

O JUDICIÁRIO NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

31 de maio de 2006

ABERTURA

Mestre-de-Cerimônias:

Senhoras e senhores, muito boa noite! Sejam bem-vindos ao Seminário *O Judiciário na Defesa da Concorrência*. Peço a gentileza de tomarem seus assentos para darmos início à solenidade de abertura.

Chamo para compor a mesa o Excelentíssimo Senhor Juiz Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE, Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil, AJUFE. Convido o Doutor SÉRGIO VARELLA BRUNA, Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, IBRAC. Convido o Professor TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR. Convido o Desembargador Federal FRANCISCO QUEIROZ CAVALCANTI, Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Convido o Desembargador Federal CARLOS OLAVO PACHECO DE MEDEIROS, Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Convido o Desembargador SERGIO FELTRIN CORRÊA, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Convido a Doutora ELIZABETH FARINA, Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE. Convido o Doutor EMERSON KAPAZ, Presidente do Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial, ETCO. Convido o Doutor Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República, ANPR.

Com a palavra, o Excelentíssimo Senhor Juiz Federal Jorge Antonio Maurique, Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil, AJUFE.

JORGE ANTONIO MAURIQUE

Presidente da AJUFE

Excelentíssima Doutora Elizabeth Farina, Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE. Excelentíssimo Doutor

Sérgio Bruna, Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência, Consumo e Comércio Exterior, IBRAC. Meus caros amigos Desembargadores Federais Francisco Cavalcanti, Sergio Feltrin e Carlos Olavo, que aqui muito nos honram com suas presenças, demonstrando a importância que os Tribunais Regionais Federais têm atribuído à judicialização dos conflitos em matéria de concorrência. Excelentíssimo Doutor Nicolao Dino, Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República. Meu caro amigo Emerson Kapaz, Presidente do Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial, ETCO, e nosso parceiro já há longo tempo. Deixo para saudar por último, é evidente, o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, mestre de todos nós, que fará a conferência de abertura.

Quero, em primeiro lugar, já neste momento inicial, agradecer a presença de todos os senhores e as senhoras aqui conosco. São juizes, procuradores da República, advogados e economistas, participando desse que é o primeiro evento realizado em nosso país para a discussão de aspectos referentes à defesa da concorrência que reúne todos os seguimentos atuantes nessa área e/ou envolvidos com essa matéria.

Digo primeiro evento porque tradicionalmente, em nosso país e em nosso ramo de trabalho – que é o Direito –, as discussões sobre tal tema se fazem de maneira segmentada e a AJUFE juntamente com o IBRAC, com o ETCO e com a ANPR pretenderam romper com esse paradigma de discussão compartimentalizada e, por isso, conseguimos reunir no mesmo local os vários atores de trabalho nesta área, para que possamos ter uma visão plural e democrática da tutela da concorrência.

Em decorrência do avanço da sociedade, em meio à qual o Estado paulatinamente altera sua postura no mercado, deixando de ser agente gestor de atividades econômicas para assumir uma posição de regulador de mercado – fenômeno esse que é mundial e que o Brasil adota a partir do início da década de 90 –, assiste-se a um outro fenômeno que afeta em grande extensão o Poder Judiciário, na medida em que este Poder é chamado a decidir processos coletivos de mercado, que afetam enormes parcelas da população, afastando-se assim da antiga postura de resolução individual de conflitos.

Hoje assistimos ao fenômeno da judicialização dos conflitos econômicos em relação à atuação do CADE enquanto órgão de regulação do mercado, o que bem demonstra a importância desse órgão e da discussão de suas decisões. Pelo princípio da universalidade da jurisdição adotado no sistema constitucional brasileiro, todas as discussões ocorridas no âm-

bito do CADE são passíveis de controle constitucional, o que já ressalta a importância desse evento.

A reunião de vários atores com pontos de vista divergentes, mesclando juristas com economistas, é uma experiência ainda incipiente no Poder Judiciário.

Por ter propiciado esse encontro pioneiro, quero em nome da AJUFE e das demais entidades que o organizam agradecer aos organizadores do evento: Doutor Luciano Godoy, Secretário-Geral da AJUFE, e Doutor Laércio Farina, Diretor do IBRAC, pela coragem de terem pensado e organizado este evento que, tenho certeza, já é um sucesso!

A abertura deste seminário tem, para mim, uma outra importância, pois é o último evento que presido como Presidente da AJUFE, já que na próxima terça-feira, dia 6, terei a felicidade de passar o cargo a um grande juiz que, além de grande juiz, é um grande amigo e um grande líder associativo, o Doutor Walter, que a partir de então encaminhará os destinos da Magistratura Federal. Por isso, é com redobrado orgulho que declaro abertos os trabalhos deste evento, sinalizando que, sem dúvida nenhuma, em termos de importância pela sua pluralidade, é um dos mais importantes realizados sob minha presidência.

Passo agora a palavra ao Doutor Sérgio, que fará uma saudação aos presentes.

SÉRGIO VARELLA BRUNA

Presidente do IBRAC

Boa noite a todos!

Gostaria de emprestar as palavras do Doutor Maurique, em saudação a todas as autoridades presentes, com atenção especial ao Professor Tércio, que vem aqui nos brindar mais uma vez com seus conhecimentos. Fico muito contente em participar de uma mesa tão representativa.

É meu dever fazer uma breve apresentação do IBRAC, pois aqui nem todos conhecem a instituição.

O IBRAC é uma associação que foi criada há mais de dez anos e que tem como objetivo principal, dentre outros também muitos importantes, estudar o Direito da Concorrência, ajudar, especialmente no campo administrativo, as instituições públicas a lidar com os temas da concorrência e

avançar no desenvolvimento das questões relativas à defesa da concorrência no Brasil.

Tem-se tornado muito importante, especialmente nos últimos anos, a participação do Judiciário nos temas do Direito da Concorrência, o que torna extremamente oportuno estarmos aqui reunidos para discutir questões que ainda estão entrando no Poder Judiciário e seus primeiros resultados. A participação do Judiciário é de suma importância na eficiência e na eficácia da defesa da concorrência.

Não posso deixar de fazer alguns agradecimentos. Inicialmente ao ETCO, pelo apoio dado a este evento, sem o qual não seria possível realizá-lo. Ao CADE e à ANPR, pelo apoio que têm dado à organização do evento. Aos grandes responsáveis por estarmos aqui hoje e que estão sentados na primeira fileira: do IBRAC, o Doutor Laércio Farina, e da AJUFE, o Doutor Luciano Godoy, que realmente conceberam e empreenderam este evento, que, tenho certeza, será extremamente bem-sucedido e todos nós poderemos cumprimentá-los com mais afeto ao final dos nossos trabalhos. Finalmente agradeço ao José Carlos, Secretário-Geral do IBRAC, e à Celina, que tem feito às vezes da organização pelo lado da AJUFE. Tenho certeza de que todos teremos aqui uma grande oportunidade de discutir temas e trocar experiências com pessoas de lugares um pouco distantes, e que, ao final, teremos dado um passo adiante no desenvolvimento do Direito da Concorrência.

Muito obrigado!

JORGE ANTONIO MAURIQUE

Presidente da AJUFE

Passo a palavra à Doutora Elizabeth Farina.

ELIZABETH FARINA

Presidente do CADE

Excelentíssimo Juiz Federal Jorge Antonio Maurique, Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil. Doutor Sérgio Varella Bruna, Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, IBRAC. Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

Desembargador Federal Francisco Queiroz Cavalcanti, Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Desembargador Federal Carlos Olavo Pacheco de Medeiros, Vice-presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Doutor Nicolao Dino de Castro e Costa, Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República. Doutor Emerson Kapaz.

É com muito prazer que tomo parte desta mesa de abertura do Seminário *O Judiciário na Defesa da Concorrência*. Esse relacionamento é necessário e considero muito oportuno esse espaço de troca de idéias, de discussão e de aprendizado, que significa a consolidação da defesa da concorrência no Brasil. Essa não é uma questão restrita ao nosso país. Outras jurisdições têm enfrentado a mesma questão de diferentes maneiras e acredito que poucas conseguiram iniciar um debate como o que se inicia hoje aqui.

Quero, assim, dar meus parabéns pela iniciativa de todos: da AJUFE, na pessoa do Doutor Maurique e do Doutor Luciano Godoy; do IBRAC, na pessoa do Doutor Varella, do Doutor Bruna e do Doutor Laércio Farina. Em nome do CADE digo que certamente sempre daremos apoio a este tipo de iniciativa.

Quero lembrar as palavras do prêmio Nobel de Economia Douglass North, que há muito se dedica à análise do desenvolvimento econômico e que tem trazido ao debate a construção institucional como um dos alicerces do desenvolvimento econômico. Ele nos diz que dentre as instituições mais importantes na base do desenvolvimento estão aquelas que incentivam o aprendizado. Penso que um fórum como esse, com uma plataforma como essa, incentiva o aprendizado. Permite que possamos, pela intersubjetividade, pela troca de experiências e pela interdisciplinaridade que aqui se encontra, construir instituições mais sólidas, mais eficientes e mais eficazes.

Muito obrigada por esta oportunidade e tenho certeza de que teremos bons debates aqui, com um aprendizado conjunto.

Muito obrigada!

JORGE ANTONIO MAURIQUE

Presidente da AJUFE

Obrigado, Doutora Elizabeth! Passo a palavra ao Doutor Emerson Kapaz, Presidente do Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial, ETCO.

EMERSON KAPAZ

Presidente do ETCO

Muito boa noite a todos!

É uma satisfação muito grande estar representando o Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial! Gostaria de saudar o Juiz Federal Jorge Antonio Maurique, Presidente da AJUFE com uma saudação especial por esta ser sua última mesa a presidir como Presidente da Associação, aproveitando a oportunidade para publicamente cumprimentá-lo pela brilhante gestão à frente da AJUFE e pelas parcerias que com o ETCO pôde realizar, as quais continuarão sendo feitas com a AJUFE na figura do novo Presidente, o Doutor Walter.

Quero saudar também o Presidente do IBRAC, Doutor Sérgio Varella Bruna, que também é parceiro do ETCO, inclusive num concurso de monografia que fizemos no ano passado entre todas as universidades sobre ética concorrencial e concorrência desleal, experiência muito interessante para nós.

Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, nosso grande mestre na tese de concorrência e concorrência leal.

Querida Elizabeth Farina, Presidente do CADE, única mulher na mesa, em nome de quem aproveito para saudar todos os ministros, juízes e autoridades aqui presentes na mesa e na platéia.

Foi muito tranquilo para nós do ETCO apoiarmos este evento em conjunto com o IBRAC e com a AJUFE porque nascemos defendendo a questão da ética concorrencial. A missão pioneira e principal do nosso instituto é enfrentar essa questão da concorrência desleal, tão difícil no Brasil hoje, tão patente em muitos segmentos econômicos, desde segmentos em que se imagina ser normal a pirataria, o contrabando, a falsificação, até segmentos em que não se imagina como a criatividade do brasileiro vai além da possibilidade de não pagar, de não cumprir suas obrigações, de escapar das leis e praticar com isso a concorrência desleal.

Para nós do ETCO, este evento é um motivo de grande satisfação: podermos apoiar e estarmos juntos! A justiça para nós tem sido importantíssima parceira na concorrência leal e no esclarecimento do Judiciário em todas as teses que temos procurado defender sobre a questão da concorrência desleal.

Segunda-feira realizamos um evento muito interessante em parceria com a AJUFE, quando discutimos justiça e concorrência desleal, oportunidade em que lançamos a revista *Análise e Justiça*, um marco sobre grandes

decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que propiciará o aumento da visibilidade das decisões das duas mais importantes cortes brasileiras e, conseqüentemente, um melhor entendimento do funcionamento da justiça, das causas de sua lentidão e das origens dessa. Pretendemos dar uma periodicidade tal a essa publicação que possibilite que essas relevantes decisões se tornem cada vez mais claras para a sociedade, na medida em que acompanharemos cada vez mais tanto os trabalhos do STF quanto do STJ, com o intuito de esclarecer a sociedade sobre a importância e o papel que o Judiciário tem e, em especial, no nosso caso, no que tange à concorrência desleal.

Portanto, quero dizer ao IBRAC e à AJUFE que, não só hoje, mas em todas essas teses em que o Judiciário vem procurando defender um país mais leal em termos de concorrência, mais sadio em termos de justiça, podem contar com nosso Instituto, com nossa parceria. Para nós é sempre uma grande satisfação!

Muito obrigado!

JORGE ANTONIO MAURIQUE

Presidente da AJUFE

Agradecendo uma vez mais a fidalguia e amizade do Doutor Emerson, passo a palavra ao Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Acredito que, mais do que qualquer autor, é mestre de todos nós desde o início da faculdade de Direito até nossos cursos de pós-graduação. É uma honra para a AJUFE e para o IBRAC ter como conferencista nesta abertura o eminente Professor Tércio, com quem está a palavra.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR

Professor Titular da FADUSP

Senhor Presidente desta sessão, em nome de quem cumprimento todos os demais membros da mesa e autoridades, para ser breve! Minhas senhoras e senhores!

Sinto-me bastante honrado por esta escolha para abrir uma conferência que reúne, ao mesmo tempo, com essa intensidade, todos esses membros e

segmentos sociais, além do próprio Estado. Reunidos Judiciário, Ministério Público, Administração Pública, advogados, empresários, entendo ser este um momento propício para discutirmos relações que ferem a concorrência e trazem contribuições diversas e da mesma forma interligadas, das quais nós mesmos hoje em dia não conseguimos mais escapar.

Vim lendo no avião, na vinda para Brasília, uma coluna assinada por Delfim Netto, em que ele fala um pouquinho de como Adam Smith, genialmente, naquela época, pensou em formular algo como uma economia política com um sentido sobretudo moral, isto é, uma economia regida, ou pelo menos pensada, sob aspectos morais. Diz ele, com certa ironia, que depois que a economia aos poucos cresceu e os economistas tomaram consciência daquilo, resolveram fazer teoria econômica e a moralidade ficou um pouco de lado, assim como também foi ficando o direito.

Durante o século XIX, percebe-se progressivamente uma espécie de curva de separação, como se houvesse dois ambientes distintos. Só no final do século XIX e começo do século XX que as coisas realmente começaram a se juntar. Uma das pontes de junção, talvez a principal, foi esta palavrinha mágica, que vinha com um adjetivo que lembrava a perspectiva moral antiga: livre concorrência. A concorrência, por exemplo, na forma como é abordada pela Constituição brasileira é um termo juridicamente neutro. A Constituição – não só a nossa, frise-se – não define concorrência, porém explicita o princípio da livre concorrência. O que é a concorrência, delineadamente, para quem olha a Constituição e sabe que ela lida com fenômenos sociais, políticos, econômicos, etc.? Esse é um tema que fica para discussão entre os respectivos especialistas e aquilo que se forma no consenso da atividade humana em sociedade e especificamente da atividade econômica.

Se a concorrência deve ser entendida de uma forma ou de outra, isso não é propriamente o tema que aparece na Constituição, que concebe a concorrência apenas como um fenômeno. Mas ao recebê-la como tal ela o qualifica, relacionando-o ao princípio da ordem econômica, qual seja, o princípio da livre concorrência.

A doutrina jurídica, ao examinar as questões da concorrência pelo prisma constitucional, realça particularmente esse lado. Para quem olha a Constituição do ponto de vista jurídico, efetivamente concorrência não é um termo normativo, isto é, da concorrência não posso tirar normas no sentido jurídico da expressão, não posso obrigar. Assim, definam os economistas como queiram, a concorrência não terá sentido normativo do ponto de vista constitucional. De modo geral, estou me fundando em constitucionalistas alemães, italianos, mas

particularmente na nossa Constituição. Nela a concorrência não tem sentido normativo, mas o tem a livre concorrência. E aí começam as nossas discussões. Há quem derive a livre concorrência da noção particular de livre iniciativa, considerada, por sua vez, como uma das particularizações do direito à liberdade disposto *caput* do artigo 5º, tida, portanto, como um direito fundamental.

Em outras palavras, livre iniciativa sendo liberdade, isto é, a livre iniciativa voltada para a economia tem sentido de direito fundamental e, portanto, a livre concorrência deriva dessa livre iniciativa e assim deve ser entendida.

Essa formulação da concorrência como constitucionalmente neutra, não tendo sentido normativo, mas a liberdade o tendo e apontando para um direito fundamental permite concluir que esse direito fundamental se particulariza na economia pela expressão livre iniciativa. Do ponto de vista jurídico, teríamos o caminho traçado ao pensarmos na livre concorrência em relação direta com a livre iniciativa. Porém, neste momento é mister voltarmos-nos aos economistas – entre eles a Professora Farina –, que nos alertam que livre iniciativa e livre concorrência não são a mesma coisa. Do ponto de vista econômico, é perfeitamente possível percebermos que, embora em ambos os casos falemos de liberdade e apontemos para um fenômeno econômico normativamente neutro, há, em ambos, um problema de acomodação.

Em princípio, a livre concorrência pressupõe iniciadores livres, que, em vez de entrarem em concorrência, não podem, se pensamos na liberdade, ser cerceados senão pela liberdade do outro, conforme princípio jurídico que todos entendemos. Todavia, nessa relação de liberdade de um e de outro, no campo específico da concorrência, aparecem problemas, por exemplo, relativos a como proceder à conciliação na concorrência.

Uma hipótese ventilada no constitucionalismo brasileiro era de que essa relação obteria uma acomodação por si mesma, bastando que déssemos os instrumentos de defesa da liberdade que a acomodação econômica na concorrência ocorreria. Isso durou no Brasil até 1934, quando a Constituição começou a falar em ética e moral nas relações econômicas. Em 1937, os modelos mudaram – fascismo, nazismo, intervenção do Estado – e começamos a perceber que a livre concorrência necessitava dessa mão ostensiva do Estado. Entre a livre iniciativa e a livre concorrência havia, por assim dizer, um hiato apontado pelos economistas que abria margem para a intervenção do Estado. Em 1946, pela primeira vez no Brasil, aparece uma expressão que toma vulto na nossa discussão: livre concorrência, livre iniciativa e poder econômico. Essa expressão, que adentra fortemente na Constituição de 1946, toma conta

do tema, pois certamente se percebeu que as relações econômicas envolviam relações de poder, as quais iam muito além daquilo que acontecia em outros tempos, quando as relações econômicas talvez não passassem, pelo menos no Brasil, de relações comerciais, de relações interindividuais, que poderiam ser geridas perfeitamente pelo fórum comercial.

Em 1946, portanto, ainda que por inspiração estrangeira, já se começava a perceber que havia na relação econômica a presença de um agente que tinha liberdade, iniciativa e que se apresentava numa expressão fortemente parecida com o fenômeno de poder que encontrávamos, por exemplo, no campo político, isto é, que era capaz de se burocratizar, de se instalar como organização e, nesta forma, ser encarada como poder. Esse era o poder a que precisávamos nos ater ao falar em garantir a livre concorrência e a livre iniciativa dentro da livre concorrência. Tal função específica foi atendida pela ordem constitucional em 1946, repetida em 1967 e se manteve em 1988.

Ao buscar uma lei para punir o abuso do poder econômico, entendido como aquele que produz certos efeitos dentro do mercado, começamos a perceber que estávamos diante de um tema novo, que custou a entrar na mentalidade jurídica brasileira. Só mesmo em 1962 é que tal percepção se difundiu, embora isso já estivesse na Constituição desde 1946. Tal demora decorre em grande parte da questão da concorrência, do ponto de vista jurídico, ter um certo sentido e, como um fenômeno econômico no Brasil, ter outro, reduzindo-se àquelas relações interindividuais que nos permitiam proteger a concorrência da concorrência em termos de lealdade e deslealdade; o que era tratado de um ponto de vista penal e, ao nos fazer pensar em grupo social, permitia-nos e obrigava-nos a pensar em concorrência em termos de defesa da economia popular na Constituição de 1937. Somente a partir de 1946, sobretudo em 1967 e agora em 1988, aparece um outro sentido desta concorrência que é acompanhada da expressão abuso de poder, entendida a expressão poder com um sentido de uma organização e não mais de uma relação interindividual.

Para fazermos a grande interligação entre o que estamos juridicamente falando quando falamos em livre concorrência e o que estamos juridicamente falando quando falamos em poder e abuso de poder econômico aparecerem duas possibilidades. Uma, que veio ainda fortemente ancorada na Constituição de 1946, apontava as questões referentes ao poder econômico e ao abuso do poder econômico nas relações de concorrência, tendo em vista a proteção da livre iniciativa de cada um e olhando a concorrência a partir desse poder organizado e poder de organização. Ainda havia essa questão do ponto de vista

eminentemente punitivo, tanto que as primeiras manifestações legislativas no Brasil foram entendidas, senão como legislação penal da concorrência, pelo menos legislação de natureza penal, ainda que não fosse Direito Penal *stricto sensu*. Pontes de Miranda, nosso constitucionalista, nesse período diz com todas as letras que o abuso de poder econômico, do ponto de vista da concorrência, que tem que ser punido pela Constituição de 1946, aponta para uma legislação que tem natureza penal. Era essa visão que prevalecia, tendo sido até reforçada em 1967, só começando a mudar em 1988, não só porque a vida social se alterava, mas também porque começamos a perceber que esta questão, vista puramente de um ângulo penal sancionador, não dava conta do fenômeno, mesmo do ponto de vista constitucional. Além do que a redução da questão do abuso a uma questão de natureza penal levantou dúvidas imensas que interferiram no funcionamento desse órgão chamado CADE. Durante anos houve uma discussão para saber se o CADE podia sequer ter uma existência, porque se a questão tinha natureza penal, cabia ao Judiciário decidir as pendências e não a um órgão ligado ao Poder Executivo.

A quebra dessa percepção foi aos poucos permitindo que nós percebêssemos por que havia a necessidade da presença, de um lado, da Administração, do Poder Executivo nesse trabalho de regulação da concorrência, tendo em vista a proteção da livre iniciativa e a legislação de punição do abuso do poder econômico. Foi depois de 1988 que a legislação brasileira de defesa da concorrência foi alterada definitivamente, já com essa visão diferente que mostrava que a concorrência era um fenômeno que merecia a intervenção do Estado, tanto daquela tradição de ver os problemas de abuso de poder como uma questão penal, como também por outros ângulos, que propiciavam um leque de competências que deveria ser então estabelecido e examinado.

O importante na formulação constitucional brasileira não está nem no Título da Ordem Econômica e Financeira, mas sim perdido no artigo 219, no Capítulo da Ciência e da Tecnologia. Encontramos, de repente, lá na frente, num lugar estranho – e a nossa Constituição tem várias surpresas deste tipo – o artigo que diz que o mercado é patrimônio nacional. Se é patrimônio nacional, como geri-lo? A estranheza causada pela percepção de que tem a ver com um patrimônio nacional a inserção da obrigação de se punir o abuso do poder econômico no parágrafo de um artigo que trata da empresa pública cede espaço ao se considerar todo o contexto do artigo. O artigo trata de empresa pública, de economia popular, de mercado financeiro, mercado econômico de um modo geral – relações entre a empresa pública e a sociedade e relações entre as empresas. Assim, se por ignorância colocaram nesse artigo

esse parágrafo sobre o abuso do poder econômico que tem que ser punido acabaram acertando, porque quando lemos o artigo percebemos que ali está toda uma concepção deste mercado que é patrimônio nacional e que exige não só essa função reguladora punitiva – não necessariamente e apenas penal –, mas exige outra função, reguladora, que tem o sentido eminentemente administrativo e que acabou conhecida como o controle prévio de atos e contratos. Não faria sentido, em termos do Estado regulador da economia – como vai dizer o artigo 174 –, estar senão dentro da Administração. A partir daí a Administração adquiriria um estado diferente e a discussão antiga sobre a competência ou não de um CADE mudava de coloração.

Torna-se compreensível que a Administração e o Estado regulador entrassem diretamente na questão da concorrência e da sua regulação, e entrassem diretamente em termos de controle do funcionamento do mercado. A palavra controle talvez seja muito forte, porque ela não está no artigo 174, que fala em fiscalização, em norma, em normatização e em planejamento, que é obrigatório apenas para as empresas públicas. Mas a palavra controle, que apareceu em 1937, acaba entrando nessa discussão dizendo respeito um pouco com a expressão fiscalização e com a expressão norma-regulação.

O Estado e a Administração exercem uma função importante dentro da concorrência, agora tomada neste novo sentido da livre concorrência, que aponta não apenas para relações interindividuais, mas para uma outra coisa, que demorou um pouco, mas veio com todas as letras, não na Constituição, mas na legislação do consumidor, que acabou reservando um artigo na sua parte final para dizer que a concorrência deveria ser vista como um dos interesses difusos. Nesse ponto aprendemos, via legislação, que quando falamos em livre concorrência estamos falando, juridicamente, num interesse difuso. Com isso, posso entender como se dá a legislação e a divisão de competências a respeito deste tema. Em face da livre concorrência, tomada como interesse difuso, vou ter algumas competências que aparecem na própria Constituição. Uma delas é do próprio Ministério Público. Outra se refere à própria Administração, pois, afinal, é um patrimônio nacional – conforme o artigo 219 –, e faz sentido que um Estado regulador da economia tenha uma competência para lidar com esse interesse difuso de um ponto de vista administrativo.

No que tange à questão da punição do abuso do poder econômico, se temos de um lado aspectos reconhecidamente administrativos – porque se há um poder regulador, deve haver também, por consequência, numa certa

dimensão, um poder punitivo, e para isso aparece o CADE –, por outro temos essa repercussão junto ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, e o questionamento feito aqui é como lidar com todas essas competências olhando para a concorrência como um interesse difuso.

Quando observamos a questão da competência do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos agentes privados de se defenderem, de associações privadas tomarem a defesa, e todos olhando para o fenômeno da concorrência como termo juridicamente definido como livre concorrência e, portanto, como uma regulação que tenta harmonizar e propiciar a livre iniciativa nas relações econômicas, aparece aqui algo interessante e que pode nos levar a muitas dúvidas. Pela óptica da destruição das competências vamos nos deparar com situações que me parecem curiosas.

A concorrência é um interesse difuso. A livre concorrência é um interesse difuso. Note-se bem do que estou falando quando falo em interesse difuso. Todos sabemos que existe uma larga discussão a respeito deste assunto do ponto de vista jurídico, mas existe uma tomada de posição do Supremo Tribunal Federal a respeito desse assunto. Como ele é o intérprete da Constituição e como nós falamos em interesse difuso, é bom que se saiba o que foi dito pelo pleno do Supremo a respeito. Eles disseram com todas as letras que interesses difusos – não se esqueçam, a concorrência seria um deles – são aqueles que abrangem um número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato. Neste sentido se separam dos interesses coletivos, que são aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas, determináveis e ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, segundo a mesma decisão do Supremo. Ou seja, interesse difuso é uma coisa indeterminável. O relator dessa decisão foi o Ministro Maurício Corrêa, que cria até um neologismo ao falar que a indeterminidade é a característica fundamental do interesse difuso. E obviamente a determinidade caracteriza o interesse coletivo.

Segue à decisão, continuando a interpretar a Constituição, agora olhando particularmente para a competência do Ministério Público, um complemento importante: direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum, constituindo-se numa subespécie de direitos coletivos, não em interesse difuso. Esse aspecto é interessante e curioso porque ao observar a questão da livre concorrência, teríamos que dizer que ela aparece juridicamente como interesse difuso. Para saber em que termos isso é visto num mercado considerado patrimônio nacional, em que os poderes são burocráticos, empresariais, não sendo mais de relações interindividuais

e por isso tenho que defender o consumidor e a livre-iniciativa, faz sentido falar da livre concorrência como interesse difuso.

No entanto, ao observarmos a questão da concorrência à luz de uma decisão como essa do Supremo, que faz a distinção entre interesse difuso e interesse coletivo e aponta os direitos homogêneos como subespécie de interesse coletivo e não difuso, mais dúvidas surgem.

Quando falo do CADE, seguramente estamos tratando da concorrência como interesse difuso, até pela própria legislação. Isso me parece bem claro na legislação. Não são interesses interindividuais. No entanto, a mesma legislação, qual seja, a Lei nº 8.884/94, diz que os agentes privados, as pessoas jurídicas ou físicas ou as associações de defesa do consumidor, etc., e o Ministério Público podem entrar diretamente com suas ações junto ao Poder Judiciário, independentemente do que aconteça no CADE.

Aí está a curiosidade da expressão: para defender os seus interesses. Que interesses são esses? Esse é o bendito artigo 29, que o Doutor Laércio vai discutir na sua apresentação. Que interesses são esses que estamos falando na legislação, no artigo 29? Os prejudicados, por si ou pelos legitimados no artigo 82 da Lei de Defesa do Consumidor, poderão ingressar em juízo na defesa dos seus interesses individuais? Frise-se que aqui não estou falando em interesses difusos. Tenho a concorrência admitindo, portanto, ou a relação individual – e nesse sentido o apelo ao Judiciário –, ou individuais homogêneos. Do que estou falando aqui? Segundo a definição do Supremo, de um tipo de interesse coletivo, não de interesse difuso. Inclusive, para obter a noção de prática que constitui infração contra a ordem econômica e receber indenização, ou seja, a mesma concorrência que percebemos na Constituição como um interesse difuso e que vai permitir e admitir uma competência especial administrativa de regulação – como é a do CADE – que não afasta a participação do Judiciário, pois o artigo 5º impede isso ante a universalização do acesso ao Judiciário. No entanto, é um acesso ao Judiciário tendo em vista uma competência administrativa de regulação de um interesse difuso um pouco diferente que merece ser meditada.

Tal competência, a princípio, não afasta também, de certa maneira, a competência do Ministério Público. Indaga-se, contudo, se o Ministério Público, tratando-se de um interesse difuso, pode entrar diretamente na defesa desse interesse difuso, ou essa é uma competência administrativa? Podendo entrar, o faz apenas nos termos de indenização, de punição de um outro tipo, ou quando se trata da questão concorrência/interesse difuso, do ponto de vista penal, tem então toda a competência?

Ante todos esses questionamentos começamos a perceber que a concorrência tem o sentido de interesse difuso, com competência específica da Administração, a qual age neste sentido com os seus critérios técnicos, que, por sua vez, levanta um problema complicado de revisão judicial de decisões técnicas da Administração, não só relacionadas à questão econômica, mas também dizendo respeito ao tipo de discricionariedade técnica – própria e/ou imprópria – diante do qual se está, o que, por sinal, será objeto de discussão durante o evento a partir de amanhã.

De qualquer forma, inicialmente tenho uma competência administrativa para lidar em termos de regulação com concorrência como interesse difuso. Ao lado disso, a mesma concorrência pode ser vista como relação interindividual, situação, portanto, que me leva a um direito de ação da pessoa privada na defesa dos seus direitos, das suas posições, em face do outro concorrente, em que há concorrência, mas não como um interesse difuso propriamente dito, e sim como um interesse privado ou interesse homogêneo, na forma de um interesse coletivo. Nesses casos – relação interindividual, interesse homogêneo ou interesse difuso de um ponto de vista exclusivamente penal –, a competência é do Poder Judiciário. Quando falo na regulação do interesse difuso e penso na regulação do patrimônio nacional, o Executivo tem a palavra e o Estado regulador entra, ressaltando-se a competência do CADE.

Para balizar a relação entre Administração e Poder Judiciário não basta fazer as distinções que tentei apresentar, tomando a concorrência em vários sentidos na Constituição ou propiciada pela Constituição em vários sentidos. Devemos entrar em outras questões e essas foram tratadas no Direito brasileiro numa velha tradição, numa forma bastante rígida que fazia com que o Judiciário não entrasse em mérito de decisão administrativa só do ponto de vista formal.

Tal tradição perdurou por muito tempo e sabemos que hoje as coisas estão mudando e nesse ponto se levanta uma grande interrogação: na hora em que não há mais a velha democracia liberal, estado de direito liberal de proteção ao indivíduo, na hora em que passo pelo Estado Social, em que o Estado assume função social, e entro neste Estado chamado Regulador, a relação entre a forma e a matéria, ou seja, entre as questões formais e as questões de mérito começam a sofrer um abalo.

Hoje essa relação Administração e Poder Judiciário começa a ser modificada. Percebemos, por exemplo, que existe no Direito Administrativo, para ficar nele, uma larga discussão a respeito do que é um parecer técni-

co, a qual alterou o sentido antigo, que permitia perfeitamente dizer que o Judiciário não se mete no mérito, só se imiscuindo se houvesse vício formal. O sentido antigo de parecer técnico era de que ele era um ato administrativo que continha duas funções diferentes, uma chamada cognitiva e outra normativa. Como estavam separadas, dava perfeitamente para dizer que o Judiciário não tinha que entrar no exercício da função cognitiva, devendo se ater ao momento da decisão. Pois bem, o Direito Administrativo de hoje superou essa posição, não sendo mais assim que se pensa o ato administrativo, nem mesmo o parecer enquanto um ato administrativo. As duas funções estão juntas, não havendo como mais separá-las, o que força a revisão da velha posição do Judiciário, sobretudo diante do aparecimento deste outro fenômeno trazido pelo Estado Regulador, que é o fenômeno das agências.

A agência não é propriamente Administração. Importada da Administração americana, espalhou-se pelo mundo inteiro, possuindo estatuto próprio. O CADE, mesmo não sendo agência, acaba sendo acossado por esta mudança e a agência acaba exigindo, por sua própria constituição, que é técnica de um lado mas normativa de outro – de uma forma extensa, até legislativa, quase entrando no Poder Legislativo –, essa separação entre questões de mérito e questões formais, que vão sendo superadas por novas teorias e visões.

Desde que Adam Smith falou da economia política como um saber de ordem moral – e certamente moral jurídica –, foi traçado um caminho que durante o século XIX foi provocando uma separação que nos levou ao encontro em torno da concorrência, mas ainda assim separados e provocando problemas de como ligar uma coisa a outra.

Talvez, nesse começo de século XXI, Adam Smith seja necessário de novo, uma vez que, do ponto de vista constitucional, o Poder Judiciário deverá entrar de novo nesse cenário e olhar a economia com seus olhos jurídicos e morais. Não há escapatória: tenho certeza de que o século XXI nos mostrará esse tipo de encaminhamento, que certamente trará grande prazer para os acadêmicos-economistas e para os acadêmicos-juristas, pois teremos que repensar metodologias e ver como é que essas duas ciências se afinam ou não se afinam, onde estão suas semelhanças e diferenças e ver como podemos transformar tudo isso num pensamento de ciência comum, até para poder dar subsídios ao Poder Judiciário que efetivamente terá que entrar na questão.

Muito obrigado!

JORGE ANTONIO MAURIQUE

Presidente da AJUFE

Agradeço em nome dos organizadores ao Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que não só deu a aula inaugural, como também uma aula magistral, levando-nos à reflexão sobre qual Judiciário e sobre qual economia diante dos quais deveremos estar neste século há pouco iniciado.

Quero registrar e ao mesmo tempo agradecer a presença dos Conselheiros do CADE Luis Fernando Schuartz, Luiz Carlos Thadeu Prado e Ricardo Cueva. Também registrar e agradecer a presença dos nossos queridos amigos da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, na pessoa do Doutor Elton Leme e do Doutor Guido Silveira, do SINDICOM, uma das primeiras entidades parceiras da AJUFE em eventos mais abertos, mais plurais. Registro, ainda, de uma maneira muito especial e afetuosa, a presença do meu querido amigo Almir Martins Bastos, ex-Procurador da Fazenda Nacional. No ano de 2000, por sua iniciativa, a AJUFE deu início a atividades pioneiras no sentido de procurar caminhos plurais e realizar eventos conjuntos com o Poder Executivo nacional, experiência que se mantém em várias áreas. A partir dessa rica experiência propiciada pelo Almir, nós ampliamos em muito nossos horizontes e marcos de discussão teórica, não ficando restrita a conversas entre juízes, mas sim englobando várias outras categorias e atividades profissionais.

Agradeço mais uma vez aos organizadores do evento que me propiciaram presidir essa mesa tão seleta e com uma palestra tão magistral, da qual trago apenas uma mágoa: não ter trazido todos os meus livros do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior para levá-los autografados para casa!

Declaro encerrados os trabalhos da noite de hoje, lembrando a todos que daremos início às nossas atividades amanhã às 9h. Aproveito para pedir desculpas à Doutora Elizabeth Farina pela brincadeira a respeito do ruído que o CADE provoca no Judiciário! Na realidade, o Poder Judiciário tem provocado muito mais ruído no CADE do que o próprio CADE gostaria.

Convido a todos para o coquetel que será servido no salão ao lado. Muito obrigado!

