

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 103 • julho-setembro de 1996

Fundadores

1.ª Fase: WALDEMAR FERREIRA

Fase Atual: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

Supervisor Geral: PROF. WALDÍRIO BULGARELLI

Comitê de Redação: MAURO RODRIGUES PENTEADO, HAROLDO D. VERÇOSA,
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

4.30,00

D

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 103 • julho-setembro de 1996

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

LIVRARIA TRIBUTARIA
Rua Cel. Xavier de Toledo, 210
7o. Andar - Conj. 74 - CEP 01048-000
Fone/Fax: 214-3716

3120.3761
Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Gerente de Marketing: MELISSA CHBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

*Diagramação eletrônica: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA. - Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1
Caixa Postal 678 - Tel. (011) 3115-2433 - Fax (011) 606-3772 - CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil.
Impressão: EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 - CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.*

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

HOMENAGEM <i>POST MORTEM</i> – PHILOMENO J. DA COSTA – CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA	3
--	---

DOCTRINA

A revitalização da arbitragem no Brasil sob um enfoque realista e um espírito diferente – MARISTELLA BASSO	15
Análise do regime jurídico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA	25
→ Desenvolvimento da teoria da empresa – Fim da distinção entre sociedades civis e comerciais – JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA	33
C direito do acionista de participação nos lucros sociais – PEDRO A. BATISTA MARTINS	40
Aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico – Interpretação da Constituição e sugestão de alteração – MAURO GRINBERG	51

ATUALIDADES

Nota sobre a independência dos Bancos Centrais – ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES	59
Dos conceitos de financiamento e pré-financiamento – ARNOLDO WALD	74

MERCOSUL

Circulação de capitais em perspectiva brasileira – Entrada e saída de divisas e moeda nacional – PAULO BORBA CASELLA	79
--	----

TEXTOS CLÁSSICOS

→ Origem do Direito Comercial (Capítulo 1.º do <i>Corso di Diritto Commerciale – Introduzione e Teoria dell' Impresa</i> , 3.ª ed., Milão, A. Giuffrè, 1962, de Tullio Ascarelli), tradução e notas de Fábio Konder Comparato	87
---	----

JURISPRUDÊNCIA

Responsabilidade civil do Estado – Banco Central do Brasil – Falta de cumprimento do serviço de fiscalização em instituição financeira – Inocorrência da responsabilidade – Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	101
---	-----

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO	111
-----------------------------------	-----

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANTÔNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

Professor catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra.

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Associação Henri Capitant; Ex-presidente da Comissão de Valores Mobiliários – CVM – Ex-membro do Conselho Monetário Nacional.

CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA

Advogado em São Paulo; Doutor em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Professor Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

MARISTELLA BASSO

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MAURO GRINBERG

Advogado; Ex-conselheiro do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

PAULO BORBA CASELLA

Doutor e Livre Docente de Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Mestre em Direito do Comércio Internacional (Paris X); Professor Associado de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Sócio de Amaral Gurgel Advogados.

PEDRO A. BATISTA MARTINS

Professor de Direito Comercial nas Faculdades Cândido Mendes e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

ANÁLISE DO REGIME JURÍDICO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

SUMÁRIO: 1. Evolução da disciplina jurídica do CADE – 2. Órgãos encarregados da aplicação do Direito Antitruste, do ângulo do Direito Comparado – 3. Processo administrativo na aplicação do Direito Antitruste – 4. Últimas considerações.

1. Evolução da disciplina jurídica do CADE

Desde logo, é preciso esclarecer que, antes de censurar a atuação do CADE, cabe examinar o regime jurídico em que se encerra o exercício de sua atividade.

A sigla CADE designava, sob o império do Decreto-lei 7.666 de 22.06.1942, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica. Acrescente-se que esse Decreto-lei não teve repercussão prática, uma vez que constituía aparato da ideologia do Governo Vargas cuja queda provocou a revogação do mesmo diploma pelo Dec.-lei 8.162, de 09.11.1945.¹

Apesar da curta vigência do Dec.-lei 7.666, é importante examinar suas prescrições já que esse estatuto, resultante do empenho do então Ministro da Justiça Agamenon Magalhães, lançou as bases da legislação brasileira antitruste. O teor de algumas disposições foi reproduzido nas leis 4.137, de setembro de 1962, 8.158, de 08.01.1991, já revogadas, e a vigente 8.884, de 11.06.1994.

O Dec.-lei 7.666 caracterizava como contrários ao interesse da economia na-

cional os entendimentos, ajustes ou acordos com a finalidade de elevar preços de venda, de restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas e influenciar o mercado para a criação de monopólio; atos de compra e venda de acervo de empresas; atos de aquisição ou detenção de terras; paralisação total ou parcial de empresas; incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas.

A Comissão Administrativa de Defesa Econômica assumia papel relevante na execução da lei. Cumpria-lhe averiguar a configuração de atos contrários aos interesses da economia nacional, notificar as empresas envolvidas, sob pena de intervenção, para cessar as práticas abusivas. Note-se o rigor da disciplina no estabelecimento como sanção, aos atos considerados nocivos ao interesse público, a desapropriação das empresas com pagamento em Títulos do Tesouro, de emissão especial, amortizáveis em 40 anos.

Essa Comissão, encarregada, ademais, da autorização da formação de certas empresas, bem como sua incorporação, transformação e agrupamento e do registro de ajustes e acordos com reflexos no processo de produção de riquezas e de sua circulação, estava subordinada ao Presidente da República e compunha-se

⁽¹⁾ VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 291.

pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores, como presidente, pelo Procurador-Geral da República, pelo Diretor Geral da CADE, por representantes do Ministério do Trabalho e da Fazenda e das classes produtoras, assim como um técnico em Economia e Finanças.

Três aspectos dessa regulação demonstram a sua impopularidade no meio empresarial.² Cuida-se do alcance dos poderes da CADE, abrangendo mesmo as hipóteses de concentração fundiária, bem como da desapropriação de empresas e da composição da CADE gerando insegurança.

Esse primeiro diploma antitruste foi concebido sob a égide da Constituição de 1946 que dispunha no art. 148 que “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

Esse dispositivo constitucional refletia a concepção de liberdade empresarial sem intervenção estatal na economia senão para corrigir anomalias. A referência a uniões ou agrupamentos causava dificuldades na interpretação da norma, levando a crer que havia proibição de *per se* às concentrações empresariais. As controvérsias foram superadas pela supressão desse trecho, mantendo-se o dispositivo na Constituição de 1988.

Já critiquei a inserção de norma de caráter repressivo na Constituição,³ uma vez que isso pode limitar a efetividade da lei antitruste. Nos casos concretos, as empresas podem alegar que não houve

dolo consistente na intenção de dominar mercado, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. O escopo da legislação antitruste, no entanto, é de organizar o mercado, evitando as distorções no exercício de atividade empresarial. A prevenção das práticas anticoncorrenciais há de ser o objetivo; as sanções só devem ter lugar pela inoperância dos meios suasórios de restabelecimento da normalidade. O prevailecimento do caráter penal só diminui a efetividade do direito antitruste, pois sua aplicação requereria a verificação dos pressupostos da dogmática penal, como a tipificação e o elemento subjetivo.

O desempenho das tarefas atribuídas, por lei, ao CADE há de ser entendido no contexto da disciplina global em matéria antitruste. Já foi dito que o Dec.-lei 7.661, apesar das severas críticas, constitui modelo para a Lei 4.137/62. Nessa lei, o CADE passou a ser designado por Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sendo competente para examinar os atos passíveis de gerar abuso do poder econômico e, quando for o caso, proibi-los, usando dos meios da intervenção e desapropriação do acervo de empresas. Cabia-lhe, ademais, a aprovação e o registro de acordos e ajustes com reflexos no processo produtivo.

A Lei 8.158, resultante de Medida Provisória, estabeleceu regime de competência diferente daquele da Lei 4.137. Foram instituídas normas de defesa da concorrência, cabendo sua aplicação à atuação conjunta do CADE e da Secretaria Nacional de Direito Econômico-SNDE. Essa nova estruturação reflete, na verdade, polêmica doutrinária sobre a quem compete a aplicação do direito antitruste.

Dever-se-ia deixar a palavra final sobre a matéria a órgão político, tendo em vista os interesses macroeconômicos envolvidos? Ou seria melhor deixar que órgão técnico, sem a influência e pressão

² FERREIRA, Waldemar. *História do direito constitucional brasileiro*. São Paulo, Max Limonad, 1954, p. 193.

³ FONSECA, J. J. Borges da. *Limitações da atividade empresarial emergentes do direito antitruste*. São Paulo, Iese, 1995.

de grupos isolados, decidisse sobre as questões.

Ante essas duas linhas de pensamento, a Lei 8.158 consagrou modelo novo atribuindo competência decisiva a órgão político. Competia, assim, à Secretaria Nacional de Direito Econômico apurar as anomalias de comportamento de setores econômicos e empresas e propor as medidas cabíveis. Superada a fase de investigações, o processo era remetido ao CADE para julgamento e medidas preventivas. Note-se que as decisões eram suscetíveis de recurso voluntário ou de ofício ao Ministro da Justiça. Dado fundamental verificado na Lei 8.158 é a mudança de concepção em torno do caráter meramente repressivo do direito antitruste, uma vez que no art. 22 vinha proclamando: “na apuração e correção dos atos ou atividades previstos nesta lei, a autoridade levará em conta, primordialmente, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, ainda que não se caracterize dolo ou culpa dos agentes causadores.”

Finalmente, importa verificar o modelo adotado na Lei 8.884, no tocante à competência do CADE. Aumenta a autonomia do CADE, que passa a ser autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Supera-se, assim, a dependência do CADE para propor, judicialmente, a execução de suas decisões. Continua a divisão de competência estabelecida na Lei 8.158 entre CADE e Secretaria de Direito Econômico. O Plenário é composto por um Presidente e seis Conselheiros de notável saber jurídico ou econômico nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado. O art. 6.º da lei vigente estabelece as incompatibilidades com exercício de cargo de conselheiro, a fim de garantir a imparcialidade na função. O grau de autonomia do CADE assume relevância no que dispõe o art. 50: “as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, pro-

movendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições”.

Nesse contexto, o CADE passou a desempenhar suas tarefas interditando operações de concentração empresarial, a exemplo daquela envolvendo o grupo Gerdau e Pains. O número de operações de concentração a ser analisado pelo CADE aumenta e os empresários temem o rigor na aplicação da lei, gerando riscos para o crescimento da empresa na nova linha de eficiência produtiva em face da tendência de globalização da economia. A reação ao posicionamento do CADE foi levar a questão Gerdau/Pains ao Ministério da Justiça, o que não encontra amparo na nova lei. O segundo passo foi a substituição dos profissionais juristas na composição do CADE, uma vez que os economistas seriam mais flexíveis. O assunto, na verdade, está mal colocado. É absurdo, num Estado de Direito sério, substituir juristas por economistas, porque estes seriam brandos na aplicação da lei. O que se deve, antes, fazer é adotar modelo legal ajustado à tendência de eficiência e globalização. O defeito não decorre da composição do CADE, mas da formulação da Lei 8.884.

Colocadas essas premissas, cumpre fazer análise de direito comparado a fim de saber como os outros países têm aplicado o direito antitruste, para, finalmente, apresentar proposta de reformulação da lei brasileira.

2. Órgãos encarregados da aplicação do Direito Antitruste, do ângulo do Direito Comparado

É imperioso pesquisar a abordagem da matéria, na experiência norte-americana. É sabido que, nos meados do século XIX, os americanos perceberam que a concentração de riquezas em poucas mãos criava esfera de poder, colo-

cando em perigo o fundamento de liberdade como elemento norteador de sua sociedade. Notava-se, por outro lado, contraste entre o poder econômico e o poder estatal. O direito antitruste foi, a princípio, concebido como forma de re-frear os desmandos do poder empresarial e de proteger a livre iniciativa.⁴ As principais leis surgiram entre 1890 a 1914. Merecem referência o *Sherman Act* de 1890, o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act* de 1914.

Até a criação da FTC, foram verificadas muitas lacunas no sistema de repressão aos atos anticoncorrenciais. O *Sherman Act* deixava de fora, pelo menos aparentemente, os atos de concentração. Por outro lado, percebe-se que a caracterização como crime das condutas elencadas no *Sherman Act* dificultava a sua aplicação, uma vez que os pressupostos de aplicação do direito penal são mais rígidos.⁵ Assim, a ilegalidade das condutas, no contexto do *Clayton Act*, não configura crime.⁶ Acrescente-se que a *Federal Trade Commission* traduziu a intenção do Congresso em instituir órgão de administração do direito antitruste, sem fazer concessão excessiva à regra da razão (*rule of reason*) adotada pelo Judiciário.⁷

Verifica-se, pela sumária referência ao direito antitruste norte-americano que a sua aplicação cabe à *Federal Trade Commission*, ao *Department of Justice* e, sobretudo, às cortes. A iniciativa dos particulares não é de se descartar, já que eles podem demandar *triple damages*, ou seja, a condenação em triplo pelas práticas abusivas.

Esse arcabouço de administração das leis antitrustes revela que existe com-

binação entre atuação política e técnica, sem desconsiderar o importante papel do Judiciário. Guardadas as devidas proporções, o modelo se identifica com o adotado no Brasil. Análise mais detida revela que as críticas em relação ao CADE assemelham-se aos problemas de concepção do direito antitruste. A interessante opinião de Bork,⁸ que é reducionista, afirma o escopo de bem-estar do consumidor como elemento de unificação, guiando o judiciário na aplicação do direito antitruste. O que importa, entretanto, assinalar é que, quando foi editada a legislação antitruste, o Congresso não teve de fazer concessão a outros valores senão à preservação da competição. Nos dias que correm, a questão da eficiência e da globalização põe em evidência a necessidade de conciliar interesses não existentes à época das citadas leis.

Nesse exercício de comparação, pode-se dizer que a lei brasileira 8.884 foi mal concebida para o seu momento. O legislador ressentiu-se da fundamental visão histórica; pretendeu-se estabelecer regime de repressão às infrações à ordem econômica, definindo condutas anticoncorrenciais. O que devia, entretanto, ter feito era adotar norma abrangente de proibição seguida de exceções, valendo-se das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. Embora haja derrogação do princípio geral da proibição das concentrações empresariais, a Lei 8.884 não é clara no tocante à opção de beneficiar a eficiência produtiva para fazer frente ao fenômeno da globalização. Não existem, no Brasil, as chamadas "guidelines" de aplicação de direito antitruste. A lei foi mal formulada, mas a solução dos problemas dela emergentes não está na indicação de economistas para cuidarem de sua aplicação.

(4) GELLHORN, Ernest e KOVACIC, William E. *Antitrust Law and Economics*. St. Paul, Minn. West Publishing CO. 1994, p. 15-37.

(5) Idem, ibidem, p. 28

(6) Idem, ibidem, p. 29.

(7) Idem, ibidem, p. 30.

(8) BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox, a Policy at War With Itself*. New York, The Free Press, 1993, p. 69.

Cumpra continuar a análise comparativa, tratando do direito francês, italiano e alemão e da União Européia.

Na França, existe órgão, integrante do Ministério da Economia, com função de supervisionar o funcionamento do mercado visando à proteção do consumidor e o cumprimento do direito concorrencial. Trata-se da "Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes". Atua, no tocante à defesa da concorrência, mediante pesquisas no mercado, por iniciativa própria ou provocação de terceiros. Esta Direção está dividida em direções regionais e departamentais. Acrescente-se que ela publica um Boletim oficial. Além da citada Direção, existe o "Conseil de la concurrence" criado pela Ordenança de 1986, substituindo o órgão até então existente com semelhantes funções. Esse conselho é composto de 16 membros nomeados por decreto por período de 6 anos (7 magistrados de origem judicial ou administrativa, 4 pessoas com reconhecido conhecimento de matéria econômica, de consumidor e concorrência e 5 pessoas do meio empresarial. Cuida-se de autoridade administrativa independente, com poderes de jurisdição e sanção, exercendo função consultiva e contenciosa. Quando se cuida de derrogação à proibição de limitação da concorrência, o Conselho deve, obrigatoriamente, ser consultado. No âmbito de sua função contenciosa, pode o Conselho determinar a suspensão da prática ilícita, ordenar a cessação de prática anticoncorrencial ou sua modificação com sanção imediata ou, no caso de descumprimento, comunicar a falta de pessoas físicas ao Ministério Público para persecução dos faltosos. Note-se que as hipóteses de crime, nessa área, foram reduzidas. Das decisões, cabe recurso à Corte de Apelação de Paris e, eventualmente, à Corte de Cassação.

Não exclui, evidentemente, a atuação do Judiciário.⁹

Nota-se, em relação ao CADE, que o direito francês é diferente, sobretudo no que toca à composição de seu órgão administrativo. Aproximam-se as duas experiências em comparação, quanto à combinação de atuação política e atuação técnica. Outro traço marcante diz respeito à orientação antes da Ordenança de 1986 e antes da Lei 8.158 de 1991. Havia tanto na França como no Brasil a tendência de disciplinar o mercado, ao nível de diretivas governamentais. Isso esvaziava de sentido prático a atuação da comissão francesa e do CADE. O que prevalecia era o que o Governo entendia razoável, principalmente em matéria de controle de preços.

Continuando nessa análise de direito comparado, cabe notar que lei antitruste italiana, 287 de 1990, foi antecedida de intensa discussão em torno da atribuição de competência a órgão político ou a órgão técnico, projetando-se, ademais, nas propostas de lei Rossi e de Battaglia. Nesse contexto, merece análise a questão da tolerância de atos anticoncorrenciais. Alega-se que a autorização desses atos caberia a quem tem responsabilidade política, podendo usar de discricionariedade técnica. A solução final adotada na citada Lei 287 foi a de atribuir competência ao Conselho de Ministros para estabelecer critérios orientadores da "Autoridade" nas autorizações de atos anticoncorrenciais.¹⁰

A atribuição de competência a órgão político suscita problema decorrente da possibilidade de desvios ou abusos. O modelo alemão, que figura entre os que concedem poderes a órgãos políticos para autorizar operações anticoncorren-

⁹ SERRA, Yves. *Le Droit français de la concurrence*. Paris, Dalloz, 1993, p. 24-25.

¹⁰ DONATIVI, Vincenzo. *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano*. Milão, Giuffrè, 1990, p. 296-297.

ciais, não revela prática de abuso pelo Ministro da Economia. As autorizações devem, ademais, ser fundamentadas e respeitar os parâmetros estabelecidos na lei antitruste, sobretudo no que toca ao interesse da coletividade.¹¹ Em linhas gerais, a estrutura administrativa alemã dos órgãos encarregados da aplicação do direito antitruste não é diferente dos demais modelos aqui analisados. Compete, assim, ao “Bundeskartellamt” (que integra a Administração) instruir processos, colher provas e decidir os casos a ele submetidos, cominando, quando for o caso, sanções. Prevê-se recurso para o “Kammergericht”, bem como para a Corte Federal (Bundesgerichtshof). Particularidade do sistema alemão é a Comissão de Monopólio, cabendo-lhe fazer estudos sobre os processos de concentração empresarial.¹²

A análise da experiência européia reclama alguns esclarecimentos preliminares. Trata-se da aplicação de direito concorrencial por órgão supranacional, que é a Comissão européia. As normas fundamentais, em matéria concorrencial, estão plasmadas nos arts. 85 a 90 do Tratado de Roma, bem como no art. 65 do Tratado C.E.C.A. Não é qualquer controvérsia que se submete à jurisdição da Comissão. Convém, antes de tudo, verificar se o ato ou operação têm dimensão comunitária. Quando não houver repercussão comunitária, resta a competência das jurisdições locais. Questão relevante nesse contexto diz respeito ao fundamento das derrogações às proibições aos atos anticoncorrenciais.

⁽¹¹⁾ EMMERICH, Volker, *Kartellrecht*, Munique. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 419-420, assinala que esse poder de autorização do Ministro da Economia ocupa papel subalterno, na prática antitruste alemã.

⁽¹²⁾ RITTNER, Fritz. *Wettbewerbs-und Kartellrecht*, 3.^a ed., Heidelberg. C. F. Mueller Juristischer Verlag, 1989, p. 430-438.

Cuidando-se de direito supranacional, justifica-se que os atos sejam analisados tão-só do ângulo concorrencial a fim de que não haja beneficiamento de certos Estados-membros em prejuízo dos outros. O interesse no desenvolvimento harmonioso da União Européia, no entanto, não afasta, na aplicação do direito antitruste, considerações de caráter extraconcorrencial.¹³ O exemplo da União Européia servirá de modelo de reflexão, numa fase mais avançada do Mercosul, sobretudo quanto à constituição de órgãos supranacionais.

Feita a análise comparativa dos órgãos aplicadores do direito antitruste, convém passar a tratar do processo de aplicação desse direito especial.

3. Processo administrativo na aplicação do Direito Antitruste

Os pressupostos do processo administrativo concorrencial são de tutela da concorrência e de promoção de política econômica. Conquanto possam ser cominadas sanções, não se trata de processo essencialmente punitivo. Não se visa ao mero enquadramento dos fatos nas normas, mas à superação de conflitos, levando em conta o bem-estar da coletividade.

Cumprе averiguar, em largos traços, a evolução do conceito de processualidade na Administração, para entender que os processos iniciados na Secretaria de Direito Econômico e julgados no CADE estão sujeitos aos princípios gerais e não constituem nenhuma anomalia jurídica.

A primeira questão que emerge é conceitual. Estar-se-ia diante de um processo ou um procedimento? De um processo. Mas isso não basta, uma vez que, como assinala Odete Medauar,¹⁴ na expe-

⁽¹³⁾ PÉDAMON, Michel. *Droit Commercial*. Paris, Dalloz, 1994, p. 485-504.

⁽¹⁴⁾ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo, 1990, p. 221.

riência brasileira o termo processo é reservado àqueles voltados à apuração da falta disciplinar, ao passo que procedimento supõe seqüência de atos preparatórios de ato final, sem contraditório.

A preferência pelo termo processo justifica-se, por não se tratar de técnica exclusiva da função jurisdicional. Processo não se restringe a instrumento de pôr fim a litígios, sendo, assim, correto falar de processo legislativo e processo administrativo como forma legítima de atuação da Administração.

José Roberto Dromi¹⁵ expressa muito bem essa concepção moderna de processo na Administração, assinalando que o processo administrativo não se resolve no instrumento de impugnação dos atos da Administração; retrata, antes, modo de exteriorizar as funções do Estado.

O procedimento figura – o que já é do conhecimento dos processualistas – como concatenação formal de atos isolados unificados por uma finalidade. O processo, enfim, encerra, além de racionalização na formação da vontade pública, garantia dos administrados.

Sob o aspecto sociológico, Niklas Luhmann¹⁶ aponta para o papel racionalizador da adoção de procedimentos, a fim de legitimar solução de conflitos complexos. Dromi, entretanto, enxerga, além da racionalização, forma de conciliar tarefas públicas e garantias individuais. Não se atém à apologia das formas, sem consideração aos valores sociais.

Colocadas essas premissas, pode-se concluir que os processos administrativos de competência da SDE e do CADE envolvem, adotando qualificação de Federico Tedeschini,¹⁷ função de tutela

da concorrência e de promoção de política econômica. Acrescente-se que a caracterização da atividade administrativa como função tem como consequência o dever de respeitar o fim especificado em lei. Os conceitos de função, discricionariedade e procedimento se complementam. Não se admite, assim, que, num processo antitruste, o órgão administrativo, usando de discricionariedade de função diversa da estabelecida na lei. De acordo com essa concepção, excesso de poder traduz vício de função. Isso leva à análise do devido processo legal.

O seu alcance não se restringe aos acanhados limites do processo jurisdicional, como ficou demonstrado nos parágrafos anteriores. Importa, imbuído desse espírito, analisar particularidades dos processos perante SDE e CADE.

A garantia constitucional da ampla defesa foi assegurada. A publicidade dos atos e o amplo acesso a documentos e autos administrativos constituem aspecto fundamental do direito de defesa. A fase instrutória cabe à SDE, respeitando-se, pois, a ampla defesa e o contraditório, sem prejuízo do cumprimento dos prazos legais e da revelia decorrente da inércia do indiciado. O princípio da contribuição de vários órgãos foi incorporado na Lei 8.884, já que, tratando-se de matéria complexa, é indispensável o concurso de entidades especializadas. Por fim, não se vislumbra, ademais, cerceamento de defesa na inexistência de recurso a superior hierárquico contra decisões do Secretário da SDE. Trata-se de competência técnica.

No âmbito do CADE, que é competente para julgamento, são de notar as garantias de que dispõem os envolvidos. O relator, por exemplo, pode determinar novas diligências ou deferir produção de outras provas. Está prevista a intimação das partes para o julgamento. O perfil de órgão colegiado aumenta a garantia contra abusos. Como órgão colegiado, assume importância a competência do plená-

⁽¹⁵⁾ DROMI, José Roberto. *El procedimiento administrativo*. Madrid. IEAL, 1986, p. 24-25.

⁽¹⁶⁾ LUHMANN, Niklas Madrid. *Legitimação pelo procedimento*, tradução, Brasília, 1980, p. 46.

⁽¹⁷⁾ TEDESCHINI, Federico. *Enciclopedia del Diritto*, verbete "procedimento administrativo", p. 876.

rio, para apreciar, em recurso dos envolvidos sem efeito suspensivo, a imposição de medida preventiva contra prática anticoncorrencial. Advirta-se que o CADE, no exercício de sua atribuição de cominar sanções, deverá proceder prudentemente, uma vez que, sob esse aspecto, a Lei 8.884 foi extremamente severa.

Cabe, por fim, acrescentar que o elenco de regras processuais não se esgota na Lei 8.884, sendo, pois, prevista a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Esse conjunto de normas revela que a atuação do CADE e da SDE traduz, numa visão moderna de processo, conciliação de forma de manifestação da vontade do Estado com a participação dos interessados. O que distingue, entre-

tanto, a matéria é o caráter eminentemente econômico.

4. Últimas considerações

A palavra final desse ensaio deve enfatizar que a atuação do CADE, nos limites da política econômica do Governo e das pretensões de eficiência empresarial e de globalização, reclama não a substituição de juristas por economistas, mas sim a reformulação do direito antitruste mediante técnicas jurídicas novas, conducentes à flexibilização desse regime jurídico especial. Gérard Farjat¹⁸ sintetiza bem essa orientação: “Ce qui est au coeur des problèmes contemporains de concurrence, c’est bien davantage une question de normes qu’une question d’organes”.

⁽¹⁸⁾ FARJAT, Gérard. *Droit public de la concurrence*. Paris, Economica, 1987, p. 53.