conceito de fato, e não de norma ou valor reguladores de relações sociais, ligado a fenômenos econômicos e materiais concretamente. De outro lado, pode-se depreender que ordem econômica é o conjunto de todas as normas – regras de conduta –, qualquer que seja a sua natureza (jurídica, meramente econômica, religiosa, moral etc.), que incidam sobre a regulação dos sujeitos econômicos, sendo, pois, o sistema normativo da ação econômica, com um sentido sociológico. E, finalmente, a ordem econômica pode ser considerada como conjunto das relações econômicas, aqui não no sentido do ser, mas do dever-ser (GRAU, 2000, p. 60).

Todo capítulo que trata da ordem econômica num texto constitucional ou legal de uma dada nação imediatamente será associado ao mundo do dever-ser, portanto será atribuído a ele o sentido jurídico (GRAU, 2000, p. 56). No próprio texto jurídico, no

entanto, a expressão “ordem econômica” poderá ser empregada com sentido diverso. Exemplo disso é o artigo 170 da nossa Constituição Federal de 1988, quando estabelece que a “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”. Aqui o legislador constituinte referiu-se à ordem econômica como sendo o modo de ser da economia brasileira, a articulação do poder econômico como fato entre os cidadãos e as relações econômicas (GRAU, 2000, p. 57).

Em seguida, quando são elencados os princípios gerais da ordem econômica, a palavra já muda de sentido e volta-se para o mundo do dever-ser. Isso significa que aqueles princípios deverão estar inseridos no mundo jurídico nacional, ou seja, em nossa ordem jurídica. Ainda com relação à primeira parte do texto constitucional, à qual se atribui o sentido das relações ou da atividade econômica, poderia ser atribuído também o sentido das regras de conduta, sem necessariamente incluir só o campo jurídico, mas todos os demais campos sociais, ou seja, teria sentido normativo no que diz respeito à regulação comportamental dos sujeitos econômicos (GRAU, 2000, p. 62).

Com relação à noção de princípios adotada neste trabalho e, para melhor elucidação da questão, trazemos a definição dada por Guimarães (2003, p. 85):

No sentido jurídico, princípios são aquelas ideias fundamentais que orientam a atuação de todas as outras normas jurídicas presentes no sistema, constituindo-se na base do Direito. [...]

Os princípios jurídicos dizem respeito ao ponto de partida de toda e qualquer interpretação, permitindo melhor compreensão do sistema jurídico. Um princípio está sempre se relacionando com os demais princípios, cabendo ao intérprete identificá-los e hierarquizá-los. [...]

Qual será o significado da expressão “ordem econômica” na ementa da Lei nº 8.884/1994, ou melhor, que ordem econômica se pretende preservar a partir de normas de defesa da concorrência? Parece mais aceitável entender que a expressão nesse caso tem o sentido de ordem econômica do “ser”, pois na lei em comento é tratada a questão da defesa da concorrência no campo de atuação das empresas e dos negócios que estas geram relativamente às regras de mercado, da livre iniciativa e da livre concorrência.

A ordem econômica adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições não socialistas passaram a discipliná-la de modo sistêmico, como no caso da Espanha em 1978. Referido diploma surgiu com base na Constituição alemã, conhecida como Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, quando teve início a fixação do modelo hoje conhecido, pois essa constituição já apresentava uma seção intitulada “Da vida econômica”, na qual se encontravam as grandes linhas de uma regulação sistemática da economia e de uma constituição econômica (FERREIRA FILHO, 1990, p. 4).

No Brasil, o conceito de ordem econômica surgiu com a Constituição de 1934, que foi a primeira a designar princípios e normas sobre esse tema, sob a influência da Constituição germânica. Mesmo assim, desde a Constituição brasileira de 1934 até a de

1967, inclusive com a Emenda nº 1, de 1969, empregava-se a expressão “ordem econômica e social”. A Constituição de 1937, porém, mencionava apenas “ordem econômica”. Assim, todas as Constituições brasileiras anteriores à atual que trataram do assunto o fizeram de modo unificado a outro conceito: o da ordem social (SOUZA, 1989, p. 119-122).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi feita referência a duas ordens “distintas”: uma econômica e outra social. Tal fato não se coaduna com a realidade. Deve ser considerado que a forma como essas expressões têm sido introduzidas nos textos constitucionais produz outro equívoco semântico, levando à interpretação de que a produção de bens é econômica e a repartição de bens é social. Produção e repartição de bens, porém nada têm a ver diretamente com o aspecto social, já que ambas são parte do mesmo conjunto de fatos, quais sejam, os econômicos (GRAU, 2000, p. 59-60).

Assim, pretendeu-se impor condicionamentos à atividade econômica, de modo a criar uma ordem econômica que é uma parcela da ordem jurídica. Surge, assim, o direito econômico, que faz com que a atividade econômica atenda a determinados princípios e regras (GRAU, 2000, p. 62-63), correspondendo à postura constitucional pós-liberal de imposição de objetivos públicos, aos quais devem submeter-se tanto as pessoas privadas quanto o poder público (COMPARATO, 1990, p. 264).

É nessa perspectiva que devem ser analisadas e compreendidas as limitações impostas pelas normas de defesa da concorrência à livre iniciativa de os agentes econômicos disporem dos seus bens, expressas no controle de atos de concentração de empresas.

Outro ponto importante nesse cenário é a possibilidade de que se possam adotar medidas de salvaguarda dos mercados internos, conforme preleciona Costa Júnior (2008, p. 47):

[...] No que tange aos processos de defesa comercial, o instituto da salvaguarda visa à proteção para indústrias nacionais contra surtos imprevisíveis de importações, permitindo, para tal, que o Estado alvejado pela alta acentuada de importações aumente os direitos aduaneiros ou as restrições quantitativas. Ora, um surto de importações só pode ocorrer por três variáveis: forte valorização da taxa de câmbio do Estado importador; queda vigorosa do preço internacional do produto importado, em razão de aumento de competitividade e melhoria tecnológica da produção; ou por quedas em barreiras protecionistas. Visto assim, é possível explicar, tendo como moldura a questão das salvaguardas, por que o Brasil dissociou-se dos líderes do G-20, como Índia e China, e aquiesceu em torno de um acordo comercial com os Estados Unidos, União Europeia e Japão.

II. Constitucionalismo, ordem jurídica e a ordem econômica

No ordenamento jurídico brasileiro, a ordem econômica está disciplinada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no título VII do artigo 170, que dispõe: “A ordem econômica fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”.

A expressão ordem econômica “exterioriza a Ordem Jurídico-Político-Econômica do Estado, demonstrando a harmonia entre os princípios econômicos e as correspondentes normas jurídicas e traduzindo a ideologia adotada” (SOUZA, 2005, p. 190).

No que tange à interpretação das normas constitucionais referentes à ordem econômica: deve-se utilizar o “princípio da economicidade” para harmonizar dispositivos ideológicos originariamente passíveis de contradição, mas que, adotados e admitidos pelo constituinte, passam a ter convivência indiscutível. O termo “economicidade”, segundo o autor, é adotado como a medida do “econômico” segundo a “linha de maior vantagem na busca da justiça”. Assim sendo, conclui que a “economicidade”, no sentido funcional, é tratada como instrumento hermenêutico pelo qual a flexibilidade, a maleabilidade, a revisibilidade, a mobilidade das opções se impõem ao Direito moderno (SOUZA, 2005, p. 34-36).

III. Fundamentos da ordem econômica no Brasil

Os fundamentos da ordem econômica expressam a sua base e encontram-se no *caput* do artigo 170, título VII – Da ordem econômica e financeira, da Constituição de 1988. São eles: a valorização social do trabalho e a livre iniciativa. Esta se relaciona com o parágrafo único, que diz que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica [...]”, e com o artigo 174, pelo caráter subsidiário e indicativo do planejamento estatal para o negócio privado (GRAU, 2000, p. 57).

Esses fundamentos demonstram a tentativa de harmonização dos ideais capitalistas e sociais. Sendo assim, sua interpretação deve ser feita sob o paradigma do “Estado Democrático de Direito”, conforme dispõe o *caput* do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, de forma a atingir o equilíbrio de interesses historicamente conflitantes – capital/trabalho – e, especialmente, a dignidade da pessoa humana (GRAU, 2000, p. 58-59).

De acordo com o próprio texto constitucional, esses fundamentos desdobram-se em nove princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país.

O artigo 173 da Constituição Federal trata das hipóteses nas quais o Estado deve atuar para a exploração direta das atividades econômicas, mormente quando houver questão de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, segundo definição legal.

Finalmente, o artigo 174 da Constituição de 1988 rege o papel do Estado como regulador da atividade econômica, com as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esta última determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (GRAU, 2000, p. 97-98).

Os artigos da Lei Maior mencionados fazem parte de um planejamento econômico para o país, segundo a lição de Moncada (1985, p. 12), que, ao tratar do tema, afirma:

A planificação deve ser encarada, antes de mais nada, como um instrumento de educação e progresso, em ordem à “organização e direção de uma sociedade moderna”, visando a otimização dos recursos existentes através de uma adequada conformação dos sectores público e privado da economia [...].

IV. Retrospectiva constitucional brasileira e a ordem econômica

Embora as questões econômicas somente tenham efetivamente ganhado atenção com o advento da Constituição de 1934, outras constituições merecem abordagem, como a do Império (1824), que se baseou “na Constituição francesa de 1814, da qual seguiu inúmeros passos” (TAVARES, 2003, p. 107). As garantias de uma ordem econômica mínima eram asseguradas pelo artigo 179 do referido diploma legal, pois havia uma

grande preocupação do Império com as taxas e tarifas alfandegárias, que eram responsáveis por movimentar, de certo modo, a economia existente naquela época. Nos termos de referido artigo, ficava estabelecido que:

XXXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização.

E mais adiante:

XXXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará um ressarcimento da perda, que hajam de sofrer pela utilização.

Após esse período, passa a existir a primeira Constituição da República (1891), quando fica instituído de forma clara o livre exercício profissional e industrial. Nessa mesma época o Brasil começa a tomar medidas intervencionistas, uma vez que naquela fase havia uma base solidificada no que se poderia chamar de uma economia de guerra (GRAU, 1978, p. 52).

Na Constituição de 1891, artigo 72, parágrafo 24, asseverava-se que: “É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial”.

Cabe esclarecer que há uma ampliação considerável das funções da União Federal representando uma maior soma de poderes para o Estado, o qual, como dito anteriormente, torna-se mais intervencionista.

Nesse quadro evolutivo que se apresenta, destaca-se de igual forma a Constituição brasileira de 1934, a partir da qual o Estado que se forma é sobremaneira impulsionado pelo intervencionismo do governo do presidente Getúlio Vargas. Essa Constituição, nos artigos 115 a 143, foi a primeira a instituir expressamente uma ordem econômica. As constituições anteriores somente mencionavam vagamente alguns tópicos que lembravam uma intervenção na economia (SOUZA, 1989, p. 121). O artigo 115 informava que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica”.

A Carta de 1934 reconhecia os direitos dos trabalhadores, sem abandonar a iniciativa privada como princípio. Sob um aspecto liberal, deve ser destacado que nesse período da história brasileira foram criados os códigos de caça e pesca e de minas e águas, instrumentos legais que regulamentaram algumas profissões e ofícios.

A Constituição brasileira de 1937 dedicou inúmeros artigos ao tema da ordem econômica. Por ocasião do estabelecimento de um regime ditatorial no Brasil, este foi o período fértil em leis constitucionais, que não devem ser confundidas com decretos-leis. Essas legislações devem ser consideradas fontes (efetivas) das normas econômicas que

então vigorariam (SOUZA, 1989, p. 122). O nacionalismo e a tendência de concentração de poderes já se evidenciavam no próprio texto constitucional.

O artigo 135 da Carta de 1937 dispunha:

Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção [...].

E o artigo 140 estabelecia:

A economia da produção será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas de Poder Público.

A disciplina da matéria econômica foi consolidada na Constituição de 1946, no título V. Essa Constituição reagiu “contra as formas liberais que excluem o intervencionismo e caracterizam nitidamente a posição do Estado em face dos excessos da concentração capitalista, ao mesmo tempo que subordinava o exercício dos direitos individuais ao interesse coletivo, como que a limitar o Direito de cada um pelo Direito dos outros que participam da vida social” (TAVARES, 2003, p. 118).

Rezava o artigo 145 da Constituição de 1946: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

A Constituição de 1967, embora não tenha sido submetida a uma assembleia constituinte pela nação, pois foi elaborada por uma comissão de juristas, destinava-se a devolver ao país a normalidade em congruência com o movimento revolucionário de 1964. Essa Constituição, com as alterações que lhe foram feitas pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, serviu de base para um amplo intervencionismo, com a reintrodução do autoritarismo e a consagração dos atos institucionais (NUSDEO, 1987, p. 13).

A Constituição de 1967, no artigo 157, em sua redação original, continha o seguinte:

A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade da pessoa humana;

III - função da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;

V - desenvolvimento econômico;

VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, referido artigo passou a vigorar com a seguinte redação:

A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros;

VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.

Com relação ao intervencionismo estatal na América Latina, bem nos explica Londoño (2008, p. 254), com uma síntese de seus estudos sobre o fenômeno da legislação concorrencial e seus efeitos no desenvolvimento da América Latina nos anos 1990:

[...] Los países de América Latina han vivido desde la década de los noventa un constante cambio en sus economías, pasando de un modelo de intervención a uno de libre mercado. Sin embargo, es oportuno reconocer que algunos países, como es el caso de la República Bolivariana de Venezuela y con ella en menor grado, Bolivia, Ecuador, Brasil y Uruguay principalmente, tienen visiones que pretenden mediar de forma más profunda entre aquellos Estados minimalistas producto de las aperturas comerciales y unos Estados más intervencionistas y con sectores de nuevo estatizados.

Las consideraciones de esta polémica no dejan de ser interesantes, pues como ha sido reconocido, el crecimiento económico de la región en la década de los noventa superó de forma importante lo realizado en los años ochenta, pero su margen fue inferior al de los años cincuenta a setenta. En todo

caso, este análisis sería muy pertinente para una proyección de objetivos sociales a través de políticas de libre competencia, que en estos momentos no nos ocupa, pero que es ineludible dejar planteado.

V. A ordem econômica constitucional formada a partir de 1988

A ordem econômica, para alcançar seu objetivo de desenvolvimento nacional e justiça social, deve ter como base os seguintes princípios, de acordo com a Constituição de 1988:

I – *Soberania nacional*: Este primeiro princípio já encontra reprodução no artigo 1º da Carta Política de 1988. Segundo definição de Michel Temer, “soberania é fenômeno ligado à ideia de ‘poder’, de autoridade suprema. Funciona como unificadora da ordem” (TEMER, 1997, p. 60). Num primeiro momento, é possível verificar de um lado os países em desenvolvimento e de outro os países desenvolvidos, ficando evidente que isso não ocorre. Segundo Tavares (2003, p. 148), a soberania “[...] não se verifica na prática, principalmente, em virtude da dimensão que hoje assume o mundo perante o processo de globalização, que impõe novos limites [...]”. Desse modo, conclui-se que não pode haver submissão entre os Estados – e este é um dos escopos do direito econômico –, do contrário o direito perderia sua característica de transformador da realidade econômica.

É relevante destacar que a aplicação extraterritorial da lei não afeta o princípio da soberania nacional, pois é justamente por um Estado ser soberano que ele poderá, quando necessário, fazer uso dos meios legais para impedir prejuízos aos seus nacionais ou à sua economia.

II – *Propriedade privada*: Na harmonização dos interesses, ante enorme desigualdade social e os fins da ordem econômica, há de se regular o direito de propriedade, não obstante o direito à propriedade e toda sua plenitude: “usar, gozar e dispor das coisas dentro de sua função social, desde que não faça delas uso proibido [...]”. (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS, 1994).

III – *Função social da propriedade*: A função social da propriedade ou, ainda, da terra está ligada ao modo como esta é utilizada, ou seja, a propriedade é urbana quando atende às exigências “fundamentais de organização da cidade expressas no plano diretor; rural quando atende, simultaneamente, aos critérios legais de aproveitamento racional e adequado [...]” (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS, 1994).

IV – *Livre concorrência*: Segundo a *Nueva Enciclopedia Jurídica* (1974, p. 484):

El concepto de libre competencia no es propiamente jurídico, sino económico, sin perjuicio de el mismo halle su reflejo en los ordenamientos legales, al constituir un objetivo que el legislador tenderá en cuenta si es él que se inspira, en mayor o menor grado, la estructuración de economía del país.

Relativamente a essa influência que se verifica pela livre concorrência dentro do sistema jurídico, é forçoso reconhecer que a lei deve assegurar a todos os agentes econômicos o adequado exercício de sua atividade. Visto o “papel primordial que é atribuído pela Constituição ao princípio de livre concorrência (princípio instrumental necessário para a realização das finalidades da ordem econômica)” (COSTA, 1998, p.

16), conclui-se que é garantida a possibilidade de conquistar clientela e que esta deve ser igualmente livre para entrar no mercado e fazer suas escolhas, bem como deve ser mantida a possibilidade de entrada de novos concorrentes e respeitadas as regras impostas pela legislação vigente. No tocante à legislação vigente sobre o tema em comento, no Brasil, com o advento da Lei nº 8.884, de 1994, restaram impedidos os atos restritivos ou danosos à concorrência.

V – *Defesa do consumidor*: Atualmente, verificam-se eficientes formas de manipulação utilizadas pelos fornecedores de produtos ou serviços em detrimento dos consumidores e a sua atuação. A fim de garantir a tutela necessária àqueles que são, de acordo com a própria legislação, hipossuficientes, foi editada a Lei nº 8.078, de 1990, que reconhece expressamente tal qualidade, conforme indicado no inciso I do artigo 4º.

VI – *Defesa do meio ambiente*: Partindo-se da premissa de que os recursos naturais são finitos e indispensáveis para a sobrevivência das espécies, anseia o direito econômico que o meio ambiente seja preservado e tenha seu uso racionalizado. Desse modo, conforme a lição de Machado (2002, p. 47):

Os bens que integram o meio ambiente planetário, como água, ar e solo, devem satisfazer as necessidades comuns de todos os habitantes da Terra. As necessidades comuns dos seres humanos podem passar tanto pelo uso como pelo não uso do meio ambiente. Desde que utilizável o meio ambiente, adequado pensar-se em um meio ambiente como “bem de uso comum do povo”.

Esse “bem de uso comum do povo”, portanto, poderá sofrer restrições pela intervenção do Estado, como as fiscalizações efetuadas pelo IBAMA, a realização de Estudo de Impacto Ambiental (EIA), a criação de Áreas de Preservação Ambiental (APA), entre outras medidas que venham a interferir no setor econômico.

VII – *Redução das desigualdades regionais e sociais*: O Brasil é um país de dimensões continentais e enorme diversidade cultural. Sobre o conteúdo desse princípio, segundo Tavares (2003, p. 213), “impõe que o desenvolvimento econômico e as estruturas normativas (liberais) criadas para fundamentar o crescimento econômico devam estar voltadas também à redução das desigualdades em todas regiões do país, bem como ao desenvolvimento social”. Fica expressa preocupação quanto à redução das desigualdades sociais por meio do respeito às características de cada localidade ou região.

Verifica-se, assim, a relevância da desconcentração e da democratização das decisões, com a efetiva presença de políticas públicas dentro dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, além da participação da sociedade civil na consecução desse princípio.

VIII – *Busca do pleno emprego*: Representa a utilização de toda, ou da maior parte da força de trabalho disponível, garantindo oportunidade de trabalho a todos em condições de exercê-lo. Segundo Tavares (2003, p. 218), “não se pode ter como significado a diminuição imediata dos índices de desemprego ou a inclusão empregatícia de todos os cidadãos”. Tome-se como exemplo o *New Deal*, ocorrido durante o governo de Franklin Roosevelt, no princípio de 1933, nos Estados Unidos, que passavam por um

período considerado o mais crítico de sua história econômica. Conforme preleciona Nicz (1981, p. 44):

[...] as disposições econômicas eram aprovadas rapidamente e afetaram todos os setores de produção da Nação. [...] Com uma política econômica intervencionista procedeu, entre outros, à elevação salarial com a fixação de um salário mínimo, reduziu as horas de trabalho, estipulando a respectiva jornada máxima e incentivou a alta de preços.

Assim sendo, fica a sugestão para que os legisladores pensem e coloquem em prática soluções como a revisão sistemática do modo de tributação e dos encargos sociais relativos ao trabalho, como uma das formas de elevar o número de postos de trabalho no Brasil.

IX – Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país: A nova ordem econômica mundial e a conseqüente abertura econômica do Brasil levaram à alteração da redação original desse princípio pela Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995. Com essa modificação, o tratamento favorecido, que antes alcançava apenas as empresas de capital nacional e de pequeno porte, estendeu-se, tendo como únicos pressupostos a administração e a constituição sob as leis brasileiras. Conforme ensinamento de Tavares (2003, p. 222):

O tratamento favorecido para esse conjunto de empresas revela, contudo, a necessidade de se proteger os organismos que possuem menores condições de competitividade em relação às grandes empresas e conglomerados, para que desta forma efetivamente ocorra a liberdade de concorrência (e de iniciativa).

VI. A atuação do CADE no Brasil

Uma política de concorrência eficaz exige uma aplicação eficaz e eficiente do direito da concorrência, bem como da política de concorrência e na forma como as autoridades da concorrência atuam. Os processos e análise econômica são a chave para uma política de concorrência efetiva.

Os bons processos são essenciais: um processo justo, previsível e transparente reforça a legitimidade das ações de uma autoridade de concorrência. Seja qual for o quadro legal, consistência, previsibilidade e equidade nos processos de tomada de decisão, pode ser promovida pela transparência sobre padrões legais, políticas, práticas e procedimentos da agência, bem como o processo de revisão judicial.

Uma boa análise econômica também é necessária. Qualquer avaliação da concorrência, seja realizada para aplicação da lei ou propósitos políticos mais amplos, exigirá uma sólida compreensão dos princípios econômicos, e com base em uma análise cuidadosa das evidências, possivelmente incluindo técnicas estatísticas e outras para

análise de dados. Esta análise da concorrência precisa estar preparada para considerar e usar técnicas econométricas sofisticadas ou outras, quando necessário, ou para responder a evidências desse tipo apresentadas pelas partes interessadas.

Os responsáveis públicos são investidos de poderes especiais e usam procedimentos especiais para investigar uma violação concorrencial. As decisões das autoridades antitruste estão sujeitas a revisão judicial. Assim, o processo pode ser amplamente dividido em duas etapas: detecção e intervenção. Dentro o estágio de detecção, a tarefa básica para uma autoridade antitruste é separar formas de suspeitas conduta de condutas comerciais pro competitivas.

A análise caso a caso de negócios suspeitos, confere à autoridade antitruste uma quantidade considerável de discricionariedade administrativa. A autoridade antitruste pode ter que decidir - se não for determinado pelas respectivas disposições legais - quando usar uma determinada estratégia de controle, antes da real ocorrência da infração (*ex ante*) ou após a ocorrência de uma infração (*ex post*). Do ponto de vista de uma autoridade antitruste, podem existir três tipos de intervenção disponíveis: multas, controles de condutas e controles estruturais.

Para Bagnolli (2017, p. 339) “A Lei de Concorrência não define o que é um ato de concentração, apenas apresenta situações em que tais atos ocorrem”. Mais adiante, alerta para o modo de aplicação da lei concorrencial “ Trata-se, portanto, de uma isenção de aplicação da Lei de Concorrência, não para um setor da atividade econômica, mas para uma situação específica (...)”.

A escolha da intervenção adequada depende de vários fatores (econômicos ou jurídicos). Se uma abordagem *ex ante* for aplicada, as aplicações de multas são, geralmente, inadequadas, pois, por definição - ainda não ocorreu efeito anticoncorrencial (prejudicial) que justifique tal um procedimento. Os controles de condutas e estruturais, no entanto, podem muito bem ser considerados como ferramentas *ex ante* adequadas, por exemplo, se for provável que futuras estruturas de mercado sejam mais vulneráveis a formas de comportamento anticompetitivo.

Não se trata de uma simples tarefa de cunho binário (punir ou não punir). Neste sentido é a avaliação contida no texto de Roesler e Silva (2104, p. 35), ao comentarem analisarem a decisão do CADE sobre o cartel de combustível em Blumenau/SC, concluem: “Ao descartar a hipótese de investigação, o CADE cria uma expectativa, razoavelmente fundada, de que apenas em situações muito específicas seria justificável uma investigação”. Seria este o papel do CADE? Mero investigador? Ao analisar estas e outras atuações, pretendeu o CADE a configuração, não obtida, da formação de um cartel com todas as evidências possíveis. Nem sempre o mercado age desta forma, ou seja, a configurar, de modo espontâneo, sus intenção anticompetitivas.

Já uma abordagem de intervenção *ex post* pode ser considerada a partir da imposição de multas, bem como de controles de condutas e até intervenções estruturais, como desinvestimentos e vendas e ativos.

Como uma crítica ao modelo posto e um contraponto à forma de atuação estatal, Freitas (2016, p. 46/47), tece o seguinte comentário em sua obra, como sustentáculo de um modelo de intervenção, com base na análise de países como Taiwan e Coreia do Sul “Além dessa bem-sucedida experiência asiática, a crise do mercado financeiro e a falha deste em estimular o desenvolvimento dos países latino-americanos engrossaram o coro dos que criticavam a completa autonomia dos mercados. Tais situações teriam evidenciado a incapacidade do mercado para criar, sozinho, as condições ao seu próprio sucesso”.

Neste sentido, não se pode olvidar que a atuação do CADE deve ser observada com a devida atenção por aqueles que estudam os órgãos de defesa da concorrência, não só no Brasil, como de modo global.

VII. Considerações Finais

O principal objetivo da aplicação pública da defesa da concorrência contra limites da atuação empresarial (em última análise) é geralmente visto como a criação de um impedimento. A discussão fica restrita ao modo de execução, simplesmente porque as alternativas, como a prevenção (por exemplo, mudanças no ambiente competitivo) ou estimulação por compromisso moral (por exemplo, configuração padrão), poderia, em tese, ser capaz de agregar valor como estratégias adicionais para alcançar a conformidade das ações competitivas.

É fato que as autoridades antitruste são projetadas para atuar diante interesse público, embora as preocupações com a captura das autoridades tenham sido emitidas em situações de análise por estudiosos do mundo todo.

Assim, no caso das operações de concentração e verificação de estruturas empresariais, podemos, inclusive, observar que é legítima a atuação das autoridades antitruste fora do território nacional, por conta dos efeitos apresentados em solo pátrio.

Finalmente, com relação à atuação do CADE, após a reforma legislativa ocorrida no ano de 2011, observamos que a atuação eficaz do sistema de defesa da concorrência é essencial para o crescimento econômico baseado na livre iniciativa e no empreendedorismo, ao contrário de uma possível letargia sistêmica, capaz de manter a concorrência com sua eficiência comprometida em razão do excesso de tempo na análise e julgamento das demandas, bem como uma necessária reflexão sobre as eventuais incertezas jurídicas geradas quanto à validade de operações e compromissos submetidos

ao crivo do autoridade concorrencial brasileira.

Referências:

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Dicionário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BAGNOLLI, Vicente. *Direito Econômico e Concorrencial*. 7ª. Edição. São Paulo: RT, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. Ordem econômica na constituição brasileira de 1988. *Revista do Direito Público*. São Paulo: RT, ano 23, n. 93, 1990. p. 263 a 276.

COSTA, Maurício de Moura. O princípio constitucional de livre concorrência. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Defesa da Concorrência*, São Paulo, v. 5, n. 1, 1998.

COSTA JÚNIOR, Carlos Nogueira da. Agenda Doha: o que esteve em jogo na Genebra de 2008. *Revista Meridiano 47 (UnB)*, Brasília, DF, n. 97, p. 39-47, ago. 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FREITAS, Livia. *Certidão de regularidade fiscal e a construção da confiança entre fisco e contribuintes*. Curitiba: Prismas, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1981.

_____. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: RT, 1978.

_____; FORGIONI, Paula A. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 21, 1998.

GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. *Contratos internacionais de seguros*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Tratados internacionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2009.

_____; GUIMARÃES DA SILVA, Geraldo José. *Manual de Direito do Comércio Internacional: contrato de câmbio*. São Paulo: RT, 1996.

GUIMARÃES, Arianna Stagni. *A importância dos princípios jurídicos no processo de interpretação constitucional*. São Paulo: LTR, 2003.

LONDOÑO, Luis Fernando Álvarez. Últimas tendencias en derecho de la competencia en América Latina. *Vniversitas*, Bogotá, n. 115, p. 247-262, enero-junio 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *A problemática jurídica do planeamento económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

NUSDEO, Fábio. A ordem econômica constitucional no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 65, 1987.

ROESLER, Claudia Rosane; SILVA, Pedro Santos Tavares da. *A difícil relação entre o Direito e a Economia à luz da Teoria da Argumentação Jurídica*, in, PINTO, Felipe Chiarello de Souza; MENZES, Daniel Francisco Nagao. (orgs.) *O CADE e a efetividade de suas decisões*. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de constituição econômica. *Revista Forense*, São Paulo, v. 305, 1989.

_____. Poder constituinte e ordem jurídico-econômica. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 28/29 (nova fase), 1985/86.

_____. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. São Paulo: LTr, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.