

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

Juliano Puchalski Teixeira

**ANÁLISE SISTÊMICA DA APRECIÇÃO PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO
DE DEFESA ECONÔMICA (CADE) DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO**

São Leopoldo

2010

Juliano Puchalski Teixeira

**ANÁLISE SISTÊMICA DA APRECIÇÃO PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO
DE DEFESA ECONÔMICA (CADE) DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO**

**Dissertação apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de Mestre,
pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito pela Universidade do Vale do Rio
dos Sinos.**

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

São Leopoldo

2010

T266i Teixeira, Juliano Puchalski
Análise sistêmica da apreciação pelo conselho administrativo de
defesa econômica (CADE) dos atos de concentração/ por Juliano
Puchalski Teixeira. -- 2010.
143 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos,
Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2010.
"Orientação: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha, Ciências Jurídicas e
Sociais".

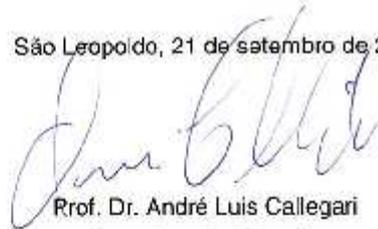
1. Direito - Economia. 2. Teoria dos Sistemas. 3. Ação preventiva -
Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 4. Economia -
Sociedade de risco. I. Título. II. Rocha, Leonel Severo.

CDU 34:33

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: **"A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA – ANÁLISE SISTÊMICA DAS AÇÕES PREVENTIVAS DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE) NO CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA SOCIEDADE DE RISCO PÓS-MODERNA"**, elaborada pelo mestrando **Juliano Puchalski Teixeira**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 21 de setembro de 2010.



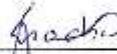
Prof. Dr. André Luis Callegari

Coordenador Executivo

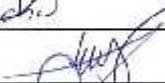
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

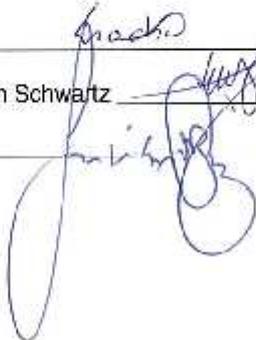
Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha



Membro: Dr. Germano André Dorderlein Schwartz



Membro: Dr. Luciano Benedetti Timm



AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Dr. Leonel Severo Rocha, que me apresentou à teoria dos sistemas, e realizou a orientação baseada em conversas serenas, que me transmitiram conhecimento, confiança e motivação, evidenciando a sintonia de nossos pensamentos.

Ao Professor Dr. Délton Winter de Carvalho, pela disponibilidade e ensinamentos transmitidos.

Ao Professor Dr. Celso Fernandes Campilongo, por ter me auxiliado a trilhar os primeiros caminhos da dissertação.

Ao Professor Me. José Antonio Batista de Moura Ziebarth, pela gentileza de ter me concedido entrevista na cidade de São Paulo, cujas respostas demonstraram a harmonia existente entre as atividades do CADE e as observações da teoria dos sistemas.

Aos Professores Drs. Lênio Streck e Antônio Carlos Nedel, cujas aulas não me canso de lembrar.

Ao amigo e futuro Doutor, Miguel Tedesco Wedy, por ter me apresentado à Unisinos.

A todos os demais Professores que compõem o Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.

À Secretaria do Programa, nas pessoas das Sras. Vera Loebens e Simone Vidal, em razão do profissionalismo, competência, atenção e paciência demonstrados.

Aos amigos que fiz ao longo do curso, em especial Cris Ternes, Ana Paula Atz, Dailor dos Santos, Felipe Loges, Daiane Aguiar e Guilherme Azevedo.

Aos meus colegas de escritório, Pedro Flach Júnior e Layon Lopes da Silva, por terem “segurado as pontas” enquanto me ausentava do escritório para redigir o trabalho.

À minha colega de profissão Ana Paula Gaiesky Oliva, pelo precioso auxílio na pesquisa.

Ao meu núcleo familiar, Nize, Jaguarê, Guilherme e “Feijão”, pois sem eles nada seria.

*Aos meus pais, Nize e Jaguarê, com todo
o amor que houver nessa vida*

“Não se pode criar experiência, é preciso passar por ela.”

Albert Camus

RESUMO

O trabalho tem por objetivo estabelecer critérios aptos a orientar a forma com que o Estado deve intervir na economia no século XXI. O exame centra-se nas atividades desenvolvidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia localizada na periferia do sistema jurídico, notadamente quando da apreciação dos atos de concentração celebrados entre empresas. O intuito é o de demonstrar que na sociedade de risco pós-moderna, o Direito tende a se desenvolver na periferia, fora dos tradicionais centros de justiça, e necessita adotar ações preventivas, anteriores à ocorrência dos danos, como condição à sua efetividade. Perante esse contexto, a pesquisa se desenvolve a partir da análise histórica da intervenção estatal na economia durante a modernidade, desde a promulgação da Constituição de 1824 até a de 1988, sob a ótica da teoria dos sistemas. A partir das experiências do passado, são elencadas premissas capazes de direcionar as ações do Estado. No plano sistêmico, observam-se as diferentes funções, interferências e expectativas nutridas pelos sistemas jurídico, político e econômico, no que tange à ação do poder público na economia. Com o advento da pós-modernidade no século XXI, questiona-se a prevalência dos dogmas e pretensões nutridos pelos sistemas na Modernidade. As características das comunicações fragmentadas e transdisciplinares determinam a impossibilidade de se avaliar com certeza os riscos produzidos pela sociedade, notadamente na esfera econômica. O posicionamento do Direito ante esse cenário de instabilidade é construído a partir da imperiosa necessidade de adoção de ações preventivas, anteriores ao dano, a partir de estudos que envolvam outras ciências, em complemento à legislação. O paradigma preventivo orienta a avaliação das atividades realizadas pelo CADE no exame dos atos de concentração, bem como o teor da legislação vigente (Lei n. 8.884/94) e da que está por ser aprovada (Projeto de Lei da Câmara n. 6/2009). As proposições sistêmicas e as conclusões extraídas ao longo do texto são corroboradas pelas decisões proferidas pelo CADE e a Justiça Federal quando do julgamento do ato de concentração envolvendo as empresas Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garotos S.A.

Palavras-chave: Teoria dos Sistemas. Direito. Economia. Política. Risco. Prevenção. CADE.

ABSTRACT

This paper aims at establishing criteria which can point the way that the State must intervene in the XXIst century economy. The research is based on the Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) activities, a state company which resides in the outward bounds of the legal system, mainly concerning the analysis of the concentration acts among companies. Its purpose is to show that in the post-modern risk society, Law tends to develop at the outward bounds, beyond the traditional justice centers, and it demands the adoption of preventive actions, prior to the occurrence of damage as a condition to its effectiveness. As a consequence of this context, research evolves from the historical analysis of the State intervention in the economy during modern age, from the promulgation of the Constitution of 1924 up to the 1988 one, under the Systems Theory. Premises which can direct the actions of the State rise from past experiences. At the systemic plan, one can observe different functions, interferences and expectations nourished by the legal, political and economical systems, concerning the public powers actions in the economy. With the advent of the XXIst century post-modernity, the prevalence of dogmas and pretensions supported by the modern age systems are questioned. The characteristics of multi and fragmented communications make it impossible to evaluate accurately the risks produced by society, especially within the economic scope. The positioning of Law, lying on this scenario of instability, is built upon the high necessity of adopting preventive actions prior to the damage, from studies involving other sciences which complement legislation. Not only does the preventive paradigm steer the evaluation of the activities performed by CADE when examining the acts of concentration, but also the legislation in vigour (8.884/94 law) and pending for approval (Câmara Law Draft n. 6/2009). Both the systemic propositions and the conclusions made during this research are confirmed by the CADE and Justiça Federal decisions, when analyzing the concentration act involving Nestlé Brasil Ltda. and Chocolates Garoto S.A. companies.

Key words: Systems Theory. Law. Economy. Politics. Risks. Prevention. CADE.

LISTA DE ABREVIATURAS

AGU - Advocacia Geral da União
AMBEV – Companhia de Bebidas da América
ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP - Agência Nacional de Petróleo
APRO - Acordo de Preservação da Reversibilidade de Operação
BM&FBovespa – Bolsa de Mercadoria e Futuros e Bolsa de Valores de São Paulo
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF – Constituição Federal
CSN – Companhia Siderúrgica Nacional
CVM - Comissão de Valores Mobiliários
IBOPE – Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Pesquisa
Oi-BRT – Oi e Brasil Telecom
PLC – Projeto de Lei da Câmara
PPG – Programa de Pós-Graduação
PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo
SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência)
SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico)
SDE (Secretaria de Direito Econômico)
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos
USP – Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL DOS SISTEMAS JURÍDICO, POLÍTICO E ECONÔMICO E A INSTITUIÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE).....	18
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN	19
2.1.1 Critérios de Observação.....	19
2.1.1.1 Observação Normativista	19
2.1.1.2 Observação Sistêmica.....	22
2.1.2 O Sistema Político	25
2.1.2.1 O Sistema Jurídico.....	26
2.1.2.2 Acoplamento Estrutural dos Sistemas Jurídico e Político.....	29
2.1.3 Adequação da Teoria Sistêmica para Estudos Transdisciplinares.....	31
2.2 ANÁLISE HISTÓRICO-SISTÊMICA DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA NACIONAL.....	33
2.2.1 Período Liberal	36
2.2.1.1 Contexto Social	36
2.2.1.2 Dispositivos Constitucionais	38
2.2.1.3 Consequências do Liberalismo Econômico.....	39
2.2.1.4 Análise Sistêmica	41
2.2.2 Período Social.....	43
2.2.2.1 Contexto Social	44
2.2.2.2 Dispositivos Constitucionais	46
2.2.2.3 Consequências da Política Social	49
2.2.2.4 Análise Sistêmica	51
2.2.3 Período Social Democrático.....	55
2.2.3.1 Contexto Social	56
2.2.3.2 Dispositivos Constitucionais	59
2.2.3.3 Consequências das Constituições Dirigentes	63
2.2.3.4 Análise Sistêmica	64

3 A NECESSIDADE DE AÇÕES PREVENTIVAS PELA PERIFERIA DO SISTEMA JURÍDICO NA PÓS-MODERNIDADE E A ATUAÇÃO DO CADE	68
3.1 PÓS-MODERNIDADE, SOCIEDADE DE RISCO E O CADE.....	71
3.1.1 Complexidade Pós-Moderna	72
3.1.2 Fragmentação da Comunicação	73
3.1.3 Comunicação e Autopoiese de 1º e 2º Graus	75
3.1.4 Sociedade de Risco.....	78
3.1.5 Centro e Periferia no Pluralismo Jurídico	82
3.1.6 Substituição das Pretensões Sistêmicas da Modernidade.....	889
2.2 ATOS DE CONCENTRAÇÃO: LEGISLAÇÃO E PREVENÇÃO.....	93
3.2.1 Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco	96
3.2.1.1 Paradigmas da Modernidade	96
3.2.1.2 Autoirritação do Direito pelo Risco.....	97
3.2.1.3 Comunicação do Risco	99
3.2.2 Análise Sistêmica da Legislação Atual	101
3.2.2.1 Considerações Iniciais – Previsão Legal e Conceitos	102
3.2.2.2 Problemas da apreciação “ <i>a posteriori</i> ” dos atos de concentração.	104
3.2.2.3 Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO).....	106
3.2.2.4 Busca pela Prevenção	106
3.2.2.5 Análise Sistêmica	108
3.2.2.6 Projeto de Lei da Câmara n. 6/2009	109
3.2.3 Ato de Concentração Caso Nestlé/Garoto	110
3.2.3.1 Dados da Operação Societária.....	111
3.2.3.2 Decisão do CADE	112
3.2.3.3 Decisão da Justiça Federal.....	113
3.2.3.4 Análise Sistêmica das Decisões.....	115
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	119
REFERÊNCIAS	129
APÊNDICE A - ENTREVISTA	134
APÊNDICE B – E-MAIL PROFESSOR CAMPILONGO	139

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos três séculos de história, os sistemas jurídico, político e econômico sofreram inúmeras transformações. As alterações verificam-se tanto em suas estruturas internas, quanto no plano externo, na maneira com que se relacionam entre si e reagem ante os fatos sociais. Em território brasileiro, a ideologia política acolhida pelas Constituições Federais é fundamental à definição dos diferentes contornos sistêmicos.

O resultado desse fenômeno interativo entre os sistemas, regido pelas cartas constitucionais, condiciona o modo com que o Estado intervém na economia. Em linhas gerais, ao longo dos anos, pode-se afirmar que a ação do poder público no mercado oscilou entre dois extremos, ora privilegiando a liberdade de iniciativa, ora o intervencionismo¹.

Durante a vigência das Constituições de 1824 e 1891, verificou-se o predomínio de uma política liberal, inspirada nos ideais da Revolução Francesa e na doutrina de Adam Smith. O Estado realizava uma interferência mínima na economia, destinada a garantir o direito de propriedade e a liberdade contratual dos cidadãos. O Judiciário permanecia ausente, apenas observando os fatos, sem realizar qualquer interferência. Compartilhava-se a ilusão de que o mercado poderia se regular de forma autônoma, graças a sua dinâmica, circunstância que proporcionaria a harmonia necessária à sobrevivência do sistema econômico.

A partir de 1930, com o golpe de Getúlio Vargas, inicia-se um novo período histórico. O governo brasileiro, novamente influenciado pelos acontecimentos ocorridos no exterior, abandona os ideais abstencionistas e modifica substancialmente seu posicionamento diante da economia. A inspiração política advém dos Estados Unidos da América, berço dos então vigentes ideais liberais.

Em reação aos prejuízos decorrentes da ação inexistente do Estado na economia, que culminou no “crack” da bolsa em 1929, o Presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt instaura uma política interventora. Tal ideologia foi adotada por diversos países, notadamente aqueles onde se instalaram governos ditatoriais.

O espírito interventor predominou nas Constituições de 1934, 1937 e 1946, bem como no período do regime militar. Fundamentalmente, a interferência estatal no mercado dava-se por decisões discricionárias proferidas pelo Poder Executivo. Com isso, os atores integrantes

¹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico:** do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006. p. 5.

do sistema econômico foram assolados por sentimentos de insegurança, incerteza e imprevisibilidade, devido à ausência de legislações específicas e de órgãos especializados.

Após décadas de governos autoritários, houve o amadurecimento da ação estatal no domínio econômico. Em substituição à concepção anterior, a Constituição Federal de 1988 oficializou a adoção de uma política abalizada em princípios democráticos e sociais. Agora, ao invés de unicamente declarar direitos, o Estado assume o compromisso de concretizá-los, sendo imprescindível sua ação efetiva na área econômica.

Nesse diapasão, a atual carta política dedica um título específico, denominado “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”, contemplando uma ordem jurídica econômica (mundo do dever ser), com o propósito de modificar a realidade econômica (mundo do ser). Com isso, o Estado almeja proteger uma série de princípios e garantias, como liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor.

Para tanto, foram constituídas diversas organizações específicas, a exemplo de ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), CVM (Comissão de Valores Mobiliários). Legislações específicas regem essas entidades, e orientam suas ações em determinados setores da economia. Em suma, exercem fiscalizam o setor que lhes compete, resolvem conflitos, proferem decisões, sempre em prol dos interesses sociais arrolados na Constituição.

Algumas dessas entidades existem mesmo antes da Constituição Federal de 1988, outras foram criadas após, não importa. A questão inovadora é o fato de o Estado estar agindo de modo organizado, programado. Do contrário, o poder público jamais poderia cogitar de realizar os direitos sociais prometidos na carta política.

Um rol de motivos torna o estudo das agências e autarquias conveniente, quiçá indispensável. As matérias sujeitas ao seu exame crescem de importância social a cada dia que passa. Cite-se, por exemplo, a CVM, responsável pela regulação e controle do mercado brasileiro de valores mobiliários.

Outro fator a incentivar a pesquisa é o fato das organizações serem recentes e, portanto com escasso rol jurisprudencial. O mesmo pode-se dizer com relação à doutrina. Historicamente, os juristas nacionais e as universidades dedicam-se aos centros tradicionais de produção de Direito.

Dentre as organizações existentes, a dissertação opta por analisar especificamente alguns aspectos referentes à atuação da autarquia denominada CADE. A lei 8.884/94 explicita suas ações, poderes, competência, além de outros temas. Em suma, a instituição realiza duas

atividades, uma de caráter preventivo e outra repressiva. Em ambas, profere suas decisões por intermédio de um Plenário, composto por profissionais oriundos das áreas do Direito e da Economia.

No Título V da Lei, denominado de “Das Infrações à Ordem Econômica”, constam elencadas suas funções destinadas à repressão das condutas anticoncorrenciais. Os artigos 20 e 21 arrolam quase trinta espécies de ações configuradoras de infração à ordem econômica.

Sua outra modalidade de ação reside no Título VII da Lei n. 8.884/94, sob o nome de “Das Formas de Controle”, que contempla suas atividades no controle dos atos de concentração. Nos termos do artigo 54, todo e qualquer ato, capaz de limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou acarretar a dominação de mercados relevantes, deverá ser submetido à apreciação do CADE. Ditos atos consistem em operações jurídicas societárias, como fusões, incorporações, *joint ventures*, aquisições.

Devido à impossibilidade de se examinar as duas espécies de atividades desempenhadas pelo CADE, em face da necessidade de se delimitar ao máximo o objeto de estudo, a dissertação elege observar o controle dos atos de concentração.

Como salientado anteriormente, após décadas de transformações sistêmicas, o Estado brasileiro estabeleceu uma forma específica de interferir no sistema econômico, qual seja, mediante organizações especializadas, localizadas na periferia do sistema jurídico. Munidas de legislação própria, visam solucionar problemas particulares do mercado, relacionados, de forma direta ou indireta com a ordem econômica (mundo do dever ser) a ser implementada.

Entretanto, essa fórmula de intervenção foi gerada ao final da modernidade, quando ainda imperavam certos dogmas e pretensões, os quais são postos à prova na realidade atual. Com efeito, a partir do advento da pós-modernidade, uma série de modificações ideológicas, sistêmicas e políticas abalaram as certezas e noções metafísicas criadas no período anterior. Então, é indispensável que a atuação do CADE seja observada em face do contexto pós-moderno.

Após a delimitação do objeto da dissertação no aspecto material, exame dos atos de concentração, e no temporal, pós-modernidade, torna-se possível a formulação do problema do texto, a saber: Na sociedade de risco pós-moderna, de que maneira o CADE deve agir, enquanto organização localizada na periferia do sistema jurídico, com o intuito de processar as comunicações fragmentadas e transdisciplinares oriundas do sistema econômico, notadamente quando do julgamento dos atos de concentração celebrados entre empresas?

O objetivo geral do trabalho consiste em demonstrar, que no século XXI, o Direito tende a se desenvolver e adquirir maior relevância, nas organizações localizadas fora dos tradicionais centros de decisão (Tribunais Estaduais e Federais). E mais, que sua efetividade está condicionada a superação de dogmas nutridos ao longo da modernidade. Destarte, organizações como o CADE devem superar a lógica do Direito Hipercíclico, inerente ao período anterior, a fim de adotar a dialética do Direito Flexível², consoante proposto por Gunther Teubner. Para tanto, o Direito deve ser concebido sob perspectivas dinâmicas, aberto às contribuições de outras ciências, como a sociologia e a economia.

As nuances dos problemas submetidos à decisão do CADE demandam necessariamente ações de cunho preventivo, direcionadas ao futuro. Com efeito, o desafio principal da autarquia reside em avaliar os efeitos dos atos praticados no presente (no caso específico, os atos de concentração), de forma a evitar a ocorrência de danos no futuro, os quais, na maioria das vezes são imprevisíveis, imensuráveis, incalculáveis.

A matriz teórica utilizada na dissertação é a teoria dos sistemas. A capacidade da teoria de descrever as interações dos principais sistemas sociais é essencial à melhor observação desses fenômenos. Os conceitos sistêmicos propiciam a constituição de discursos dialéticos, compatíveis com a fragmentação e transdisciplinaridade da comunicação. Conceitos como o de acoplamento estrutural, autopoiese e função, auxiliam na avaliação crítica do papel desempenhado pelos sistemas na pós-modernidade. Não há como fugir. A complexidade pós-moderna demanda a adoção de proposições teóricas igualmente complexas.

A estrutura da dissertação é dividida em dois capítulos, os quais se subdividem em outras duas partes. Na primeira parte do primeiro capítulo, apresentasse ao leitor de primeira viagem os conceitos basilares da teoria dos sistemas, notadamente aqueles relacionados com objeto do texto. Isto porque, a teoria ainda é pouco difundida no país, situação que gradativamente vem se revertendo.

Já o segundo trecho do primeiro capítulo, denominado de “Análise Histórico-Sistêmica da Intervenção Estatal na Economia Nacional”, tem por objetivo descrever as distintas maneiras de interferência estatal na economia nas últimas décadas. A exposição é dividida em três períodos, liberal, social e social-democrático. Para cada época, arrolam-se as circunstâncias sociais e ideológicas vigentes, o teor dos principais dispositivos constitucionais, as consequências do modelo de intervenção escolhido e, por fim, a observação sistêmica desse conjunto de questões e fatos.

² TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989. p. 212.

Os objetivos específicos do primeiro capítulo são:

- ✓ destacar a adequação da observação estabelecida pela teoria dos sistemas no exame de temas transdisciplinares, que envolvam matérias de origem política, econômica e jurídica;
- ✓ descrever a história da intervenção estatal na economia, a partir da teoria dos sistemas, salientando o contexto social vigente, a ideologia política adotada pelo governo, o teor dos artigos constitucionais, a intervenção do Estado no mercado, e o contorno dos sistemas jurídico, político e econômico;
- ✓ apontar premissas capazes de nortear a forma com que o Estado deve interferir na economia e o modo de interação dos sistemas;
- ✓ evidenciar as razões de instituição do CADE, e demais organizações situadas na periferia do sistema jurídico, destinadas a interferir em questões específicas da economia.

O segundo capítulo igualmente é desmembrado em duas partes, e tem por objetivo primordial analisar criticamente o caráter preventivo das ações do CADE na pós-modernidade, notadamente quando do julgamento dos atos de concentração. Considerando que o primeiro capítulo contempla fatos verificados na modernidade, e que no momento se constata a instalação de um novo período, o texto inicialmente procura descrever as transformações percebidas na sociedade em razão do advento da pós-modernidade.

A descrição parte das inéditas características assumidas pela comunicação, que fragmentadas e transdisciplinares, passam a interferir com força em diversos sistemas sociais. Circunstância capital à formação de uma sociedade onde o risco adquire proporções inimagináveis, devido à abstração e extensão possível dos danos.

Em seguida, aborda-se o cenário de pluralismo jurídico pós-moderno, onde convivem no mesmo ambiente normas proferidas pelos entes estatais e também pelas instituições privadas. Assim, questiona-se a aptidão das organizações pertencentes ao sistema jurídico, tanto do centro como da periferia, de se posicionar ante as contingências pós-modernas, com o fito de reduzir a complexidade social.

Na última parte da dissertação, após o estabelecimento de diversas premissas, o texto centra-se nas atividades desenvolvidas pelo CADE, na apreciação dos atos de concentração, sob o enfoque da efetividade, prevenção e antecipação aos danos. O paradigma teórico da

análise é a matriz de responsabilidade civil defendida por Délton Winter de Carvalho³, dedicada a minimizar os riscos sociais por meio de ações preventivas.

Traça-se uma análise crítica dos dispositivos constantes da legislação atual, Lei n. 8.884/94, assim como das regras inseridas no Projeto de Lei da Câmara n. 6/2009, possível legislação antitruste do país. Ao final, o trabalho dedica-se ao exame do ato de concentração envolvendo as empresa Nestlé do Brasil Ltda. (Nestlé) e Chocolate Garoto S.A. (Garoto). A circunstância de a operação ter sido submetido às decisões do CADE e da Justiça Federal, enquadra-se como uma luva no objeto da dissertação.

Os objetivos específicos do segundo capítulo são:

- ✓ identificar os aspectos da comunicação na pós-modernidade e os reflexos na sociedade e nos sistemas, principalmente na reprodução autopoiética;
- ✓ demonstrar a dificuldade do centro no enfrentamento das questões pós-modernas;
- ✓ apontar as características que o Direito da periferia deve assumir para ter efetividade na pós-modernidade, relacionando com as características de atuação do CADE;
- ✓ analisar as ações preventivas do CADE na atualidade, a partir da Lei n. 8.994/94;
- ✓ analisar as possibilidades de ações preventivas pelo CADE caso seja aprovado o Projeto de Lei da Câmara n. 6/2009;
- ✓ demonstrar, a partir da análise do caso Nestlé/Garoto, a validade e pertinência das conclusões e propostas extraídas ao longo de toda a dissertação.

Após o alcance dos objetivos específicos de cada capítulo, será viável responder ao problema fundamental do texto: na sociedade de risco pós-moderna, de que maneira o CADE deve agir, enquanto organização localizada na periferia do sistema jurídico, com o intuito de processar as comunicações fragmentadas e transdisciplinares oriundas do sistema econômico, notadamente quando do julgamento dos atos de concentração celebrados entre empresas?

O plano da dissertação obedece a dois modelos, histórico e lógico. O primeiro justifica-se por conta da análise histórica da interferência estatal na economia. Ademais, a

³ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 179.

escolha do plano revela-se adequada, pois se faz uma observação da legislação presente, e se elencam os possíveis efeitos e vantagens da legislação futura.

Por outro lado, o modelo histórico permite a utilização do modelo lógico. Isto porque, no decorrer da exposição, são extraídas inúmeras premissas e conclusões, a partir dos fenômenos sociais relacionados à forma de interferência estatal na economia, com o propósito de orientar as ações do CADE na pós-modernidade.

No que tange aos métodos de abordagem e de procedimento, importa tecer os seguintes comentários. Ante a adoção da teoria dos sistemas, e diante do enfoque transdisciplinar, tem-se que o método de abordagem mais recomendável seja o dialético, a fim de proporcionar o diálogo do Direito com as diferentes áreas do conhecimento. Quanto ao método de procedimento, opta-se pelo histórico e sistêmico, adequados à elucidação das razões que culminaram na constituição de organizações como o CADE, e à análise do funcionamento dos sistemas na pós-modernidade.

De todo o exposto, resta evidente a sintonia do trabalho com a linha teórica do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, a qual traz em sua essência a proposta de pesquisar a ciência jurídica sob o enfoque transdisciplinar e dialético, na perspectiva de uma sociedade globalizada e complexa. Ademais, a harmonia é ainda maior na medida em que se adota como pano teórico a teoria dos sistemas, difundida e ministrada especialmente pelo Professor Doutor Leonel Severo Rocha. Uma vez encerrada a Introdução, cumpre dar início à exposição.

2 O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL DOS SISTEMAS JURÍDICO, POLÍTICO E ECONÔMICO E A INSTITUIÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)

O primeiro capítulo é dividido em duas partes. Na primeira, são tecidas considerações prévias acerca da teoria dos sistemas, na perspectiva de Niklas Luhmann, acrescido das contribuições de Gunther Teubner, ambos os autores alemães, juristas e sociólogos. Tal medida justifica-se como forma de aproximar os leitores ainda não iniciados de seus complexos conceitos e vocabulário, uma vez que a teoria ainda é pouco difundida no Brasil. Do contrário, estaria sendo prestado um desserviço à divulgação e consequente utilização da teoria por um número maior de estudiosos. Há que se ter em mente que propostas inovadoras - como a de adotar a teoria sistêmica como matriz do Direito - ocasionam uma natural resistência do ser humano.

Na segunda parte do primeiro capítulo, o texto detém-se nas diferentes formas com que o Estado interveio na ordem econômica nacional ao longo da história, desde a época do Império até a presente data, com base nas orientações políticas das Constituições Federais, privilegiando ora a liberdade de iniciativa, ora o intervencionismo. A evolução desses acontecimentos históricos, sob a ótica sistêmica, permite constatar as mutações dos sistemas econômico, jurídico e político, e as diversas maneiras com que se relacionaram entre si, fatores que redundaram na atual previsão constitucional de intervenção estatal na economia. Dessa forma, resulta mais clara a constituição do CADE e a expectativa com relação ao desempenho de sua função.

No segundo capítulo, o texto procura definir o CADE, enquanto organização, segundo os critérios da teoria dos sistemas. Após, indaga-se acerca da capacidade e efetividade do CADE em zelar pela ordem econômica no cenário da pós-modernidade, segundo a observação/descrição de Gunther Teubner. Dentre os desafios e contingências impostos, o CADE deve saber lidar com o pluralismo jurídico, em que a fonte do Direito deixa de advir somente do Estado, mas também de outros atores sociais, na maioria privados. Ademais, o risco de sua atividade impõe-lhe uma conduta pró-ativa com a finalidade de evitar danos, cuja repercussão pode atingir diversos sistemas. Por fim, o ineditismo dos casos postos à sua apreciação, faz lembrar o período em que o Direito era uma arte essencialmente criativa, onde

os julgamentos brotavam das especificidades de cada caso concreto, e não de forma pronta e acabada, como se verifica hoje com o Poder Judiciário.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Como na presente dissertação adota-se a teoria dos sistemas como matriz teórica, revela-se recomendável trazer à tona uma síntese de seus principais conceitos, notadamente aqueles que serão utilizados ao longo do texto. A intenção é aproximar o leitor do complexo vocabulário e conceitos da teoria luhmanniana, obviamente que sem a pretensão de esgotá-la, dadas as poucas linhas desse texto, a inexperiência do expositor e a profundidade da matéria.

2.1.1 Critérios de Observação

A teoria sistêmica tem uma forma peculiar de observar os fatos que ocorrem em sociedade, amplamente distinta da ótica adotada pelas teorias tradicionais, razão pela qual o leitor de primeira viagem queda-se um pouco arreado às suas propostas. Entretanto, o passo inicial para a aceitação da teoria depende da compreensão dos motivos e consequências dessa maneira inusitada de enxergar e descrever o mundo. Antes de mais nada, faz-se mister descrever e criticar a observação fruto das teorias jurídicas tradicionais, classificadas como normativistas, cuja inadequação é mais latente no século XXI, na pós-modernidade, para que então se possa constatar a pertinência da teoria sistêmica.

2.1.1.1 Observação Normativista

O pensamento jurídico de grande parte da doutrina nacional tem suas raízes históricas na Escola da Exegese, do Direito francês, e na Jurisprudência dos Conceitos, do Direito

alemão, tidas por normativistas. Tais escolas originam-se do mesmo ambiente e época, o Humanismo do século XVII, onde reinava a instrumentalização do saber, o raciocínio matemático e a lógica cartesiana.⁴

Em linhas gerais, pode-se afirmar que os juristas exegéticos reduziram o conteúdo do Direito ao conceito de norma jurídica, que hipoteticamente regularia todas as situações litigiosas possíveis, prescrevendo condutas devidas e sanções⁵. O Direito ficou restrito à aplicação da lei ao caso concreto, por intermédio de um raciocínio lógico dedutivo, ou seja, uma vez presentes as condições fáticas previstas na norma, o juiz deveria aplicar automaticamente a lei, como em um cálculo matemático.

Já o alemão Georg Fiedrich Puchta⁶ transformou a ciência jurídica em um sistema de conceitos, sustentados por uma pirâmide. A aprimoração de sua teoria, ao longo dos anos, mediante a adoção de critérios lógicos e formais, deu origem à Jurisprudência dos Conceitos. Dita teoria parte do princípio da subordinação dos conceitos, ou seja, os conceitos especiais estariam subordinados a outros, de extensão mais ampla, mas dotados de conteúdo escasso.

O significado dos conceitos fixaria “de uma vez por todas, o sentido dos termos jurídicos, de modo que permitisse, a partir dos textos legais, um raciocínio tão restrito quanto dentro de um sistema matemático”⁷. Diante de um fato, caberia ao intérprete encontrar o sentido sistematicamente adequado da norma, que resultaria de uma construção baseada em conceitos já pré-definidos, mediante combinações analíticas.

Lênio Streck confirma a influência, na dogmática jurídica nacional, das teorias da Escola da Exegese e da Jurisprudência de Conceitos, ao dizer que ambas “estão arraigadas no plano das práticas cotidianas dos operadores jurídicos”, e podem ser encontradas em quantidade, não em qualidade, nos textos e manuais jurídicos. Para identificá-las basta que se localizem expressões como “ao espírito do legislador”, “à vontade do legislador”, “ao processo de formação da lei”, “o espírito da lei”, “vontade da norma” e “intenção da lei”⁸.

A título de exemplo, citem-se as lições de Aníbal Bruno⁹, segundo o qual interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido, e quando a lei é clara (“*in claris non fit*

⁴ KRETSCHMANN, Ângela. **História Crítica do Sistema Jurídico**: da prudência antiga à ciência moderna. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 111.

⁵ NEDEL, Antônio Carlos. **Uma Tópica Jurídica**: Clareira para a Emergência do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 203-21.

⁶ KRETSCHMANN, op. cit., p. 180.

⁷ Ibidem, p. 181.

⁸ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica em Crise**: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 98.

⁹ Ibidem, p. 93.

interpretatio”), a interpretação é instantânea. Washington de Barros Monteiro¹⁰ segue a mesma linha, ao citar que “a lei quase sempre é clara, hipótese em que descabe qualquer trabalho interpretativo (*lex clara non indiget interpretatione*)”.

As citadas teorias, Escola da Exegese e Jurisprudência dos Conceitos, guardam muita semelhança entre si. Além de terem surgido na mesma época e contexto social, as teorias normativistas içaram o homem ao centro da sociedade, graças ao princípio da razão humana, e fundaram suas estruturas em sólidos pressupostos ontológicos, princípios e certezas¹¹.

Por conta disso, a observação do mundo pela ótica das teorias normativistas que, repita-se, predomina no pensamento jurídico nacional, é feita por um único sujeito, o sujeito abstrato e fictício, fruto das teorias do conhecimento, que tem a pretensão de tudo compreender e regular, graças a sua racionalidade, de acordo com critérios cartesianos¹².

Ditas teorias sustentam, de forma inquestionável e universal, dentro de um contexto metafísico¹³, que a vontade do legislador e a da norma representariam garantias de segurança e justiça. Charles Douzinas aponta que a frenética atividade legislativa indica a ilusória esperança de que o legislador seja capaz de atender todas as necessidades e desejos do homem moderno, assim como ocorreu com a figura do Imperador, de Deus, do soberano¹⁴.

Como afirma Leonel Severo Rocha, as teorias normativistas, assim como outras originárias da modernidade, convivem com um dilema, consubstanciado na impossibilidade de conciliar projetos simultâneos. De um lado, pretendem produzir modelos estáveis da realidade social, construções de representações globais fictícias, mediante a contínua edição de normas e institutos.

Contudo, têm a consciência de que a sociedade é indeterminada, e o mundo, irrepresentável¹⁵. Portanto, revela-se falaciosa a tentativa do homem da modernidade, do conhecimento, de tentar compreender o mundo pela ótica de um sujeito abstrato, eis que sua racionalidade é incapaz de domar as contingências da sociedade.

A proposta de Luhmann é inovadora justamente pelo fato de migrar da racionalidade do sujeito para a racionalidade do sistema, uma modificação da observação em face da

¹⁰ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica em Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 95.

¹¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 31.

¹² ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In: **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 11.

¹³ NEDEL, Antônio Carlos. **Uma Tópica Jurídica: Clareira para a Emergência do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 302.

¹⁴ DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 334.

¹⁵ ROCHA, op. cit., p. 14.

transição da modernidade para a pós-modernidade, a partir do século XXI. Como se verá adiante, trata-se de uma forma distinta de observação do mundo, uma vez comparada às teorias normativistas tradicionais.

2.1.1.2 Observação Sistêmica

A observação da teoria dos sistemas, denominada de autopoietica, tem dentre os seus propósitos o de fornecer critérios para que se possa compreender as formas com que o Direito e a cultura jurídica se manifestam no século XXI.

Na obra “A Sociedade da Sociedade”¹⁶, Niklas Luhmann aborda a teoria dos sistemas autopoieticos, e elege como pressuposto básico da sociologia a seguinte premissa: “tudo está incluído dentro da sociedade”. Partindo dessa afirmativa, conclui pela alta complexidade da sociedade, frente a sua capacidade de gerar possibilidades diferentes de comunicações e manifestações, em um processo multiplicativo constante. Nesse sentido, não seria possível nenhuma produção de identidade, nenhuma produção de linguagem, a não ser no seio da sociedade¹⁷.

Então, como forma de enfrentar, ordenar e reduzir as possibilidades de comunicação existentes, a sociedade autoproduziu sistemas, que atribuem sentido às inúmeras manifestações que existem e, porventura, possam vir a existir¹⁸. Como exemplo de sistemas sociais, tem-se o sistema da política, da economia, da medicina. Impõe-se frisar que, historicamente, a sociedade sempre se diferenciou internamente, com a comunicação organizada em critérios distintos, seja através de sexo, idade, raça, cidade. Hoje, essa diferenciação ocorre por critérios funcionais, mediante sistemas.

Todo o sistema possui um código, que estabelece os fatos e comunicações que ingressarão ou não à sua análise. Então, o código confere determinando tipo de abertura ou fechamento ao sistema, conferindo-lhe unidade, função, lógica e uma observação particular dos fatos sociais.

¹⁶ NIKLAS, Luhmann. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Surkamp Verlag, 1997. Com edição em espanhol. LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de La Sociedad**. México: Editorial Herder, 2007.

¹⁷ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In: **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.

¹⁸ Idem. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2002. p. 168.

Seguindo esse raciocínio, o sistema da medicina se prestaria a resolver questões ligadas à saúde, sendo essa sua função, o modo com que contribui para reduzir a complexidade da sociedade. De outro lado, toda e qualquer comunicação referente à corrupção verificada no Senado, a princípio, passaria despercebida pelo sistema da medicina, mas não pelos sistemas político, jurídico e econômico, que estariam capacitados a resolver tal problema de uma forma particular, de acordo com sua função e capacidade de identificação.

Cada sistema possui autonomia em relação à sociedade e perante outros sistemas, em virtude de diferenças e propriedades específicas, modificadas constantemente a partir da autorreprodução de seus próprios elementos. Quando essa autorreprodução é feita de forma independente, a partir de sua auto-observação e auto-organização, tem-se a existência de sistemas autopoieticos, “que conseguem a partir da criação de um espaço próprio de sentido se auto-reproduzirem a partir de um código e de uma programação própria”¹⁹.

A reprodução autopoietica é uma questão crucial, pois evita o desvio das funções do sistema ou, seguindo a linguagem sistêmica, a sua corrupção. Luhmann dedicou, em suas últimas obras, especial atenção ao conceito de autopoiese, questão relevante para a organização e tomada de decisão dos institutos e organizações que se localizam nos sistemas²⁰. Nesse ponto, vale destacar a origem do conceito de autopoiese, formulado pelo biólogo chileno Humberto Maturana. Segundo ele, a definição da organização dos seres vivos se caracterizaria pela capacidade de produzir e reproduzir, por si mesmos, os elementos que o constituem, definindo sua unidade²¹.

As conexões entre os sistemas, denominadas de acoplamento estrutural, são usuais e por vezes, em face do contexto, devem obrigatoriamente ocorrer. Com isso, tem-se que os sistemas não permanecem isolados, fechados operacionalmente. O problema ocorre quando os sistemas passam a se confundir com outros, mediante um entrelaçamento de suas funções, tornando ainda mais complexa e instável a sociedade capitalista. Nesse caso, o sistema não mais se reproduz por seus próprios elementos, pois há um problema autopoietico. Como exemplo, pode-se citar a judicialização da política, a politização do judiciário.

¹⁹ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2002. p. 169.

²⁰ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In: **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18.

²¹ CORSI, Giancarlo; ESPÓSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre La Teoría Social de Niklas Luhmann**. Tradução em espanhol de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara, México: Anthropos, 1996. p. 31.

Os sistemas comportam um centro e uma periferia, sem relação de hierarquia entre ambos. O centro é menos dinâmico e mantêm íntegras e organizadas as características particulares do sistema, estabelecendo sua unidade e autopoiese. É nele que estão presentes, de forma mais evidente, seu código e função. Fora do centro, localiza-se a periferia, local em que impera o dinamismo e a instabilidade. Por tal razão, a periferia está mais sujeita a influência de outros sistemas, ou seja, é nela onde se tem início os processos de acoplamento estrutural.

De acordo com o quanto até agora exposto, é possível constatar a impossibilidade de se conseguir uma descrição e observação segura e certa da sociedade a luz de uma única ótica, a ótica do sujeito conhecimento, conforme proposto pelas teorias normativistas, cuja racionalidade é incapaz de produzir modelos estáveis aptos a dominar a contingência social.

A sociedade pós-moderna do século XXI está inserida em um plano multifacetado e pluralista²², de alta complexidade, podendo ser descrita através de inúmeras formas e teorias, conforme a ampla gama de sistemas, fato que proporciona diversas visões do mesmo fenômeno. É uma verdadeira polifonia, conforme adiantado por Luis Alberto Warat, em sua obra “O Direito e sua Linguagem”²³.

Esses são os motivos pelos quais a teoria dos sistemas sugere a observação da sociedade a partir dos sistemas sociais, com base em conceitos como fechado/aberto, autopoiese, código, acoplamento estrutural, função, corrupção²⁴. A finalidade é de compreender o funcionamento dos sistemas para que seja reduzida a complexidade verificada na pós-modernidade. Passa-se de uma observação monocultural para uma pluricultural, uma lógica de múltiplos valores.

Após essas breves considerações, cumpre arrolar as características principais do sistema político e do sistema jurídico, bem como a maneira com que eles podem se relacionar entre si, mediante acoplamentos estruturais, sem que haja a corrupção de suas funções.

²² ROCHA, Leonel Severo. Sistemas do Direito e Transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda a Autopoiese. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2002. p. 192.

²³ WARAT, Luis Alberto apud ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In: **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 39.

²⁴ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In: **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 11.

2.1.2 O Sistema Político

O sistema político tem por função proferir decisões coletivamente vinculantes, através do uso do poder²⁵. A diferenciação hierárquica das relações de poder, consubstanciada na dicotomia governo/oposição, representa o código que permite a comunicação reprodutiva do sistema político. As eleições consagram tal dicotomia.

O centro do sistema político é ocupado pelo Estado, justamente onde são prolatadas as decisões coletivamente vinculantes. Distingue-se por ser menos dinâmico e por organizar o sistema como um todo. Já na periferia, acham-se os inúmeros partidos políticos, com diferentes visões e propostas de decisões, ainda não coletivamente vinculantes, mas com o potencial para tanto. Salta aos olhos a energia e complexidade da periferia do sistema político.

O processo político democrático ocasiona a variação, seleção e estabilização das decisões, até que se tornem coletivamente vinculantes. Isto porque, antes de se proferir uma decisão ou eleição, inúmeras são as possibilidades, haja vista as diferentes propostas de cada partido político²⁶. Na medida em que vão se rechaçando propostas, mediante um processo de votação, seleciona-se uma opção dentre várias, estabilizando-se a complexidade até então existente.

Quanto mais democrático for o sistema político, maior será a variedade de propostas, mais transparente o exame, bem como o debate que culminou com a escolha da decisão e, de outro lado, maior será a decepção daqueles que tiveram suas propostas rejeitadas²⁷. Dessa forma, é possível a redução da complexidade, mediante uma escolha dentre várias possíveis.

A relação assimétrica do centro com a periferia é condição para a reprodução autopoietica do sistema político, uma vez que as decisões coletivamente vinculantes são proferidas a todo instante, podendo, inclusive, serem revistas. Assim sendo, a preocupação da teoria sistêmica com o sistema político reside na forma com que são analisadas, processadas e escolhidas as decisões. Na hipótese de inexistência de meios adequados para tanto, o sistema político perde sua função.

²⁵ CORSI, Giancarlo; ESPÓSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre La Teoría Social de Niklas Luhmann**. Tradução em espanhol de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara, México: Anthropos, 1996. p. 128.

²⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 71.

²⁷ *Ibidem*, p. 73.

O mesmo ocorre quando dito sistema, que trabalha com a lógica de inclusão generalizada, passa a exigir de outros sistemas parciais a realização de promessas que fez, mas não satisfaz. A reforma agrária, por exemplo, jamais foi cumprida pelo sistema político, mas agora é exigida do Poder Judiciário, que se vê compelido a “realizá-la”, a partir de caso concreto, ou melhor, a cada invasão de terra.

2.1.2.1 O Sistema Jurídico

A seguir, serão examinadas as características principais do sistema jurídico e, especificamente, o modo com que lida com as expectativas da sociedade, a validade das normas no tempo e a ampliação da noção clássica de sistema jurídico, utilizando-se como fundamento principal a obra de Niklas Luhmann “O Direito da Sociedade”²⁸.

Luhmann revê a concepção de que o sistema jurídico integra o político, pois os concebe como sistemas distintos. Então, o Direito constitui um sistema próprio na teoria sistêmica, orientado pelo código legal/não legal. Toda vez que o sistema jurídico é instado a resolver controvérsias, determinando quem age conforme e contrário à lei, verifica-se a existência de comunicação jurídica.

A partir de seu código, o sistema jurídico estabelece conexão com os fatos da sociedade, condição para sua abertura e fechamento. Em outras palavras, o sistema jurídico estabelece quais são as questões juridicamente relevantes e, após, as regula, de forma generalizante, com o fito de proteger sistematicamente as expectativas, oferecendo repostas claras e fundamentadas em caso de conflito²⁹, sendo essa sua função³⁰. Por vezes, é possível identificar conotações morais, finalísticas, mas isso não significa que o sistema jurídico deva estabelecer relações de causalidade com a política ou com a moral.

A sociedade e os diferentes sistemas lidam de forma particular com a frustração das expectativas. A frustração de uma expectativa cognitiva gera o aprendizado do sistema, que modifica o teor da expectativa a fim de evitar mais frustrações por parte da sociedade. É o caso das teorias científicas, ou seja, espera-se que um remédio proporcione a cura (saber).

²⁸ LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Suhrkamp Verlag, 1993. Com edição em espanhol. LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. México: Universidade Iberoamericana, 2002.

²⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 79.

³⁰ LUHMANN, op. cit., p. 630.

Quando tal fato não ocorre (não saber) o sistema farmacêutico revisa a fórmula, a fim de que seja satisfeita a confiança da população.

À primeira vista, o Direito somente lidaria com as expectativas normativas, que permanecem estáveis mesmo no caso de violações, inexistindo o aprendizado. Assim, o fato de alguém desobedecer à lei não modificaria as normas do sistema.

No entanto, a atualidade indica que a sociedade e seus sistemas criam cada vez mais novas formas de contingência e exigem meios alternativos de resolução de conflitos, ocasionando a criação/modificação das regras jurídicas e, por conseguinte, das expectativas, fato comprobatório da capacidade de aprendizagem do sistema jurídico. Do exposto, vê-se que o Direito lida com ambas as formas de expectativas, evidenciando sua forma particular de autopoiese e evolução³¹.

O centro do sistema jurídico é ocupado pelos Tribunais, que impõem ao Juiz a obrigação de sempre decidir entre o lícito e o ilícito, protegendo expectativas fraudadas pelos fatos e mantidas pelo Direito. Tal atividade demanda o surgimento de regras de interpretação e argumentação, para auxiliar o Juiz no momento de aplicação seletiva do código de comunicação do sistema jurídico. Com base nessa operação, e face à necessidade de decidir, tem-se o surgimento do fechamento autopoietico do direito, de sua produção de sentido e identidade.

Já na periferia do sistema jurídico, encontra-se a criação privada de direitos, como nos contratos, pareceres, instituições ou organizações que, assim como o centro, estabelecem deveres, padrões de conduta, proferem decisões e fundam-se no código legal/não legal. Entretanto, os atos e decisões da periferia não são irrecorríveis, podem ser revisados pelos Tribunais. Diz-se que quando o sistema funciona de forma adequada, a periferia resolve por si suas questões, sem o auxílio do centro, mesmo sendo mais instável e imprevisível.

A ampliação da noção clássica de sistema jurídico, não mais confinado à organização estatal³², deve-se ao fato de que na periferia o Direito se encontra mais suscetível ao contato com outros sistemas. Daí surge a variação normativa, ou seja, não é somente o legislativo que emana normas de comportamento, posto que todo e qualquer tipo de comunicação voltada para o código legal/não legal integra esse sistema, como os contratos e pareceres.

³¹ CORSI, Giancarlo; ESPÓSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre La Teoría Social de Niklas Luhmann**. Tradução em espanhol de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara, México: Anthropos, 1996. p. 54.

³² ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2002. p. 181.

Consoante afirma Gunther Teubner, o direito na periferia enfrenta uma constante adaptação de seu horizonte problemático³³, de seus critérios de argumentação, inclusive de seu discurso legitimador, diante de sua proximidade com estranhos sistemas sociais, os quais possuem uma lógica própria.

É importante destacar como a teoria positivista e a sistêmica lidam com a validade das normas jurídicas no tempo. A teoria positivista encara a questão como sendo um problema eminentemente procedimental, a saber: com a manutenção de determinados critérios de procedimento no presente, haverá de se ter um resultado razoável e seguro no futuro. A noção de tempo linear de Kant/Newton (antes e depois, passado e futuro) é responsável por inspirar dogmas como o de certeza e segurança jurídica³⁴.

Contudo, os positivistas esquecem que a estreita ligação do Direito com a sociedade confere às normas uma sensibilidade especial³⁵. Não há mais como fundá-las em questões religiosas imutáveis, ou em estruturas sociais inquestionáveis. Neste sentido, a conduta e as suposições que revestem as normas podem ser revelar inadequadas diante de uma modificação das situações verificadas na realidade. Albert Einstein deu sustentação a tal assertiva ao criar a teoria da relatividade, que trouxe outra noção a concepção de tempo, a qual deixa de ser linear e passa a ser imediata, indeterminada e imprevisível³⁶.

Assim, os sistêmicos defendem que as decisões orientem-se para cada caso presente e, igualmente, que o Direito saia adiante, sem um futuro certo³⁷. A percepção de tal fato por vezes vem da própria sociedade: “O futuro já começou. Não se pode julgá-lo com as leis do passado. A nova cultura é começo da nova civilização. E a nova sensibilidade é o começo da nova cultura”.

Pelo fato de o Direito influenciar o futuro da sociedade, os institutos dominantes do Direito podem ser constantemente questionados e revisados. O Direito tem que ter a capacidade de construir, reconstruir e desconstruir o Tempo e a si próprio³⁸. Luhmann aduz

³³ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 201-2.

³⁴ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In: **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 28.

³⁵ Idem. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11.

³⁶ ROCHA, op. cit., p. 29.

³⁷ SIMON apud LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. México: Universidade Iberoamericana, 2002. p. 634.

³⁸ ROCHA, Leonel Severo. Tempo e Constituição. In: **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 202.

que o sistema jurídico deve fazer leis e reformas compatíveis, do ponto de vista do risco e do perigo, com sua autopoiese, função específica e código³⁹.

Vê-se que a teoria sistêmica observa o Direito no século XXI como um sistema dinâmico e arriscado, instável do ponto de vista temporal, pois a sociedade globalizada assim o é. Mediante essa consciência, o sistema jurídico estará apto a produzir o futuro, reduzindo a complexidade social, sem que perca sua função.

2.1.2.2 Acoplamento Estrutural dos Sistemas Jurídico e Político

Os sistemas devem trabalhar a partir de sua auto-referência, para que não se confundam com os demais. Entretanto, o paradoxo reside no fato de que os sistemas não são totalmente autônomos, visto que dependendo da situação, pode haver um contato natural entre diferentes sistemas, que acabe gerando um acoplamento estrutural. O desafio é identificar e estudar os acoplamentos e, por conseguinte, procurar preservar a integridade dos sistemas, evitando a corrupção. Do contrário, pode surgir o caos.

Como já referido, o sistema jurídico e o político são distintos, tem código, função e reprodução particulares, mas encontram-se acoplados estruturalmente⁴⁰, eis que atuam de forma ligada à legislação estatal e derivam seus princípios do direito constitucional. Entretanto, há enormes dificuldades teóricas e práticas no estabelecimento dos limites da relação entre os sistemas político e jurídico, as quais se modificam de forma constante na história, conforme o sistema de governo.

A tese clássica da separação de poderes, que coloca o juiz neutralizado politicamente, como “boca da lei”, não traz hoje grandes contribuições⁴¹, posto que representa uma fotografia de um passado distante, típica de um Estado Liberal. Revela-se inconcebível a manutenção, em pleno século XXI, dos critérios interpretativos inerentes à época do Código Napoleônico, onde o Judiciário não tinha qualquer autonomia sistêmica, sendo apenas uma extensão da vontade política do legislador.

³⁹ LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Suhrkamp Verlag, 1993. Com edição em espanhol. LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. México: Universidade Iberoamericana, 2002. p. 639.

⁴⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 65.

⁴¹ *Ibidem*, p. 127.

Incongruências também se percebem nas amplas funções atribuídas ao sistema jurídico em um Estado Democrático de Direito, especialmente nos países em que um rol extenso de promessas sociais deixaram de ser cumpridas, a exemplo do Brasil. Nesses casos, ao extrapolar suas funções, o Judiciário age de forma eminentemente política, com o fito de suprir as carências sociais decorrentes de um executivo indiferente e de um legislativo inerte.

Tais fatos desfiguram o sistema jurídico, que subitamente passa a filtrar todo e qualquer tipo de comunicação, gerando figuras do tipo juiz-político, juiz-econômico, juiz-herói. Teubner e Luhmann criticam as exorbitantes funções judiciais atuais, denominando-as de hiper-legalização social e hiper-socialização do direito, respectivamente.

Noções como completude do ordenamento, racionalidade do legislador e formação judicial do direito mascaram certas verdades, quais sejam, que o positivismo não regula tudo e que o Juiz possui liberdade, por muitas vezes superando o Positivismo.

Ao mesmo tempo, os tribunais, enquanto instâncias decisórias diretamente ligadas ao código do sistema jurídico, devem desempenhar suas funções de modo adequado às operações internas do direito. Não é possível abandonar o aparato consolidado pelo sistema jurídico e substituí-lo pelas referências diretas de outros sistemas⁴².

Frente a esse cenário, o modelo dos sistemas parece mais ajustado para questionar fenômenos como os limites estruturais do Poder Judiciário e de seus julgadores para a escolha, controle e implementação de políticas públicas. Igualmente para perceber as sobrecargas de prestações que o sistema político delega ao jurídico, e as implicações políticas de um ativismo judicial no campo da administração pública, dentre outros.

Historicamente, as Constituições Federais exerceram importante papel na definição da forma com que se dá o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político. Não obstante tal fato, há que se ter em mente que cada um dos sistemas deve operar de modo não transcendente no plano de suas operações internas (direito produz direito, política produz política) e como um sistema auto-transcendente no plano das observações.

⁴² CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 84.

2.1.3 Adequação da Teoria Sistêmica para Estudos Transdisciplinares

Segundo aduz Celso Fernandes Campilongo, ao citar Luhmann, as teorias jurídicas preponderantes (positivismo, jusnaturalismo, hermenêutica, lógica, teoria crítica e sociologismo) talvez não consigam vislumbrar questões que a teoria dos sistemas tem capacidade de observar, sendo a recíproca verdadeira⁴³. Neste sentido, problemas que envolvam matérias transdisciplinares, como os tratados na presente dissertação, são mais afeitos à dita teoria.

Cumprido destacar que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos traz em sua essência a proposta de pesquisar a ciência jurídica sob o enfoque transdisciplinar, na perspectiva de uma sociedade globalizada e complexa. Tal orientação foi reafirmada Leonel Severo Rocha, em Palestra realizada no Simpósio Internacional de Terra Habitável, no mês de setembro de 2004⁴⁴, persistindo até a presente data.

Como assevera Paulo de Barros Carvalho, titular de Direito Tributário da PUC/SP (Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo) e da USP (Universidade de São Paulo), é impossível a “concepção do fato puro, seja ele econômico, histórico, político, jurídico”. Sendo assim, segue Barros de Carvalho,

não acredito ser possível, por isso mesmo, isolar-se, dentro do social, o fato jurídico, sem uma série de cortes e recortes que representem, numa ascensão temporária, o despojamento daquele fato maior de suas colorações políticas, econômicas, éticas, históricas, etc., bem como dos resquícios de envolvimento do observador, no fluxo inquieto de sua estrutura emocional⁴⁵.

Por fim, Barros de Carvalho conclui que:

O próprio saber disciplinar, em função da intertextualidade, avança na direção dos outros setores do conhecimento, buscando a indispensável complementariedade. O

⁴³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 17.

⁴⁴ ROCHA, Leonel Severo. Sistema do Direito e Transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda a Autopoiese. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2005. p. 181-93.

⁴⁵ Prefácio de CARVALHO, Paulo de Barros. In: CAMPILONGO, op. cit., p. 7-8.

paradoxo é inevitável: o disciplinar leva ao interdisciplinar e este último faz retornar ao primeiro⁴⁶.

O caráter transdisciplinar das pesquisas, adotado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, segue uma tendência verificada em importantes universidades do país, como estratégia de construção do discurso científico. Ademais, a visão da universidade vai ao encontro das raízes democráticas da Constituição Federal de 1988, que incentivam e legitimam o discurso dialético das diferentes áreas do saber, notadamente ao relacionar o Direito com temas como a bioética, ecologia, função social, saúde, dentre outros.⁴⁷

Nesse diapasão, os inúmeros direitos, garantias e deveres previstos na carta constitucional somente poderão ser alcançados se utilizada uma matriz teórica para o Direito capaz de relacionar discursos transdisciplinares e a complexidade verificada na atualidade, sob pena de instauração do caos, em que as instituições e as ciências perdem suas características e funções.

Leonel Severo Rocha sintetiza a questão:

Para se observar o Direito, não posso observá-lo somente como Direito, tenho que vê-lo imbricado, envelopado, com as outras áreas do conhecimento. Porém, é preciso observar-se isso, não como uma situação caótica, onde não sei bem os limites do que seja Direito, biologia ou política. Precisa-se realizar uma observação com certos critérios. Ou seja, é preciso observar-se o Direito dentro de uma sociedade complexa⁴⁸.

Como dito, a teoria dos sistemas, na versão construída por Niklas Luhmann e, difundida e ministrada pelo Professor Leonel Rocha, na Unisinos (Universidade do Vale do Rio dos Sinos), carrega consigo a capacidade de proporcionar uma visão transdisciplinar do Direito em sociedade. Conceitos como o de autopoiese e acoplamento estrutural, inerentes à aludida teoria, são abstratos e sofisticados suficientemente para a compreensão das inúmeras relações comunicativas do Direito com os demais sistemas sociais.

⁴⁶ Prefácio de CARVALHO, Paulo de Barros. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 8.

⁴⁷ ROCHA, Leonel Severo. Sistema do Direito e Transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda a Autopoiese. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2005, p. 188.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 189.

Feitos esses breves esclarecimentos relativos à teoria dos sistemas, cumpre analisar no item seguinte a história da intervenção estatal na economia nacional.

2.2 ANÁLISE HISTÓRICO-SISTÊMICA DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA NACIONAL

Nesta segunda parte, o exame centra-se nas distintas formas com que o Poder Público interferiu no sistema econômico ao longo dos anos, do período do Império até o final do século XX, em razão das orientações políticas constantes das Constituições Federais e, inclusive, da legislação ordinária, sob a ótica da teoria dos sistemas.

Consoante afirma Manoel Jorge e Silva Neto, o estudo da evolução histórica constitucional brasileira, no que concerne à ação estatal no domínio econômico, não deve ser desprezado, porquanto a consolidação de tal iniciativa não se deu de um jato e de forma automática: ao contrário, o amadurecimento desse processo, até chegar ao estágio da Constituição Federal de 1988, se operou de forma gradativa⁴⁹.

No mesmo diapasão, manifesta-se Ivo Dantas:

Não existe instituição jurídica inteiramente compreensível sem uma exposição histórica de sua origem e desenvolvimento, porquanto são estes que determinam a forma como aquela instituição jurídica aparece estruturada e dão razão de seus caracteres e peculiaridades. E mais: é o estudo histórico que dá base a definições que, de outra forma, pareceriam se não artificiosas, pelo menos demasiadamente dogmáticas⁵⁰.

Acrescente-se ainda que, o emprego do conhecimento sistêmico, como pano teórico dessa exposição histórica, traz importantes contribuições para a compreensão da autopoiese e acoplamento estrutural dos sistemas jurídico, político e econômico, permitindo o estabelecimento de premissas que justifiquem uma adequada configuração da ação estatal no mercado na atualidade.

⁴⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001. p. 151.

⁵⁰ DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 118.

Outrossim, espera-se também tornar mais evidentes as razões de constituição do CADE, a expectativa com relação ao desempenho de suas funções e os desafios que lhe são impostos na atualidade, especificamente no que concerne à forma de julgamento dos casos submetidos a sua análise, bem como quanto à efetividade de suas decisões.

De início, cumpre tecer notas gerais e introdutórias ao tema, partindo da percepção de Fernando Herren Aguillar. Segundo assevera, a intervenção estatal no modo de produção capitalista oscilou como um pêndulo ao longo da história, entre a sua atividade mais intensa e a sua retração, privilegiando em certos momentos o intervencionismo, em outros a liberdade de iniciativa⁵¹.

Para Alberto Venâncio Filho, o sistema econômico sempre esteve subordinado ao político. Quando a economia foi deixada em um regime de liberdade, é porque o Estado entendeu que assim seria melhor para a satisfação dos interesses sociais. Ao passo que, no instante que resolveu sujeitar o mercado à política, o fez sem maiores dificuldades⁵².

Eros Roberto Grau endossa e condensa as palavras de ambos, ao dizer que o Estado moderno foi concebido com a vocação de operar no campo econômico, modificando-se tão somente o contorno de sua ação. Inicialmente, direcionado à constituição e à preservação do modo de produção capitalista, posteriormente à substituição e compensação do mercado⁵³.

A fim de propiciar um melhor entendimento dessa complexa relação entre os sistemas jurídico, político e econômico, o subcapítulo é dividido em três etapas sucessivas e distintas, de acordo com conteúdo das Constituições e o contexto social vigentes.

Na primeira parte, o texto analisa o período regido pelas Constituições de 1824 e 1891, em que o Estado brasileiro, inspirado pelos ideais liberais da Revolução Francesa e pela doutrina de Adam Smith, garantia tão somente o direito de propriedade e a liberdade contratual dos cidadãos. Fora isso, era-lhe vedado intervir na ordem natural da economia, pois acreditava-se que o sistema econômico, por sua própria dinâmica, poderia efetivar sua auto-regulação, com o estabelecimento de uma harmonia necessária à sobrevivência do sistema, guiado pela “mão invisível” do mercado⁵⁴.

⁵¹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico:** do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006. p. 5.

⁵² VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico:** O Direito Público Econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 4.

⁵³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica).** São Paulo: Malheiros, 2008. p. 17.

⁵⁴ SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações.** An Inquiry Into The Nature and Causes of The Wealth of Nations. Tradução: Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 2008. p. 181.

O segundo trecho tem início a partir da quebra da bolsa verificada nos Estados Unidos da América, no ano de 1929, aliado ao impacto negativo, de cunho social, político e econômico, decorrente do término da 1ª Guerra Mundial. À época, houve uma guinada na trajetória político liberal, com o surgimento de governos ditatoriais e, por conseguinte, uma maior interferência do Estado na economia.

Como exemplo, cite-se o governo norte-americano de 12 anos de Franklin Roosevelt, e seu audacioso plano econômico denominado de *New Deal*⁵⁵. No cenário nacional, a política foi surpreendida pelo golpe de Getúlio Vargas, que impôs longos anos de um governo autoritário, onde a ingerência na economia dava-se de forma imprevisível e desorganizada, centralizada na esfera executiva, forte nas normas das Constituições de 1934, 1937 e 1946. Situação semelhante se verificou no regime militar, sob a égide da Constituição de 1967.

A terceira e última parte inicia-se em meados do século XX, com a passagem de um capitalismo atomista, para um capitalismo de grupo, quando ocorreram questões como o surgimento de grandes potências econômicas, tanto estatais como privadas, a complexidade das relações de mercado e o aumento do público consumidor. Sob tais circunstâncias, foi concebida a Constituição Federal de 1988, que pode ser denominada de dirigente, eis que impõe, além da realização de direitos sociais, uma determinada forma de economia. Com artigos específicos relativos à intervenção estatal no mercado, o Estado assume, em nível constitucional, a posição de agente normativo e regulador da economia.

Por se tratar justamente de uma constituição dirigente, muito se discutiu quanto à maneira com que se daria essa ingerência estatal, eis que as promessas da carta política não poderiam ficar apenas adstritas ao plano abstrato da formalidade. Assim, foi publicada a lei n. 8.884/94, que transformou em autarquia o CADE, cuja sigla resume suas características (as quais serão analisadas mais detidamente), ou seja, trata-se de um conselho administrativo, com função judicante, que tem por finalidade zelar pela defesa da economia e assegurar a concorrência adequada no regime capitalista⁵⁶.

Após o primeiro capítulo, a dissertação estará apta para centrar-se nos desafios impostos ao CADE na execução de suas funções, em pleno século XXI, no cenário pós-moderno, consoante a descrição de Gunther Teubner. Como salientado por Campilongo, no competitivo mundo da economia pós-moderna, o Estado passa a ser um jogador a mais, que

⁵⁵ VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 12.

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 30.

insere normas a serem observadas pelos competidores do mercado, visando à proteção dos interesses públicos. Tais eventos ocasionam a fragmentação da unidade do Direito, onde o problema se desloca da interpretação do direito aplicável para a luta sobre o direito a ser aplicado⁵⁷.

Feita essa exposição inicial, cumpre analisar mais detidamente a evolução histórico-sistêmica da intervenção estatal na economia nacional.

2.2.1 Período Liberal

No período em que o Brasil esteve sob a vigência das Constituições de 1824 e 1891, houve o predomínio de uma política de cunho liberal, em que restou consagrada a ampla liberdade da iniciativa privada no domínio econômico, com mínima interferência estatal. Tal situação predominou por mais de um século, ou seja, de 1824 até 1930, quando então teve início o governo de Getúlio Vargas.

A análise da era liberal é feita de acordo com uma lógica própria. Inicialmente, são descritas as circunstâncias sociais, políticas e ideológicas que predominavam na época. Em seguida, discorre-se sobre os principais dispositivos constitucionais relacionados com a atividade econômica. Depois, são avaliadas as consequências dessa política para a sociedade. Por fim, é realizada a observação sistêmica dos principais acontecimentos, especificamente no que se refere à função, acoplamento estrutural e autopoiese dos sistemas jurídico, econômico e político. O intuito é o de conseguir elementos que justifiquem a forma com que o Estado deve interferir no mercado, a partir das experiências do passado e da história recente do papel desempenhado pelos sistemas na sociedade.

2.2.1.1 Contexto Social

Após séculos de uma política centralizada nas mãos do monarca, a Revolução de 1789 eclodiu na França. Sob a influência de ideais liberais, o povo francês pregava o fim do regime

⁵⁷ Prefácio de CAMPILONGO, Celso Fernandes. In: AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 7.

absolutista e sua consequente emancipação frente à contínua interferência do rei na vida privada dos cidadãos.

Contudo, a história mostrou que a Revolução acabou por beneficiar quase que exclusivamente a classe burguesa, que obteve a garantia, outorgada pelo Estado, mediante as palavras do legislador, de praticar livremente os atos de comércio. Com isso, houve uma dissociação nítida e consentida entre as atividades econômica e política. Formava-se o chamado Estado Liberal, Estado Moderno ou o Estado Burguês de Direito⁵⁸.

A ideologia liberal difundida na França influenciou diretamente o pensamento jurídico, político e econômico de vários países europeus e latino-americanos. Fenômeno que se processou também em território brasileiro, notadamente quando a nação adquiriu sua independência frente ao Reinado de Portugal, em 07 de setembro de 1822⁵⁹.

Na época, a burguesia brasileira, representada pelos produtores rurais, defendia o *laissez faire*, ancorado na ampla liberdade da iniciativa privada nos setores de economia e, posteriormente, indústria⁶⁰. Os fundamentos da política não intervencionista baseavam-se na Teoria Econômica Liberal, ou no Liberalismo Econômico, difundida originariamente por Adam Smith, que se propunha repensar a idéia de intervenção na área econômica.

Em síntese, ao Estado não seria concedida a empreitada de interferir no mercado, uma vez que o sistema econômico, por meio de um equilíbrio peculiar, estaria capacitado a se auto-regular, garantindo por si próprio sua sobrevivência. Trata-se do princípio da “mão invisível”, ou seja, uma força inerente à economia, capaz de eliminar toda e qualquer distorção do sistema⁶¹.

Nesse diapasão, o Estado deveria agir na esfera privada com o propósito específico de garantir o direito de propriedade, a liberdade contratual e a livre empresa⁶², em nome da autonomia do cidadão, maior interesse da classe burguesa.

Em linhas gerais, esse era o cenário ideológico que predominou por mais de um século na sociedade brasileira. A seguir, compete verificar de que forma as Constituições de 1824 e 1891 se posicionaram diante dessas circunstâncias.

⁵⁸ VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-7.

⁵⁹ Ibidem, p. 25.

⁶⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 93.

⁶¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001. p. 145.

⁶² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 16.

2.2.1.2 Dispositivos Constitucionais

A ideologia presente nas Constituições de 1824 e 1891 é bastante análoga, eis que ambas as cartas acolheram os princípios liberais difundidos pela classe rural. Por conta disso, não estava prevista a regulação normativa da economia ou a revisão de qualquer atividade de mercado pelo Poder Judiciário, condições básicas para que fosse assegurada a ampla liberdade de iniciativa ⁶³.

Com relação à Constituição de 1824, destaque para o “*caput*” do artigo 179, que estabelecia a inviolabilidade dos Direitos Cíveis e Políticos do Cidadão, nos termos de seus 35 incisos. Dentre eles, realce para os incisos XXII, XXIV e XXV⁶⁴, que previam, respectivamente, o exercício do direito de propriedade em sua “plenitude”, a irrestrita liberdade contratual e de iniciativa empresarial, bem como a abolição das corporações de ofício, com seus juizes, escrivães e mestres.

Seguindo os mesmos passos, a Constituição de 1891, na seção denominada de “Declaração de Direitos”, em seu artigo 72, parágrafos 17 e 24⁶⁵, consagrava os direitos do proprietário e o livre exercício de qualquer profissão. Conforme se depreende dos citados dispositivos constitucionais, o Direito Econômico do período liberal estava balizado na garantia estatal à propriedade privada, ao contrato, à livre empresa e à competição sem regulamentação.

De outro lado, o Poder Judiciário nacional gozava de pouca autonomia, sua função no plano econômico era praticamente nula, tanto que não há registro de questionamentos

⁶³ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico:** do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006. p. 105.

⁶⁴ BRASIL. “Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.(...)”

XXII – É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

XXIV - Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.” (sic)

⁶⁵ BRASIL. “Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

§ 24 - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.” (sic)

judiciais quanto às consequências da adoção da política liberal⁶⁶. Cabia-lhe zelar pela proteção dos interesses patrimoniais da burguesia, em estrita obediência à vontade política do legislador, como difundido pela Escola da Exegese e pela Jurisprudência dos Conceitos.

Nesse instante, importante trazer à tona o conceito de ordem pública econômica. Dentre as definições, o texto opta, momentaneamente⁶⁷, pela definição de Eros Roberto Grau, a saber:

Conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado tipo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)⁶⁸.

Do quanto exposto, resta claro que no período liberal, a ordem econômica praticada na sociedade (mundo do ser), não foi objeto de modificação pela ordem jurídica econômica (mundo do dever-ser). Muito antes pelo contrário, o ordenamento jurídico nacional propiciou as condições legais para assegurar os ideais liberais no mercado, ao garantir a “plenitude” do direito de propriedade e a liberdade contratual⁶⁹. Trata-se de uma ordem jurídica econômica que meramente retrata, de forma implícita, o quanto praticado no mundo real, pois não propõe modificações no *status quo* vigente, reforçando a idéia de uma ordem social espontânea⁷⁰.

2.2.1.3 Consequências do Liberalismo Econômico

Inúmeras foram as consequências sociais do liberalismo econômico autorizado constitucionalmente pelo governo brasileiro, a maioria delas lesivas à classe proletária e favoráveis à elite econômica.

⁶⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 102.

⁶⁷ Explique-se: o conceito de ordem econômica de Eros Roberto Grau, inspirado nas lições de Vital Moreira, será criticado na terceira parte do primeiro capítulo, quando analisadas as características da pós-modernidade, a partir do século XXI. Entretanto, durante a modernidade, o conceito, de acordo com o entendimento do presente texto, é válido.

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 70.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 76.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 63.

A título de exemplo, a abstenção estatal na economia fez com que surgissem os primeiros monopólios, os barões de café e abusos por parte do sistema bancário. Ao mesmo tempo, as condições de trabalho tornavam-se cada vez mais abomináveis nas fábricas, a baixa qualidade dos produtos alimentícios aumentava⁷¹, dentre outras questões.

Contudo, o liberalismo admitia exceções, notadamente quando não favorecesse as classes dominantes, hipótese em que o Estado era convocado a intervir. Conforme o entendimento de Fernando Herren Aguillar,

as medidas na área econômica trazem a marca da promiscuidade política entre produtores rurais, elite econômica e social do Império, e o próprio governo. Os grandes conflitos entre o governo e os produtores rurais giravam em torno do crédito, embora sejam abundantes os exemplos de esforços governamentais para aumentar a oferta de crédito rural, especialmente para apaziguar os proprietários afetados pela crescente restrição ao trabalho escravo.

Então, conclui Aguillar ao dizer que:

A liberdade de empreender sem a intromissão estatal foi menos ideológica do que circunstancialmente conveniente (...) ao mesmo tempo em que o papel do Estado era tido como neutro em relação à economia, o governo era a máquina a serviço dos interesses das classes dominantes⁷².

Exemplo de exceção frente à política liberal deu-se também quando da promulgação do Convênio de Taubaté, editado pelo governo brasileiro, em benefício da classe rural. Com sucesso, os principais Estados produtores de café, São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, após muita pressão, fizeram com que o Estado interferisse na economia com o objetivo específico de controlar o preço do produto, evitando sua desvalorização, mediante sobretaxa de preços, regulação de novas plantações, nos termos previstos no Convênio⁷³. Em contrapartida, o proletariado não recebia dos representantes da política uma atenção e proteções equivalentes.

⁷¹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico:** do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006. p. 106.

⁷² Ibidem, p. 104.

⁷³ VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico:** O Direito Público Econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 30.

Igualmente, vale frisar a Reforma Constitucional de 1926, que pela primeira vez inseriu na Carta Magna a legitimidade do governo, pelo Congresso, de legislar sobre assuntos referentes ao comércio interior e exterior, em caso de exigências do bem público. Trata-se de um marco histórico, pois evidencia a constatação inédita, pela política, de que a “mão invisível” do mercado não seria suficiente para estabelecer o funcionamento autônomo da economia⁷⁴.

Tais circunstâncias demonstram a relativização e questionamento gradativo dos ideais abstencionistas. Porém, o fato que apontou a imperfeição do liberalismo foi a quebra da bolsa americana no ano de 1929, justamente na nação que difundia com maior veemência tal ideologia. A repercussão desse acontecimento na economia mundial, especialmente no que concerne ao impulso dado à concepção de uma política interventiva, constitui objeto do item que dispõe sobre o período social.

2.2.1.4 Análise Sistêmica

Mais do que uma simples descrição, o exame histórico-sistêmico do funcionamento dos sistemas jurídico, político e econômico permite a afirmação de premissas que fundamentem uma proposta adequada de intervenção estatal na economia na pós-modernidade, questão basilar para a redução da complexidade social. Do contrário, sem tal exercício, qualquer sugestão poderia correr o risco de se tornar artificiosa e dogmática⁷⁵.

Como já mencionado, por intermédio dos dispositivos da Constituição Federal, o sistema político fixa grande parte das características dos sistemas jurídico e econômico. Portanto, ao seguir determinada ideologia, seja ela liberal, neoliberal, fascista, comunista, social, a Carta Magna estabelece os tipos de comunicação social que serão objeto de observação por ditos sistemas, além de suas condições de abertura, fechamento, autonomia, interdependência, irritabilidade.

A título de exemplo, cite-se, o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 88, que assim determina: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Referido dispositivo ampliou o âmbito de atuação do sistema jurídico, se comparado

⁷⁴ VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31.

⁷⁵ DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 118.

ao teor dos Atos Institucionais publicados durante o regime militar, os quais excluíram da apreciação dos tribunais nacionais questões fundamentais, como a proteção dos direitos humanos.

Na presente dissertação, é relevante interrogar como as Constituições do período liberal conceberam institutos como o de propriedade e contrato que, como assevera Celso Campilongo, representam os elos que unem os sistemas jurídico, político e econômico⁷⁶. Por conseguinte, o modo com que são abordadas tais questões praticamente condiciona a ação estatal no mercado.

As Constituições de 1824 e 1891, ao acolherem a política liberal, reduziram o campo de atuação do sistema jurídico e, em contrapartida, concederam a mais ampla autonomia ao sistema econômico. Os resultados dessa equação foram danosos à sociedade, pois o individualismo e a competição desregulada incrementaram a complexidade social, sobretudo ao aumentar o abismo entre ricos e pobres.

O sistema jurídico limitou-se à preservação dos interesses da classe burguesa, através de uma observação destinada ao amparo da propriedade privada e ao livre-arbítrio das partes na esfera contratual. Somente era chamado a intervir, caso fosse tolhida a liberdade dos atores privados. Fatos relacionados à economia, indústria e comércio cruzavam despercebidos pelo sistema jurídico, não lhe causavam qualquer irritabilidade. Como referido por Eros Roberto Grau, ao mencionar o contexto vigente à época, antes a imprudência do proprietário do que a violação de seu livre domínio⁷⁷.

Com escassa autonomia, os tribunais, localizados no centro do sistema, ficaram adstritos à literalidade da lei, distantes de qualquer dialética com outros ramos do saber. Era-lhes vedado tecer maiores elucubrações. Unicamente obedeciam à vontade política do legislador, sem qualquer preocupação com interesses sociais ou de justiça, razão pela qual assistiam com indiferença a formação de monopólios, a exploração da classe proletária, a mísera qualidade dos produtos em circulação, além de outras questões.

Em contrapartida, havia a falsa impressão de que o sistema econômico fosse capaz de funcionar de maneira autônoma, mediante natural auto-regulamentação. Entretanto, a história evidenciou a impossibilidade de tal fato. O próprio sistema solicitou a urgente intervenção política diante de sua incapacidade de resolver exclusivamente determinados problemas, a exemplo do Convênio de Taubaté e da Reforma Constitucional de 1926.

⁷⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 95.

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 16.

Internacionalmente, o despotismo econômico, expresso no aparecimento de unidades econômicas que assumiam destacada posição nos mercados, suficiente para lhes permitir sua própria regulamentação, ocasionou nos Estados Unidos a consciência acerca da imprescindível intervenção estatal, com a finalidade de preservar a livre concorrência⁷⁸. Destarte, o estado americano promulgou a Lei *Sherman*, com o fito específico de organizar a competição nos mercados.

Diante de todos os fatos ocorridos ao longo do período liberal, a principal conclusão que se pode chegar até momento é a de que o sistema econômico necessita de intervenção política e jurídica como condição a sua sobrevivência e regular funcionamento. E mais, a interferência deve se dar de forma organizada, lógica, criteriosa, transparente, sob pena de se beneficiar determinados segmentos econômicos ou sociais, assim como ocorreu com os barões de café, enquanto outros ficavam desassistidos, como os trabalhadores.

Questões como preservação da dignidade da pessoa humana, identificação de interesses sociais, e, principalmente, os lemas do liberalismo (igualdade, liberdade e fraternidade), mostraram-se estranhos ao capitalismo liberal, devido ao individualismo inerente aos agentes do mercado. A apatia frente a tais assuntos acabou por aumentar as possibilidades de contingência social.

Em que pese a insurgência de algumas posições neoliberais, hoje é incabível discutir se o Estado deve ou não se intrometer na economia, notadamente a partir da última crise econômica mundial, iniciada nos Estados Unidos da América. Ao que parece, os neoliberais olvidam-se de que a autonomia do sistema econômico, outorgada pelo sistema político, associada à timidez do sistema jurídico, foi tão lesiva à sociedade, como demonstra a história.

2.2.2 Período Social

Na primeira metade do século XX, os ideais liberais passaram a ser questionados em razão da crise econômica mundial disparada com a quebra da bolsa americana no ano de 1929. Em muitos países, a forma de governo foi severamente alterada, notoriamente onde se instalaram regimes ditatoriais. A liberdade irrestrita dos cidadãos acabou sendo substituída, de

⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 24.

forma abrupta, pela intromissão estatal em quase todos os atos antes reservados à autonomia privada.

Em território brasileiro, com exceção de alguns hiatos temporais, observou-se a mesma lógica. No período compreendido entre 1930 a 1988, os governos ditatoriais predominaram por décadas, até a promulgação da atual Constituição, que acolheu os princípios democráticos hoje vigentes.

Impõe-se analisar com mais atenção as consequências dessa configuração de governo que prevaleceu no país, quase que totalmente centralizada na esfera executiva, especialmente no que tange à interferência estatal no âmbito da economia. A exposição seguirá os mesmos critérios utilizados quando do exame do período liberal. Idêntica também é a finalidade, qual seja, definir premissas que justifiquem a maneira com que o Estado deve regular o mercado, a partir do contexto social e da autopoiese, irritação e função dos sistemas jurídico, político e econômico ao longo do tempo.

2.2.2.1 Contexto Social

Vários fatores determinaram a deficiência do liberalismo. Alberto Venâncio Filho aponta um motivo sociológico, cultural e educacional, ao citar que o regime capitalista liberal somente funcionaria de forma autônoma, independente, por suas próprias regras, caso predominasse na sociedade uma moral de homens honestos, a igualdade de direitos e uma competição equilibrada⁷⁹.

Afora os aspectos comportamentais, o autor sustenta que o surgimento de grandes empresas, aliado a formação de conglomerados urbanos, acúmulo de capital, e o término da 1ª Guerra Mundial, acarretaram o acréscimo dos problemas sociais a nível mundial⁸⁰. Enfim, não há dúvidas quanto ao fato de que a sociedade tornara-se mais complexa e desigual, consequência direta da Revolução Industrial.

Incontroverso também que o estopim do colapso do liberalismo deu-se a partir da crise econômica internacional deflagrada com a quebra da bolsa de *Wall Street*, ao final da segunda década do último século. Nunca restou tão cristalino que o Direito e a Política não poderiam

⁷⁹ VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 7.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 8.

restar infensos e alheios às alterações da realidade econômica e social, como também a impossibilidade do sistema econômico reger-se por suas próprias regras e lógica. Persistir adotando a política liberal, com as típicas limitações impostas à atuação e organização do Estado, retiraria a possibilidade dos entes públicos de proteger a sociedade como um todo.⁸¹

A personalidade que resolveu enfrentar a situação caótica em que se encontravam os Estados Unidos da América foi Franklin Delano Roosevelt, ao assumir a presidência do país em 1933. Seu governo constitui-se em um marco para a história do direito econômico⁸². A nação patrocinadora dos ideais liberais deparou-se com o nascimento de um governo com aspectos ditatoriais, que se estendeu por longos 12 anos, baseado na forte intervenção do Estado na seara econômica.

Roosevelt implantou um rol extenso de medidas econômicas, denominadas em conjunto pela expressão *New Deal*, para aumentar o nível de emprego, enfrentar o ciclo perverso do mercado, regular a economia, estimular o consumo, em suma, modificar o sistema econômico norte-americano a fim de evitar novas crises e abusos decorrentes de um capitalismo desregulado⁸³. Com isso, os princípios basilares do liberalismo, como a liberdade de iniciativa, a livre empresa e o *laissez faire*, foram deixados de lado, em face da prevalência de interesses maiores, públicos e coletivos, em detrimento dos privados.

Assim como se processou com o liberalismo, essa nova postura de governo, de cunho interventor, ditatorial e social, baseado na maior participação do Estado na vida privada, acabou sendo praticada em diversos países da Europa e da América. A título de exemplo, tem-se Mussolini, na Itália; Hitler, na Alemanha; Franco, na Espanha; Salazar, em Portugal; Stroessner, no Paraguai, entre outros.

Em tais países, o padrão do constitucionalismo foi alterado, devido à inserção de elementos sociais⁸⁴. Havia um claro objetivo político de consolidar a proteção dos trabalhadores e de regular a atividade econômica, eis que o controle do mercado por empresas ou grupo de empresas seria o caminho mais curto para o desrespeito à liberdade de concorrência⁸⁵ e para prejuízos ao consumidor.

No Brasil, país emergente, recém egresso de uma situação colonial, um conjunto de questões, além das citadas acima, também demandavam a interferência do Estado na

⁸¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9.

⁸² SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001. p. 25-6.

⁸³ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 115.

⁸⁴ Pioneirismo da Constituição do México, de 1917, e a de Weimar, na Alemanha, em 1919.

⁸⁵ SILVA NETO, op. cit., p. 146-7.

economia. A nação deparava-se com um crescente processo de industrialização, tecnológico e de urbanização. Por outro lado, a crise do mercado cafeeiro ocasionou o abandono de uma atividade eminentemente agrária. Ademais, a classe operária permanecia sendo vítima de explorações.

Na medida em que aumentava a complexidade das atividades econômicas e sociais no país, clamava-se por uma maior atuação do Estado, em substituição à apatia de anos anteriores. Entre as elites, houve igualmente o reconhecimento de que o Estado deveria intervir na economia para evitar o retorno da crise de 1929, bem como para criar barreiras alfandegárias com o fito de incentivar a indústria nacional.

Então, em 1930, após a deposição de Washington Luis por Getúlio Vargas, inicia-se um período caracterizado por vasto predomínio estatal na regulação econômica no país. Todavia, as decisões sobre a matéria eram proferidas quase que essencialmente pelo Presidente da República, sem um conjunto hierarquizado de normas e instituições com conhecimento especializado para tanto.

Até a Constituição de 1988, vários governantes adotaram essa política caracterizada pela autonomia e independência do Poder Executivo. Citem-se os quase 20 anos em que Getúlio Vargas esteve no poder, de 1930 até 1945, e de 1951 até 1954, sob a vigência das Constituições de 1934, 1937 e de 1946. A segunda fase dos 5 anos de governo de Eurico Gaspar Dutra, de 1946 até 1951, e as mais de duas décadas de regime militar.

No tópico seguinte, averigua-se de que forma as cartas constitucionais tentaram enfrentar o avanço da complexidade social, ao estabelecer uma nova política de intromissão do Estado na área econômica, direcionada a objetivos de natureza social. Após, cumpre expor e criticar a maneira com que essa intervenção estatal operou-se na prática, marcada pela discricionariedade, falta de previsibilidade e ausência de critérios na tomada de decisões.

2.2.2.2 Dispositivos Constitucionais

As Constituições promulgadas nos anos de 1934, 1937, 1946 e 1967 estavam imbuídas por um espírito social, interventor, estatizante e ditatorial. Por essa razão, muitos dos artigos presentes nas Cartas guardam paridade entre si.

A Constituição de 1934, proclamada no governo de Getúlio Vargas, e que perdurou por somente 4 anos, representa a guinada constitucional frente a trajetória político liberal. A norma do artigo 5º, inciso XIX, letra “i”⁸⁶, legitimou a atuação estatal na área econômica, industrial e social, ao prever a competência da União para legislar sobre: comércio exterior e interestadual; relações de trabalho; produção e consumo, uma vez observadas as exigências do bem público.

No inédito capítulo da “Ordem Econômica e Social”, o artigo 115 determinava 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.”

Assim, a ordem jurídica econômica (mundo do dever-ser) deixa de contemplar a ordem econômica liberal praticada na sociedade (mundo do ser), ao condicionar o exercício da atividade empresarial ao atendimento de questões sociais e de justiça, sob pena de intervenção. Trata-se de uma clara limitação política ao princípio da liberdade de iniciativa, e também um meio de proteger o mercado de seus próprios efeitos naturais autodestrutíveis⁸⁷, potencializados quando deixados à revelia.

Posteriormente, com a configuração do Estado Novo, o governo de Vargas se transformou em uma Ditadura, que perdurou por 8 anos. A Constituição de 1937, denominada de “*Polaca*”, erigiu o Presidente ao *status* de autoridade suprema. Bem denota o contexto da ocasião a famosa queima das flâmulas estaduais por Vargas, em uma cerimônia pública, no Estado do Rio de Janeiro.

Por intermédio dos dispositivos constantes dos artigos 96⁸⁸ e 177⁸⁹, respectivamente, o Presidente limitou o poder do STF de declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos

⁸⁶ BRASIL. “Art. 5º - Compete privativamente à União:

(...)

XIX – legislar sobre:

(...)

i) comércio exterior e interestadual, instituições de crédito; câmbio e transferência de valores para fora do País; normas gerais sobre o trabalho, a produção e o consumo, podendo estabelecer limitações exigidas pelo bem público;”

⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 17.

⁸⁸ BRASIL. “Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

⁸⁹ BRASIL. “Art. 177 - Dentro do prazo de sessenta dias, a contar da data desta Constituição, poderão ser aposentados ou reformados de acordo com a legislação em vigor os funcionários civis e militares cujo

presidenciais, e adquiriu a faculdade de aposentar seus Ministros, sem maiores justificativas plausíveis.

Além disso, Vargas suspendeu as funções do Parlamento durante todo o período do Estado Novo, e governou somente mediante Decreto-Lei, forte na permissão do artigo 180⁹⁰ da Constituição. Na esteira do que se verificara na carta política anterior, o artigo 135⁹¹ relativizou a liberdade de iniciativa, ao condicionar seu exercício ao atendimento dos interesses sociais da Nação.

Do exposto, constata-se que os dispositivos constitucionais legitimaram a intromissão direta do Presidente nos Poderes Judiciário e Legislativo, assim como no setor econômico, de acordo com sua única e exclusiva vontade, sem a existência de critérios claros para tanto.

A Constituição de 1946, publicada durante o governo de Eurico Gaspar Dutra, não marca rupturas com o período antecedente em matéria de regulação econômica. Com base no artigo 146⁹², o Poder Executivo, com Vargas novamente na Presidência, interveio no domínio econômico, ao publicar a Lei 1.522/51, a fim de assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo do povo, sempre que deles houvesse carência. Foram criados determinados órgãos para executar tais funções, que essencialmente controlavam os preços de uma série de produtos⁹³, sempre sob o crivo de Vargas.

Já no governo de João Goulart, foi promulgada a Lei 4.137/62, forte no artigo 148⁹⁴ da Constituição de 1946, que vigorou até 1994. Trata-se da primeira legislação criada com a finalidade de regular a concorrência, com ênfase no controle de preços, vedação da instituição de monopólios e enfrentamento da especulação por parte de grupos econômicos.

afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime.”

⁹⁰ BRASIL. “Art. 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.”

⁹¹ BRASIL. “Art. 135 - 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 da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”

⁹² BRASIL. “Art. 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.”

⁹³ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico:** do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006. p. 133.

⁹⁴ BRASIL. “Art. 148 - 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.”

A mencionada lei instituiu o CADE, à época um tribunal administrativo⁹⁵, com função semijurisdicional, responsável pela investigação de práticas abusivas no setor empresarial. Em seus julgamentos, impunha sanções às empresas e seus Diretores. Contudo, sua atuação era discreta e pouco efetiva.

No período do regime militar, há também grande envolvimento estatal na área econômica, mas sem tantas finalidades sociais. A Constituição de 1967 atribuiu ampla autonomia ao Executivo, limitando os poderes do Legislativo e do Judiciário, assim como todo e qualquer debate transparente e democrático, fato corroborado pela extinção da pluralidade partidária.

A redação do artigo 163⁹⁶ da Constituição propiciou a prática da discricionariedade no campo da política econômica, pois permitiu ao governo estimular e proteger o desenvolvimento de certas indústrias, sem critérios transparentes e objetivos. Havia também certa contradição por parte do governo, que estimulava e defendia o capitalismo, com receio da entrada da ideologia comunista, mas por outro lado intervinha na economia para cercear a liberdade de iniciativa.

Por fim, essas são as características das Constituições dos anos de 1934, 1937, 1946 e 1967, que romperam com os ideais liberais presentes nas Cartas de 1821 e 1894, mas realizaram uma ação no mercado desprovida de um sistema justo e democrático de regras, sem organizações especializadas para tanto. A seguir, faz-se mister apontar as consequências sociais dessa nova forma de governo, que se propunha implementar determinada ordem econômica (mundo do dever-ser), em substituição à ordem liberal praticada na sociedade (mundo do ser).

2.2.2.3 Consequências da Política Social

O relacionamento entre o Estado e a economia é dinâmico, mutável e dialético, variando em face de contingências políticas, ideológicas e de mercado⁹⁷. Portanto, quando

⁹⁵ A análise mais detida do CADE será feita no capítulo II, após o advento da lei n. 8.884/94, sob a égide da Constituição Federal de 1988, na pós-modernidade do século XXI.

⁹⁶ BRASIL. “Art. 163 - Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.”

⁹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 21.

foram abrigadas pelas Constituições as propostas sociais, em substituição às liberais, houve sensíveis mudanças nessa intrincada relação de mútua dependência.

Um dos principais aspectos positivos dessa nova forma de governar foi a proteção estatal conferida à classe trabalhadora. Sem deixar de reconhecer as exceções, pode-se afirmar que, em linhas gerais, o operário passou a ser tratado com maior respeito e dignidade, eis que no período anterior, predominavam a exploração e as condições abomináveis nas fábricas.

Por outro lado, há que se destacar a consciência política e social de que a economia não poderia funcionar livremente, sem a interferência estatal, sob pena de se estabelecer um cenário sem regras, autofágico⁹⁸, onde sobrevive aquele que abusa de seu maior poderio financeiro.

Contudo, no período social, a forma com que se deu o controle político da economia representou um retrocesso, eis que fundado em decisões subjetivas e obscuras por parte do Poder Executivo, algo semelhante ao comportamento dos príncipes e reis quando do Absolutismo⁹⁹. Com isso, desrespeitou-se o princípio da legalidade, uma das grandes conquistas da modernidade¹⁰⁰ e do Direito racional, que visa proporcionar um horizonte mínimo de previsibilidade, segurança e calculabilidade frente ao agir do Estado.

Ante esse cenário, o mercado foi tomado por um sentimento de incerteza, já que pela falta de um sistema de regras claras e uniformes, e face à ausência de princípios democráticos, o governo poderia intervir na economia como e quando bem entendesse, mediante justificativas abstratas, sem qualquer tipo de oposição por parte dos demais poderes.

Esse foi o ambiente propício para o florescimento financeiro de certas indústrias privadas, que recebiam incentivos públicos, para depois prestar serviços ao governo, sem a necessidade de qualquer procedimento licitatório que justificasse tal escolha.¹⁰¹ Outrossim, vislumbrou-se o aparecimento de empresas estatais que controlavam determinados segmentos do mercado sem qualquer competição, como Vale do Rio Doce e CSN (Companhia Siderúrgica Nacional), dentre outras, que exploravam os setores da economia que dessas empresas dependessem.

Inobstante tais fatos, é possível constatar que, aos poucos, o governo foi se conscientizando de que a interferência na economia não poderia permanecer nas mãos de uma

⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 57.

⁹⁹ Ibidem, p. 35.

¹⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 406.

¹⁰¹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 163.

única pessoa, o chefe do Poder Executivo, e que o mercado carecia de um sistema legislativo específico e transparente para regular seu funcionamento. Do contrário, as contingências do setor empresarial somente se incrementariam, em benefício de alguns e em detrimento da sociedade, como já estava ocorrendo.

Nesse sentido, como já citado anteriormente, restou promulgada a Lei 4137/62, cujas normas tinham por objetivo disciplinar a ordem econômica, pela regulação da concorrência, e autorizar a criação do CADE, órgão colegiado que julgava aqueles que infringissem as disposições da mencionada lei.

2.2.2.4 Análise Sistêmica

De início, cabe lembrar que os sistemas devem se reproduzir com base em seus próprios elementos (código, função, dentre outros), mediante um processo de auto-referência, de auto-observação. Sob essas circunstâncias e condições, verifica-se possível a presença de uma reprodução autopoietica¹⁰², com a natural preservação das características dos sistemas.

A dificuldade centra-se no fato de que os sistemas não são totalmente autônomos, encontram-se muitas vezes acoplados estruturalmente, como é o caso dos sistemas jurídico, político e econômico. Tal conjuntura pode acarretar a corrupção dos sistemas, em face de um entrelaçamento/confusão de suas funções, fato que impede a reprodução autopoietica.

Uma vez verificada essa situação, os sistemas deixam de reduzir a complexidade social, e colaboram para a instauração de uma situação caótica, como por vezes se observou ao longo do período social.

Com efeito, o sistema político se descaracterizou severamente durante os regimes ditatoriais de Getúlio Vargas e militar, graças à mudança de rumo operada pela adoção de uma ideologia social e, inclusive, pelo não acolhimento de princípios democráticos. As alterações deram-se tanto no plano interno, na relação centro/periferia, como no plano externo, em face de uma maior amplitude e enredamento dos problemas submetidos ao seu campo de observação.

¹⁰² ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2002. p. 170.

No nível interno, o sistema restou absorto em seu centro, ocupado pelo Poder Executivo, eis que a ausência ou pouca efetividade dos partidos políticos custou o desaparecimento da periferia e a inoperância de seu código, governo/oposição. Conseqüentemente, as decisões políticas eram tomadas única e exclusivamente pelo Presidente da República, sem um debate prévio, social e transparente que justificasse determinada escolha frente diferentes propostas, as quais, diga-se passagem, muitas vezes sequer existiam.

A impressão de Celso Fernandes Campilongo acerca da descaracterização do sistema político é bem elucidativa:

A representação política só faz sentido quando o vértice do sistema político é composto pelo dual governo/oposição. Óbvio que, se a oposição não pode se transformar em governo – vale dizer, se a operação básica do sistema político está emperrada – a representatividade se converte em farsa. Quando as decisões políticas não se expõem aos riscos do dissenso, à instabilidade, à constante abertura a novas decisões, o sistema político não é suficientemente complexo. Sem um alto nível de complexidade – ou seja, sem excesso de possibilidades de escolha – não há representação nem democracia¹⁰³.

A questão torna-se ainda mais caótica diante do fato de que, no plano externo, o sistema político começou a operar de forma transcendente, interferindo diretamente no sistema jurídico. Vale recordar o controle exercido por Vargas, referendado pela Constituição de 1937, sobre as decisões proferidas pelo STJ, no caso, entidade máxima do Poder Judiciário, localizado no centro do sistema.

Situação essa que também se percebeu nos regimes militares, ocasião em que os tribunais restaram indiferentes diante dos inúmeros casos de desrespeito à dignidade da pessoa humana. No caso dos processos judiciais por crimes políticos, ao invés da racionalidade do direito, da utilização do código lícito/ilícito, e da observância do devido processo legal e da ampla defesa, vislumbrou-se “a substituição das referências do sistema jurídico pelos critérios do sistema político. A corrupção do *modus operandi* de um sistema pelo outro.”¹⁰⁴

¹⁰³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 75.

¹⁰⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 84.

O acoplamento estrutural gerou um processo de corrupção sistêmica, que afetou a integridade do sistema jurídico, impedindo sua reprodução autopoietica, devido à perda de autonomia e independência. Conseqüência lógica, os ideais metafísicos de segurança e certeza jurídica, difundidos pelo positivismo racionalista liberal, demonstraram sua total falta de sustentabilidade¹⁰⁵ frente a um ambiente complexo, desordenado, onde os sistemas perdem suas funções.

Transcendência também se acompanhou nas operações realizadas pelo sistema político no âmbito de questões comerciais, empresariais, até então reservadas unicamente ao sistema econômico. Algo muito distinto do paradigma vigente no período liberal, em que as comunicações de cunho mercantil não lhe causavam qualquer irritabilidade.

Porém, o sistema político não estava apto a desempenhar com êxito a árdua tarefa de interferir na economia. Primeiramente, devido à modificação de sua estrutura interna, eis que o centro, ocupado somente pelo Presidente da República, não teria o conhecimento suficiente para realizar tal empreitada. Possivelmente, nenhum ser humano sozinho teria a capacidade de fazê-lo.

Some-se a essa questão, a carência de um ordenamento legal específico, capaz de orientar decisões referentes ao rumo do sistema econômico, além da inexistência de organizações especializadas, e tem-se caracterizado o cenário ideal para a discricionariedade política, em que imperam o subjetivismo, o risco e a ausência de uma visão multiforme e transdisciplinar.

Obviamente que o sistema econômico depende de auxílio externo para laborar de forma adequada, diante de sua inaptidão para resolver suas próprias contingências e em razão do caráter individualista e egoísta inerentes ao capitalismo. Entretanto, o meio com que se realizou a intervenção pelo sistema político não se expôs de forma recomendada, pois fundada em imprevisíveis e nebulosas decisões por parte do Poder Executivo.

Pode-se dizer que o sistema econômico indicou uma série de exigências cabíveis destinadas à preservação de sua integridade e salutar operacionalidade. Expressões como calculabilidade, confiança, regularidade e racionalidade passaram a fazer parte do vocabulário dos agentes do mercado, que defendiam a presença dessas qualidades no agir do Estado, sob pena de se atingir a vitalidade do sistema.

¹⁰⁵ NEDEL, Antônio Carlos. **Uma Tópica Jurídica: Clareira para a Emergência do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 302.

A fim de se alcançar tal objetivo, seria imprescindível a elaboração de um sistema de normas jurídicas uniformes, que impusessem um padrão de conduta objetivo. Talvez assim fosse possível reduzir a adoção de critérios subjetivos, estranhos e obscuros, quando das interferências no mercado.

Cumpra transcrever a observação de Antônio Baldassare:

Daí porque a exigência de um sistema de normas jurídicas uniformes e de um sistema de decisões políticas integrado em relação a determinado território é essencial para o funcionamento e o desenvolvimento dos mercados, ou, de modo mais geral, da sociedade civil, isto é, da coletividade que participa da distribuição dos bens e das oportunidades que nascem dos mercados¹⁰⁶.

De acordo com Eros Roberto Grau, o resultado final desse processo de racionalização social é o moderno Estado Democrático de Direito, nascido substancialmente de uma legislação sempre mais ampla, com a conseqüente imposição de regras de comportamento social que excluem a autotutela em um âmbito sempre mais vasto de pessoas e coisas, em opção por uma normatividade e execução centralizadas e claras¹⁰⁷.

O obstáculo imposto ao ordenamento jurídico é o de acompanhar o dinamismo das comunicações sociais e econômicas, razão pela qual se torna questionável confiar cegamente nos ideais de segurança e certeza jurídica, sustentados pela Escola da Exegese e Jurisprudência dos Conceitos. Para a solução dos problemas de mercado, urge ampliar a noção clássica de sistema jurídico, com o conseqüente domínio de outros conhecimentos, além dos legais, como financeiros, econômicos e sociais.

Ocorre que o centro do sistema jurídico, habitado pelos Tribunais judiciais, revela-se menos afeito ao trato de questões que envolvam outras disciplinas, em decorrência de seu distanciamento de outros sistemas e ao fato de ser classificado como “boca da lei”. Quiçá, a solução esteja na periferia, local onde, segundo a teoria dos sistemas, reina o dinamismo e a pluralidade, em razão da habitual proximidade com outros sistemas.

Provavelmente, esse foi raciocínio que justificou a criação de órgãos especializados durante o segundo governo de Vargas, bem como a constituição do CADE, quando João

¹⁰⁶ BALDASSARE apud GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 29.

¹⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 32.

Goulart presidiu a nação. Todavia, sem autonomia e liberdade, tais organizações pouco puderam realizar.

Em breve síntese, essas são as conclusões que podem ser extraídas até o presente momento histórico. A seguir, cumpre verificar a forma com que os sistemas se posicionaram nos anos seguintes, a partir do final da década de 80, frente a esse cenário multidisciplinar, que reclamava uma atuação inédita e diferenciada por parte do Estado com vistas à resolução de questões ligadas à economia.

2.2.3 Período Social Democrático

Nos anos de 1821 até 1988, a história do Direito Econômico nacional foi dividida em dois períodos, objeto de descrição dos itens anteriores, denominados pelo texto de Período Liberal e Social. Constituiu-se em fator fundamental, na definição das características de cada uma dessas duas etapas, o tipo de ideologia política abraçada pelo país. Esse é o motivo pelo qual, os principais artigos das Constituições Federais vigentes foram citados e analisados, especialmente aqueles responsáveis por condicionar a atuação e interação dos sistemas político, jurídico e econômico.

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro adotou uma concepção política inédita, bem distinta das até então verificadas. A partir desse instante, o poder público passou a intervir mais incisivamente nos mais variados setores da sociedade, com o propósito de concretizar faticamente o extenso rol de novos direitos sociais assegurados na carta política. O Direito Econômico foi afetado por essa transformação política, assim como as diferentes áreas do conhecimento jurídico, a exemplo da ambiental, civil, processual e hermenêutica, dentre outras.

As legislações constitucionais e infraconstitucionais elaboradas nos últimos anos do século XX impuseram ao Estado uma postura específica em relação aos fatos que ocorrem no âmbito da economia. Destaque para a criação de órgãos e agências especializados, criados com o propósito de resolver determinadas espécies de lides econômicas. Por conseguinte, a função e relação dos sistemas estudados no texto são substancialmente alteradas.

Tais circunstâncias demandam uma análise mais detida desse novo período. Após, o primeiro capítulo terá exaurido a descrição histórico-sistêmico do Direito Econômico.

Obviamente que de uma forma sintetizada, com ênfase nos pontos mais relevantes segundo as perspectivas e objetivo da dissertação.

2.2.3.1 Contexto Social

A história do Direito Econômico brasileiro é análoga à desenvolvida nos países ocidentais, uma espécie de “importação”¹⁰⁸ com alguns anos de defasagem. Dita afirmação pôde ser comprovada no Período Liberal, quando os ideais da Revolução Francesa restaram acolhidos pelas Constituições de 1824 e 1891. O mesmo verificando-se durante o Período Social, em que os governos ditatoriais brasileiros seguiram a orientação política de países como Estados Unidos, Itália e Espanha.

A fim de não fugir à regra, essa lógica de “importação” persistiu no Período Social Democrático. Contudo, circunstâncias específicas, atinentes a cada nação, notadamente aquelas que distanciam países de primeiro e terceiro mundo, devem ser levadas em consideração, para que não sejam propostas soluções idênticas para problemas totalmente diferentes, fato que se verifica, por exemplo, quando equivocadamente se defende a instauração do neoliberalismo em território brasileiro.

Assim, é imprescindível tecer considerações acerca do contexto social vigente, no plano internacional, no instante em que certos países ocidentais conceberam importantes mudanças no plano político, a inspirar cartas constitucionais revestidas de caráter democrático e social, bem como analisar os resultados que obtiveram. A comparação desses fatos com a realidade brasileira traz à tona que esse processo de “importação” política deve obrigatoriamente respeitar as peculiaridades de cada país, sua história e seu presente.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, os países da Europa Ocidental, assim como os Estados Unidos, restaram sensibilizados perante as barbáries praticadas contra os seres humanos. Paralelamente a isso, a sociedade se deu conta de que o legislador era falível e corruptível, que sua vontade de fazer política era superior a de fazer justiça. A frieza das normas legais restou mais latente em países como a Alemanha, cujo ordenamento legitimou a

¹⁰⁸ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006. p. 8.

caça e morte aos judeus¹⁰⁹. As noções de segurança e certeza jurídica passavam ao largo das leis.

Consequentemente, várias nações, classificadas hoje como de primeiro mundo, resolveram mudar, ao adotarem sistemas legais fundados em constituições que previam a realização de direitos fundamentais¹¹⁰, como à vida, saúde, moradia, educação, entre outros. Tratam-se das cartas políticas do pós-guerra.

Nesses países, o Estado adotou um comportamento pró-ativo e diligente, a fim de promover a realização de tais direitos e impedir qualquer tentativa direta ou indireta em contrário. A interpretação literal, individual e legalista, foi sendo gradativamente suplantada por uma hermenêutica orientada pelos valores de um Estado Social e Democrático de Direito.

Ao contrário dos países de primeiro mundo, o Brasil não se sensibilizou suficientemente com as atrocidades praticadas na Segunda Guerra Mundial, a ponto de instaurar uma política democrática focada na concretização de direitos sociais fundamentais. Muito antes pelo contrário, em território nacional, prevaleceram os regimes ditatoriais, em que a Constituição foi por diversas vezes substituída pelos famigerados Atos Institucionais.

Subitamente, com a queda do regime militar, restou promulgada a Constituição Federal de 1988, onde foram consagradas políticas sociais, sob o manto de princípios democráticos. O novo texto constitucional rompeu com o modelo liberal-individual¹¹¹ de Direito e política.

A camada social brasileira menos favorecida foi embebida por promessas de mudanças, que garantiriam a realização de direitos fundamentais e sociais. Enfim, verificou-se em *terra brasilis* a tentativa do sistema político de reduzir a desigualdade social, que até então assistia pacificamente a convivência entre a “(super)inclusão” e a “super(exclusão)”¹¹² em amplos setores da sociedade.

As cartas políticas do pós-guerra, que inspiraram o legislador de 1988, inauguraram uma nova categoria de texto constitucional. Anteriormente, predominavam as Constituições tidas por formais, estatutárias ou orgânicas, que meramente se contentavam em declarar

¹⁰⁹ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica em Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 96.

¹¹⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. A Jurisprudencialização da Constituição. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: 2006. p. 97.

¹¹¹ STRECK, Lênio. Hermenêutica e Aplicação do Direito: Os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: 2006. p. 108.

¹¹² MORAIS, José Luis Bolzan de. A Jurisprudencialização da Constituição. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: 2006. p. 94.

direitos, em sua maioria inexecutáveis¹¹³. O Poder Judiciário permanecia alheio às contingências sociais, ora por privilegiar os interesses da classe burguesa, ora por estar atado e silenciado pela própria Constituição.

Com o câmbio, as Constituições não mais se contentaram em ser concebidas como simples instrumentos de governo. Aquém disso, enunciam diretrizes, programas e fins a serem pelo Estado e sociedade observados, aceitos e atendidos. Há um plano normativo global inserido nas Cartas, que passam a ser denominadas de dirigentes ou programáticas, justamente por vincularem a atuação do legislador e demais entes da sociedade civil. Falar de Constituições dirigentes é, portanto, falar de tarefas do Estado¹¹⁴.

Além do grande lapso temporal, que divide a data de adoção dessa política entre países de primeiro mundo e o Brasil, há também outra relevante questão a ser levada em consideração. Nas nações européias e nos Estados Unidos, a maioria das promessas sociais foi atendida, razão pela qual os políticos e a população iniciaram um debate relativo à descontinuidade do modelo de Estado interventor. Essa é a proposta dos neoliberais, que propugnam com veemência a existência de um Estado mínimo.

Evidentemente que a solução sugerida pelos neoliberais não deve ser aplicada em solo nacional, notadamente devido a não realização dos direitos sociais previstos no texto constitucional. Muito antes pelo contrário, o contexto de desigualdade social existente no Brasil nunca demandou uma atuação tão incisiva e eficaz por parte do Estado. Quiçá um dia seja possível se falar em Estado mínimo.

Consoante referido anteriormente, as constituições dirigentes prevêm a ação estatal em diversas áreas, as quais, por sua vez, constituem objeto de estudo de inúmeras ciências. Nessa esteira, a Constituição de 1988 incentiva e legitima o discurso dialético dos diferentes conhecimentos, especialmente ao relacionar o Direito com temas como a bioética, ecologia, função social, saúde, dentre outros.¹¹⁵

Para o presente texto, importa verificar como a atual Constituição tratou de questões referentes à participação do Estado, pela via política e jurídica, ante os fatos ocorridos na seara econômica. Somente assim é possível estabelecer parâmetros constitucionais a orientar a redução da complexidade social.

¹¹³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 40-2.

¹¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra, 2001. p. XIV.

¹¹⁵ ROCHA, Leonel Severo. Sistema do Direito e Transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda a Autopoiese. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2005, p. 188.

2.2.3.2 Dispositivos Constitucionais

O acolhimento pela Constituição Federal de 1998 de princípios democráticos e sociais implica em uma nova relação do Estado com a economia. Caso pretenda implementar o extenso rol de novos direitos, não há como o governo se furtar do enfrentamento das contingências do mercado, em busca de soluções efetivas.

A ação estatal é vista como condição indispensável ao desenvolvimento econômico¹¹⁶. Há uma íntima relação de dependência entre a tendência ao acúmulo de capital, que gera a formação de grandes blocos econômicos privados, com a maior participação dos entes públicos.

Igualmente, o Direito não pode quedar-se infenso às alterações econômicas e sociais, nem tampouco pode a economia abster-se do Direito¹¹⁷, regendo-se por suas próprias regras. A observação e regulação eficaz das alterações econômicas é condição para o bem estar da coletividade.

Por essas e outras razões, as constituições dirigentes carregam consigo normas que legitimam o Estado a praticar uma determinada forma de economia (mundo do dever ser), ora aprimorando, ora substituindo o quanto se verifica no mercado (mundo do ser). O principal objetivo é o de preservar a integralidade do sistema capitalista¹¹⁸, sob pena de sua autodestruição, cujos efeitos seriam por certo negativos à comunidade.

Durante o período liberal, as constituições estatutárias unicamente contemplavam a ordem econômica praticada no mundo real, sem qualquer aspiração de alterá-la. Inexistia o planejamento de políticas públicas, idéias de justiça distributiva, coordenação das forças estatais e privadas na busca de objetivos sociais¹¹⁹.

Já no período social, as intervenções eram marcadas pela imprevisibilidade e subjetividade, de acordo com a vontade do Poder Executivo. Os resultados dessas duas fórmulas não foram muito favoráveis à sociedade, pois fomentaram o aumento da

¹¹⁶ GRAU, Eros Roberto; **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 26.

¹¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 5.

¹¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 76.

¹¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 52-3.

desigualdade e auxiliaram o desempenho financeiro de uma parte privilegiada da elite burguesa.

A Constituição de 88 contempla regras e princípios ordenadores de determinada ordem econômica, que permitem a instalação de um horizonte de maior previsibilidade e calculabilidade em relação ao comportamento dos agentes privados e públicos no mercado. O Direito é essencial nesse aspecto, pois se espera que as interpretações e aplicações das normas jurídicas reduzam a discricionariedade das decisões políticas no âmbito da economia¹²⁰.

Pelo teor da norma contida no artigo 5º, inciso XXXV¹²¹ da Constituição, constata-se a amplitude de Poderes conferidos ao Judiciário, verdadeiro *policymaker*¹²² habilitado a promover o quanto previsto nas cartas. Eis uma importante questão, pois nos períodos anteriores, a intervenção do Estado na economia permaneceu fora da esfera do Poder Judiciário¹²³.

Para o alcance de um dos objetivos fundamentais da nação, qual seja, a construção de uma sociedade justa, social e igualitária, conforme reza o artigo 3º, inciso I¹²⁴, é imprescindível a interferência pública na economia¹²⁵. A leitura do artigo 170, inciso III¹²⁶ endossa tal raciocínio, pois aponta a ruptura com um dos mais fortes ideais do período liberal, o direito de propriedade, ora relativizado em face da função social. Por sua vez, a norma do artigo 174 espanca qualquer dúvida a respeito¹²⁷, ao prever o papel precípua do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, pelo exercício das funções de incentivo, fiscalização e planejamento.

¹²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 176.

¹²¹ BRASIL. “Art. 5º. (...)”

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

¹²² MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a realização da ordem constitucional e o povo! In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: 2005. p. 96.

¹²³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 42.

¹²⁴ BRASIL. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

¹²⁵ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito de Concorrência e Obrigação de Contratar**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009. p. 84.

¹²⁶ BRASIL. “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

¹²⁷ SAMPAIO, op. cit., p. 85.

Nesse sentido, o “caput” do artigo 170¹²⁸, que abre o capítulo I, do Título VII, condiciona a observância pelo sistema capitalista de mandamentos de cunho social e democrático, em uma tentativa de institucionalizar determinada ordem econômica. Assim, a intervenção do Estado justifica-se, por exemplo, em exceção à livre iniciativa, quando houver abusos por parte dos agentes, nos termos do artigo 173, parágrafos 4º e 5º¹²⁹, em proteção ao próprio mercado, incluindo-se os consumidores¹³⁰.

Diante do até agora exposto, é incontroversa a incompatibilidade dos ideais da política neoliberal com os fundamentos da Constituição de 88. Em se tratando de uma constituição dirigente, os projetos de atuação dos governantes devem se adequar à Carta Magna, sob pena de inconstitucionalidade.

Entretanto, a intervenção pública na esfera econômica deve se dar de forma organizada, pontual, mediante entidades específicas munidas de conhecimento e normas legais para tanto. Do contrário, retorna-se à precariedade e discricionariedade observadas quando do Período Social.

Atento a essa questão, o constituinte brasileiro valeu-se das Emendas Constitucionais n. 08 e 09, do ano de 1995, para permitir a criação de agências reguladoras, algo inovador no cenário jurídico. Agências como a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), ANP (Agência Nacional de Petróleo) e ANATEL, representam exemplos de meios e instrumentos mais efetivos e dinâmicos¹³¹ adotados pelo Estado para intervir no âmbito da economia.

Muito embora não seja uma agência, o CADE constitui-se em uma autarquia, com atividade judicante, vinculada ao Ministério da Justiça, conforme previsto na Lei n. 8.884/94, que tem como principal função orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, zelando pela livre concorrência.

¹²⁸ BRASIL. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”

¹²⁹ BRASIL. “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

¹³⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001. p. 156.

¹³¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 19.

A norma do artigo 1º da mencionada Lei sintetiza seu conteúdo:

Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social de propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Enquanto o artigo 3º transforma o CADE em autarquia:

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.

Segundo aduz Paula Sandroni, livre concorrência consiste em uma “situação de regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze de supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos”¹³².

A regulamentação da concorrência e, logicamente, do comportamento dos agentes, é visto como primordial à preservação do sistema capitalista, como também de implementação de determinada ordem econômica¹³³, sendo o CADE uma entidade criada pelo Estado Brasileiro com a finalidade específica de realizar tal função.

Do teor das principais normas da Constituição Federal de 1988, pode-se concluir que o Estado inicia uma nova era em sua atuação, disposto a realizar os direitos sociais que prometeu à sociedade, sendo a ação na esfera econômica imprescindível para tanto. E mais, com vistas ao desempenho de tal árdua tarefa, passa-se a valer de organizações específicas, que ampliam a noção de sistema jurídico, pois é conferido poder judicante às autarquias e agências vinculadas ao governo.

A seguir, imperioso analisar as consequências desse novo período, especificamente no que se refere: aos efeitos sociais decorrentes da não realização das promessas feitas na Constituição de 88; à expectativa dos atores privados diante da intervenção do Estado na

¹³² SANDRONI, Paula. **Novíssimo Dicionário da Economia**. 2. ed. São Paulo: Best Seller, 1999. p. 118-9.

¹³³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001. p. 177.

economia, e aos reflexos no Poder Judiciário, bem como nas agências e autarquias com função judicantes.

2.2.3.3 Consequências das Constituições Dirigentes

A inércia do Estado na realização dos novos direitos inseridos na Constituição trouxe consequências diretas ao Poder Judiciário, que se viu abarrotado de ações judiciais de cunho político, onde os cidadãos buscam a satisfação de seus direitos sociais¹³⁴, como o acesso a medicamentos, alimentação, reforma agrária, educação, dentre outras demandas.

Naturalmente, houve um incremento da importância, complexidade e tensão do Judiciário, que passa a ser responsável pela transformação da realidade social¹³⁵, na medida em que se constitui na última esperança dos cidadãos na concretização de direitos fundamentais. Sem sombra de dúvidas, algo totalmente distinto da apatia dos Tribunais observada nos períodos anteriores.

A posição dos atores de mercado, em razão da nova política pública de interferência na economia é praticamente uníssona. Em primeiro plano, consideram que a ordem jurídica intervencionista fere¹³⁶ a ordem natural e a espontaneidade do mercado. Assim, postulam que a ação estatal seja mínima, quase imperceptível.

E mais, os agentes privados demandam que a intervenção se concretize de forma segura, previsível, a fim de que suas decisões possam ser tomadas sem quaisquer riscos, em benefício da fluidez do mercado. Segundo eles, somente quando as ações no mercado, tanto pelos entes públicos como privados, possam ser calculadas racionalmente, será possível obter a maximização dos lucros¹³⁷, sendo isso uma lógica irrefutável imposta pelo sistema.

Considerando que o Poder Judiciário encontra-se por demais atarefado, literalmente soterrado por ações judiciais de fundo político e social, e que o Estado dispõe de organizações (agências e autarquias) com competência e sabedoria para agir no mercado, é inevitável que

¹³⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. A Jurisprudencialização da Constituição. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: 2006. p. 95.

¹³⁵ STRECK, Lênio. Hermenêutica e Aplicação do Direito: Os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: 2006. p. 108.

¹³⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 63.

sobre elas recaia a pressão das empresas e instituições que atuem no sistema econômico. Portanto, assim como se verificou com o Judiciário, as organizações também sofreram um acréscimo de complexidade e importância, pois atender às expectativas dos agentes privados, revestidas de aspectos metafísicos de segurança e certeza, representa uma penosa empreitada.

No próximo tópico, cumpre analisar essa conturbada situação gerada pelo rompimento de paradigmas políticos, sob o prisma da teoria dos sistemas, com o propósito de se encontrar argumentos e premissas que orientem a atuação dos sistemas jurídico e político no âmbito econômico, de modo a promover a redução da complexidade social.

2.2.3.4 Análise Sistêmica

O acolhimento dos princípios democráticos pela Constituição de 88 ocasionou o aparecimento das características fundamentais do sistema político, as quais derivam necessariamente da operacionalidade do código governo/oposição. A mobilidade e variabilidade do sistema foram garantidas graças ao retorno dos partidos políticos à periferia. As propostas por eles apresentadas detonam um processo particular de escolha/debate, seleção/estabilização e, por fim, decisão¹³⁸.

Em razão do sufrágio universal, a oposição de hoje pode se tornar o governo de amanhã. Essa imprevisibilidade passa a ser desejável, pois deixa em aberto os caminhos para a ocupação do governo, centro do sistema. Do contrário, não se teria a essência da democracia¹³⁹, muito menos condições para a reprodução autopoiética. Sem deixar de reconhecer as deficiências da democracia em solo brasileiro, pode-se afirmar que houve inúmeros avanços em relação ao período anterior.

No plano externo, o sistema político direcionou suas observações aos mais diversos setores da sociedade, comprometendo-se a agir rigorosamente de acordo com o conteúdo das

¹³⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 27.

¹³⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 74.

¹³⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 76.

normas constitucionais. Consoante afirma Eros Grau, a atuação do sistema político revestiu-se de maior segurança¹⁴⁰, comparada com a subjetividade que imperava nos governos ditatoriais.

O acoplamento estrutural orquestrado pela Constituição Federal assegurou, ao menos na formalidade, a autonomia do Judiciário perante os Poderes Legislativo e Executivo. Na prática, o centro do sistema jurídico acabou sendo surpreendido com o ajuizamento de um infindável número de ações propostas por cidadãos brasileiros, que foram aos Tribunais pleitear a realização de seus direitos sociais, devido à ineficácia do sistema político no cumprimento de suas promessas.

Segundo o entendimento de Celso Campilongo, esse fenômeno consiste na “politização da justiça”, que por sua vez gera a “desdiferenciação” do sistema jurídico, circunstância a ser a todo custo evitada, pois incompatível com a democracia constitucional. Nesse sentido, os Tribunais devem obrigatoriamente respeitar os critérios operativos inerentes ao sistema a que pertencem (legal/ilegal), e jamais adotar as referências do sistema político, sob pena de se instaurar um “governo de juízes”¹⁴¹.

Na condição de fiscalizador, o sistema jurídico não obtém êxito na tarefa de controlar o Executivo e o Legislativo. Caso fosse diferente, o governo (centro do sistema político) seria adequadamente punido toda vez que praticasse atos de corrupção, fraudando a lei que ele próprio elaborou¹⁴².

Por outro lado, há que se valorizar o fato de o sistema político ter instituído, por intermédio de legislação constitucional e infraconstitucional, organizações localizadas na periferia do sistema jurídico, munidas de um corpo especializado de normas, com a função de resolver contingências bem particulares, produzidas no interior do sistema econômico.

O contato dessas agências e autarquias (incluindo-se aí logicamente o CADE) com outros sistemas as torna mais capacitadas a lidar com comunicações que relacionem diferentes conhecimentos, não só os essencialmente jurídicos. Ademais, o dinamismo e o risco inerentes ao mercado demandam uma maior agilidade, criatividade e flexibilidade nos julgamentos, algo inerente à periferia e, estranho aos Tribunais, cuja localização central os torna mais afeitos ao rigorismo da lei.

¹⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 42.

¹⁴¹ CAMPILONGO, op. cit., p. 80-7.

¹⁴² Ibidem, p. 56.

A disposição do artigo 4º¹⁴³ da Lei n. 8884/94 confirma que os julgadores do CADE, denominados de Conselheiros, devam ter necessariamente conhecimentos mais amplos, ao estabelecer a necessidade de “notório saber jurídico ou econômico”. Por outro lado, o fato de a nomeação dos Conselheiros depender da aprovação de dois Poderes (Executivo e Legislativo) diminui consideravelmente a possibilidade de indicações discricionárias.

Ao contrário do que alguns possam imaginar, a periferia do sistema jurídico é tão importante quanto o seu centro, no que tange à tarefa de redução da complexidade social. Dela se espera uma atuação eficaz, que o Poder Judiciário mantenha suas decisões na hipótese de recurso. Vale também para a periferia o reconhecimento de que hoje o Direito é considerado um instrumento de impulso à concretização de relações mais sociais, justas e equânimes, sendo imperioso para tanto uma atuação enérgica e rápida¹⁴⁴ das organizações judicantes.

Os atores privados que integram o sistema econômico demandam que a intervenção do Estado no funcionamento do mercado seja radicalmente oposta à discricionariedade e subjetividade verificada no Período Social. Com efeito, a partir da criação das agências e autarquias, e em razão de ordenamentos legais específicos, as empresas exigem que eventuais interferências na economia se dêem de forma previsível, segura, de modo a propiciar a eliminação do risco e a insegurança quando da tomada de suas decisões.

Ao encontro do quanto afirmado acima, são as palavras de Eros Grau:

O mercado é uma ordem no sentido de regularidade e previsibilidade de comportamentos, cujo funcionamento pressupõe a obediência, pelos agentes que nele atuam, de determinadas condutas. Essa uniformidade de condutas permite a cada um desses agentes desenvolver cálculos que irão informar as decisões a serem assumidas, de parte deles, no dinamismo do mercado. Como o mercado é movido por interesses egoísticos – a busca de maior lucro possível – e a sua relação típica é a relação de intercâmbio, a expectativa daquela regularidade de comportamentos é que constitui uma ordem. E essa regularidade, que se pode assegurar somente na medida em que critérios subjetivos sejam substituídos por padrões objetivos de conduta, implica sempre a superação do individualismo próprio ao atuar dos agentes de mercado¹⁴⁵.

¹⁴³ BRASIL. “Art. 4º - O Plenário do CADE é composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.”

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, em palestra proferida no “**II Colóquio de Jurisdição, Democracia e Processo**”. Organizado pelo PPG-Direito da Unisinos, em 29 set. 2009.

Assim como o centro, a periferia do sistema jurídico igualmente vislumbra o incremento de sua complexidade interna. Em uma ponta, as organizações sofrem toda essa pressão por parte do sistema econômico, que demanda uma atuação precisa, matemática, quase cirúrgica. Na outra ponta, devem respeitar os comandos fornecidos pelo sistema político, que não mais se contenta em observar o mercado (mundo do ser), mas sim adequá-lo a sua própria visão ideal de ordem econômica (mundo do dever ser).

Bem distintos são os interesses dos mencionados sistemas. O primeiro, historicamente mais individualista, e o segundo, agora constitucionalmente atrelado a objetivos de natureza democráticos e sociais. Inobstante tais fatos, acima de tudo, é imprescindível que a periferia realize suas operações com base no código legal/ilegal, observando as comunicações de acordo com sua lógica e auto-referência, sob pena de corrupção sistêmica.

Ao analisar a atuação do CADE, Paula Forgioni ilustra bem as diferentes expectativas nutridas pelos distintos sistemas quanto ao desempenho de sua principal função, a regulação da concorrência. Consoante aduz, a coordenação do comportamento dos agentes econômicos no mercado é vista não só como essencial à manutenção do sistema econômico, mediante o afastamento de seus efeitos danosos, mas também como instrumento de condução visando à implementação de políticas públicas¹⁴⁶.

Elaborar o resumo histórico-sistêmico das relações entre os sistemas jurídico, político e econômico, desde a promulgação da primeira Constituição do Brasil até o final do século XX não é tarefa simples de ser cumprida. O texto preocupou-se em pinçar os principais fatos, descrever as ideologias reinantes, que determinaram o tom de cada período. Quiçá em outra oportunidade possam ser agregados mais elementos capazes de enriquecer essa fascinante interação entre esses relevantes sistemas sociais. No instante, cumpre encerrar o conteúdo do capítulo.

Na próxima metade do texto, o exame centra-se em um novo período histórico, a pós-modernidade, que já em seu início chega pregando a revisão de uma série de dogmas desenvolvidos durante a modernidade. Será justamente a partir da reflexão acerca da atuação do CADE, que se pretende extrair alternativas para um Direito mais eficiente, flexível, dinâmico, preocupado com o futuro e consciente dos riscos atinentes às suas ações e omissões.

¹⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 42.

¹⁴⁶ FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 163.

3 A NECESSIDADE DE AÇÕES PREVENTIVAS PELA PERIFERIA DO SISTEMA JURÍDICO NA PÓS-MODERNIDADE E A ATUAÇÃO DO CADE

No primeiro capítulo, foi possível constatar a histórica relação de interdependência entre o contexto social vigente, a ideologia política adotada pelo governo, o teor dos artigos constitucionais, a intervenção do Estado no mercado, e o contorno dos sistemas jurídico, político e econômico.

Ao final da modernidade, e com a promulgação da Constituição de 1988, os efeitos dessas diversas hipóteses e modelos de acoplamento estrutural resultaram na concepção de organizações especializadas com função judicante. A circunstância de estarem localizadas na periferia do sistema jurídico e, portanto, mais próximas de outros sistemas, as tornam teoricamente mais capacitadas para resolver as contingências transdisciplinares fomentadas pelo mercado.

Nesse segundo capítulo, há que se dar um passo adiante, com o intuito de investigar os métodos, critérios e lógica adotados pelo CADE no exercício de suas atividades na pós-modernidade. Cumpre refletir se sua maneira de atuação permite a redução da complexidade social. Outrossim, trata-se do momento apropriado para verificar se as propostas sugeridas pela teoria dos sistemas guardam pertinência, plausibilidade, se são efetivamente capazes de auxiliar as organizações como o CADE em seus processos de tomada de decisão.

Antes de tudo, convém descrever o contexto social pós-moderno. O intuito é o de compreender as problemáticas desse novo tempo, para então raciocinar acerca da melhor forma com que o Direito e o CADE devem enfrentá-las. Do contrário, toda e qualquer proposta se revestiria de ares superficiais, fantasiosos, principalmente segundo a ótica daqueles ainda absortos nos pilares de segurança e certeza jurídica, típicas heranças metafísicas da modernidade.

Então, na primeira parte deste segundo capítulo, são elencadas determinadas transformações verificadas na sociedade a partir da pós-modernidade. Inicialmente, a análise centra-se nas novas características assumidas pelas comunicações, que passam a repercutir e interferir com mais ênfase nos principais sistemas sociais, ocasionando diferentes processos de reprodução autopoietica.

Em seguida, o texto aborda o processo de fragmentação do Estado e do Direito, assim como o ambiente de pluralismo jurídico, onde normas não estatais competem e convivem com

as proferidas pelo legislador político¹⁴⁷. Circunstâncias fundamentais para o surgimento de um tipo de sociedade, onde o risco e suas consequências adquirem graus jamais vistos.

Nesse cenário, indaga-se acerca da capacidade das estruturas jurídicas contemporâneas de encontrar soluções efetivas, visando o controle dos problemas transdisciplinares produzidos pela sociedade capitalista industrial. O texto atribui destaque ao incremento das funções conferidas às organizações localizadas na periferia do sistema jurídico, principais responsáveis pela solução de questões que envolvam o Direito e outras ciências, consoante a visão de Gunther Teubner¹⁴⁸.

Ao longo da primeira parte da exposição, são tecidas contínuas referências ao CADE. A intenção é de demonstrar a sintonia existente entre as observações e proposições da teoria dos sistemas com as características da autarquia. Por certo, muitos dos ideais originários da modernidade serão objeto de questionamento. Na esteira do quanto afirma Celso Fernandes Campilongo, “o sono letárgico dos que insistem em pensar o Direito no limiar do século XXI com as referências do século XIX será sacudido.”¹⁴⁹

Após a descrição da pós-modernidade, tem início a segunda parte do segundo capítulo, onde a dissertação examina de forma mais detida o teor das atividades judicantes desenvolvidas pelo CADE. Em razão da exiguidade do texto, o foco centra-se no controle dos atos de concentração, tais como fusões, incorporações, consoante previsto na norma do artigo 54 e seguintes da Lei 8884/94.

Além de preferências de cunho pessoal, a escolha reside em face de duas questões. Primeiro devido à elaboração recente pela autarquia de um instrumento denominado de APRO (Acordo de Preservação da Reversibilidade de Operação), previsto atualmente na Resolução n. 45, de 28/03/2007, destinado a conferir maior efetividade e segurança às suas decisões no âmbito das operações societárias.

Segundo por conta de determinados dispositivos do Projeto de Lei da Câmara n. 6/2009, que uma vez aprovado, colocará a autoridade concorrencial brasileira mais próxima das demais organizações similares localizadas em outros países, especialmente no que se refere ao controle dos atos de concentração.

¹⁴⁷ TEUBNER, Gunther. Regimes Privados: direito neo-espontâneo e constituições dualistas na sociedade mundial. In: **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: UNIMEP, 2005. p. 106.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 227.

¹⁴⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 70.

Isso porque, as operações societárias passarão a ser analisadas pelo CADE previamente à sua concretização. Com isso, a autarquia funcionará quase como uma contratante, pois sua vontade será determinante à celebração e validade do negócio. Presentemente, de acordo com a legislação vigente, o exame dos atos dá-se “*a posteriori*”, ou seja, após a assinatura dos instrumentos.

A maneira peculiar e especializada com que o CADE atualmente exerce a análise dos atos de concentração será enquadrada na matriz de responsabilidade civil denominada de “comunicação do risco”, desenvolvida por Délton Winter de Carvalho, na obra *Dano Ambiental Futuro*¹⁵⁰. O livro contém a publicação de sua tese de Doutorado na Unisinos, orientada pelo Professor Doutor Leonel Severo Rocha, também responsável pela orientação da presente dissertação.

Com intuito de agregar mais elementos ao segundo capítulo, o texto é pontuado com as respostas proferidas por José Antônio Batista de Moura Ziebarth, atual Coordenador Geral do CADE, em face de entrevista realizada pelo mestrando, na cidade de São Paulo, no mês de maio do corrente ano. Da mesma forma, faz-se menção ao posicionamento de Celso Fernandes Campilongo, registradas por e-mail de 31/03/2009, em razão de comentários e questionamentos tecidos pelo mestrando.

A adoção da teoria dos sistemas, como matriz teórica da exposição, revela-se apropriada para orientar o CADE e o Direito na pós-modernidade. Suas principais propostas, notadamente a necessária preservação das funções dos sistemas, o estudo dos acoplamentos estruturais e a reprodução autopoiética, trazem referenciais importantes de observação.

Ademais, a teoria carrega consigo a característica de não se esquivar das inovações, mas sim de identificá-las e enfrentá-las, propondo soluções para problemas inéditos, ou seja, um Direito inserido no presente, preocupado com o futuro, e próximo da realidade pós-moderna. Qualidade imprescindível às entidades localizadas na periferia do sistema jurídico.

Na medida em que se faz uma observação das observações, ou seja, quando se procura estudar o funcionamento dos sistemas sociais, através de uma visão ampla (extra-sistêmica ou inter-sistêmica) e ao mesmo tempo restrita (intra-sistêmica), é possível construir um Direito não tão rígido, livre de dogmas. Consoante aduz Gunther Teubner, há que se produzir um Direito Flexível, sem a pretensão de ser perfeito, pois não se está mais na modernidade¹⁵¹.

¹⁵⁰ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 179.

¹⁵¹ TEUBNER, Gunther. Regimes Privados: direito neo-espontâneo e constituições dualistas na sociedade mundial. In: **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: UNIMEP, 2005. p. 212.

3.1 PÓS-MODERNIDADE, SOCIEDADE DE RISCO E O CADE

Nos três períodos históricos (liberal, social e social democrático) foram descritas as diferentes condições sociais, políticas, jurídicas e econômicas que estavam em vigência, sob a ótica da teoria dos sistemas. Ao final da modernidade, os principais sistemas sociais estabeleceram determinadas premissas e pretensões no que se refere à intervenção estatal na economia.

Os atores integrantes do sistema econômico, por exemplo, passaram a demandar que a interferência se realizasse de maneira certa, previsível e calculável. Condição vital à eliminação dos riscos e contingências nas tomadas de suas decisões, a fim de propiciar o maior lucro possível.

De outra banda, os sistemas jurídico e político pretenderam estabelecer uma determinada ordem econômica (mundo do dever-ser), por intermédio de normas legais, em substituição à ordem econômica praticada na realidade (mundo do ser). Houve uma nítida diferenciação da ordem econômica em duas espécies, a pretendida pelo Estado e a verificada no mundo dos fatos. Acreditou-se que a abstração das normas deveria obrigatoriamente se sobrepôr e controlar os atos praticados pelos integrantes do mercado, independente da vontade destes.

Entretanto, uma série de fatores determinou o encerramento da modernidade, e o conseqüente surgimento de um inédito período, intitulado por muitos de pós-modernidade. Os efeitos desse novo tempo sacudiram as funções e premissas e pretensões sistêmicas relativas à ação estatal na economia, dentro de uma sociedade onde o risco adquire dimensões jamais vistas.

A seguir, impõe-se descrever, sob o viés sistêmico, de que modo a pós-modernidade trouxe modificações à ação do Estado na economia. Da mesma forma, há que se verificar a viabilidade de manutenção das mencionadas expectativas nutridas pelos sistemas jurídico, político e econômico em face do atual cenário social.

3.1.1 Complexidade Pós-Moderna

Como se pôde perceber no capítulo primeiro, nos momentos em que a sociedade ingressou em uma nova fase, vieram ao mundo fenômenos que romperam com os paradigmas vigentes. Por conseguinte, o funcionamento dos sistemas sociais foi diretamente afetado, pois modificações verificadas em suas estruturas alteraram os processos de reprodução autopoietica e de acoplamento estrutural.

Até que os sistemas se adaptassem ao diferente contexto apresentado pelo ambiente, fez-se necessário o decurso de certo período de tempo. Inegavelmente, os períodos de transição social são marcados pelo aumento da complexidade e contingência¹⁵².

Diversos elementos indicam que, desde o final do século XX, a sociedade vem presenciando a instalação de um novo período histórico. Inúmeros paradigmas e crenças solidificadas na modernidade começam a ruir paulatinamente. Fala-se na morte da metafísica, das verdades inquestionáveis, como família, igreja, dentre outros.

Amartya Sen descreve uma situação social inédita, sem precedentes, repleta de instabilidade e desigualdade. Segundo o autor, os opostos e as contradições convivem lado a lado, nos mesmos ambientes e classes sociais. Cumpre reproduzir sua observação:

Vivemos em um mundo de opulência sem precedentes, de um tipo que teria sido difícil até mesmo de imaginar um ou dois séculos atrás. Também tem havido mudanças notáveis para além da esfera econômica. O século XX estabeleceu o regime democrático e participativo como modelo preeminente de organização política. Os conceitos de direitos humanos e liberdade política hoje são parte da retórica prevalecente. As pessoas vivem em média muito mais tempo do que no passado. Além disso, as diferentes regiões do globo estão agora mais estreitamente ligadas do que jamais estiveram, não só nos campos da troca, do comércio e das comunicações, mas também quanto a idéias e interativos.

Entretanto, vivemos igualmente em um mundo de privação, destituição e opressão extraordinárias. Existem problemas novos convivendo com antigos – a persistência da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas, fomes coletivas e fome crônica muito disseminadas, violação de liberdades políticas elementares e de liberdades formais básicas, ampla negligência diante dos interesses e da condição de agente das mulheres e ameaças cada vez mais graves ao nosso meio ambiente e à sustentabilidade de nossa vida econômica e social. Muitas dessas privações podem ser encontradas, sob uma ou outra forma, tanto em países ricos como pobres¹⁵³.

¹⁵² CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 13.

¹⁵³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 9.

Amartya Sen sanciona o ingresso da sociedade mundial em um tempo incomum. Sem sombra de dúvidas, muito se deve ao fenômeno da globalização, cuja motricidade reformulou conceitos e condutas vigentes, além de ter criado uma série de paradoxos e contradições.

Nesse diapasão, ao mesmo instante em que se vislumbram conquistas sociais, problemas antigos não recebem tratamento adequado, ou caso tenham sido resolvidos, voltam a aparecer com mais força. Se por um lado a globalização é capaz de aproximar as pessoas, seja por questões ideológicas, geográficas ou comerciais, igualmente as afasta, na medida em que ressalta suas diferenças.

A globalização trouxe também a socialização do risco, pois anteriormente, temas como o subdesenvolvimento, indiferença e fome, estavam reservados aos países pobres, e hoje se constata presentes também nas nações mais afortunadas. Por vezes, situações sociais totalmente opostas convivem no mesmo metro quadrado.

Importante ressaltar que Sen relaciona o aumento da complexidade social aos fenômenos econômicos, políticos e jurídicos. Em sua fala constatam-se questões como direitos humanos, riqueza, pobreza, democracia, além de meio ambiente, sustentabilidade, entre outras.

Com efeito, verifica-se a derrocada constante dos paradigmas estabelecidos ao longo da modernidade, os quais foram responsáveis por orientar o caminho trilhado pela civilização e pelos sistemas sociais. A teoria dos sistemas observa os fenômenos e transformações instaladas com a pós-modernidade, a partir da fragmentação da comunicação, do Estado e do Direito.

3.1.2 Fragmentação da Comunicação

Segundo o entendimento de Délton Winter de Carvalho, a pós-modernidade trouxe consigo a fragmentação da sociedade em dimensões comunicativas dinâmicas, complexas e pluralistas. Para dominá-las e compreendê-las, é imprescindível deter tecnologia e conhecimento específicos, extremamente desenvolvidos¹⁵⁴. Pode-se dizer que, na medida em

¹⁵⁴ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 13-4.

que aumenta a fragmentação da sociedade e da comunicação, incrementam-se também os seus respectivos graus de dificuldade.

A globalização além de proporcionar tais fenômenos, os potencializa. Agora, na pós-modernidade, os problemas que a sociedade produz não possuem mais fronteiras geográficas, quanto menos perímetros sistêmicos. Uma mesma comunicação pode transitar por dezenas de países, até o mundo inteiro, como igualmente é capaz de participar de diversos sistemas.

Vale lembrar que em épocas anteriores, era comum que as comunicações restassem submetidas aos territórios e limites de somente um país e sistema. No período Liberal, por exemplo, os acontecimentos do mercado não tinham caráter internacional e permaneciam reservados aos comandos do sistema econômico. Atualmente, as questões econômicas, além de adquirirem repercussão global, passam pelo crivo dos mais diversos sistemas. Até mesmo foram constituídas organizações especializadas, na periferia do sistema jurídico híbrido, para tratá-las de forma adequada.

Com efeito, a sociedade e seus problemas fragmentam-se nos mais variados aspectos. Exemplos não faltam, a ponto de existir uma ciência como a nanotecnologia, que estuda elementos de tamanho de 0,000000001 centímetro, e pode se tornar um dos principais ramos do conhecimento. Tanto é assim que o Direito, sob o viés dos direitos humanos, vem observando seu desenvolvimento¹⁵⁵, a fim de fixar limites, deveres e orientação ética. Fatos que atestam o elevado grau de tecnologia dos conhecimentos existentes, assim como o amplo leque de observação do Direito, e sua atuação particularizada.

A fragmentação da comunicação tem como consequência direta atribuir-lhe um conteúdo transdisciplinar. Nesse ponto, revela-se pertinente a constatação feita por Leonel Severo Rocha, no sentido de que as constituições dirigentes, a exemplo da Constituição Federal de 1988, incentivam e legitimam a dialética discursiva das ciências na pós-modernidade, ao abordar em conjunto temas como Direito, ecologia, política¹⁵⁶.

Portanto, toda e qualquer pesquisa elaborada na atualidade, seja jurídica, política, econômica ou tecnológica, deve necessariamente incorporar a dialética científica em seu discurso, em sintonia com a fragmentação da comunicação, a transdisciplinaridade, a orientação das cartas políticas e a globalização. Algo totalmente díspar da prática adotada pelo jurista Hans Kelsen, que enxergava o Direito como um sistema fechado, imune às influências de outros conhecimentos.

¹⁵⁵ Citem-se as pesquisas desenvolvidas pelo Professor Doutor Wilson Engelmann, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.

¹⁵⁶ ROCHA, Leonel Severo. Sistema do Direito e Transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda a Autopoiese. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2005. p. 188.

Nunca as pretensões do Direito da modernidade revelaram-se tão descabidas e anacrônicas, especificamente sua intenção de tudo prever e regular. O seu modo específico de observar os fatos, pela lente do código lícito/ilícito, jamais pode e poderá solucionar questões que ocorrem no âmbito de diferentes sistemas, os quais possuem características e funcionamento próprios¹⁵⁷.

O Direito na pós-modernidade deve obrigatoriamente abrir suas fronteiras, proporcionando a entrada de conhecimentos oriundos de outros sistemas. Exigência mais premente (mas não exclusiva) às organizações como o CADE, localizadas na periferia do sistema jurídico, sujeitas ao contato constante com outros sistemas.

O texto não só pretende demonstrar a urgência dessa abertura, como também raciocinar sob a melhor maneira de o Direito abandonar as amarras da modernidade, e assumir-se como uma ciência arriscada, fragmentada e imprevisível. Espera-se que ao seu final, seja possível concluir pela inviabilidade dos ideais de segurança e certeza jurídica, devido à fragmentação da comunicação e instabilidade sistêmica.

Assim como é difícil compreender o mundo pós-moderno, é complicado assimilar de imediato os conceitos da teoria dos sistemas, que almeja em parte desvendá-lo. Certamente, se está bem distante da racionalidade matemática e lógica das escolas tradicionais do positivismo, onde o Direito resumia-se a mera aplicação da lei ao caso concreto, a fim de preservar o interesse das sociedades burguesas.

3.1.3 Comunicação e Autopoiese de 1º e 2º Graus

Como a comunicação pode eventualmente interferir em mais de um sistema social, em razão do processo de fragmentação abordado no item anterior, Gunther Teubner divide a reprodução autopoietica em duas classes¹⁵⁸, quais sejam, 1º e 2º graus. O raciocínio do jurista alemão é de fundamental importância para a compreensão e crítica das atividades desenvolvidas pelo CADE, bem como quanto às expectativas a serem nutridas a respeito.

¹⁵⁷ ROCHA, Leonel Severo. Sistema do Direito e Transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda a Autopoiese. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2005. p. 191.

¹⁵⁸ TEUBNER, Gunther. Regimes Privados: direito neo-espontâneo e constituições dualistas na sociedade mundial. In: **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: UNIMEP, 2005. p. 206-20.

Teubner aduz que, quando um sistema consegue funcionar de maneira fechada, restrito aos seus próprios limites e paradigmas, se está diante de uma reprodução autopoietica de 1º grau. Tal fato apenas é provável de se observar devido à presença de determinadas características na comunicação.

Com efeito, a circunstância de a comunicação ser menos complexa, não fragmentada, ocasiona irritabilidade a somente um único sistema social. Assim, o sistema vale-se de suas estruturas internas para lidar com a comunicação, sem qualquer interferência externa. Teubner diz que para a autopoiese de 1º grau, o sistema deve conter uma cláusula hipercíclica, que o permita se fechar estruturalmente.

Entretanto, se por um lado a autopoiese de 1º grau demanda uma espécie de comunicação mais simples, por outro a expectativa com relação ao desempenho das funções do sistema sofre um acréscimo, em termos de exigência e perfeição. Espera-se que suas operações sejam previsíveis, precisas, consistentes.

Tal circunstância explica a razão de na modernidade, a sociedade e seus sistemas terem confiado demasiadamente na capacidade do Direito de solucionar as controvérsias. Isto porque, para resolução das lides, fundadas em comunicações ainda não fragmentadas, o Direito valia-se unicamente dos textos legais e de sua cláusula hipercíclica, sem qualquer abertura a outros ramos do conhecimento. Teubner classifica o Direito da modernidade como um Direito Hipercíclico ¹⁵⁹.

Todavia, com o advento da pós-modernidade, e perante a fragmentação e transdisciplinaridade da comunicação, a autopoiese de 1º grau e o fenômeno do Direito Hipercíclico dificilmente poderão vir a se perfectibilizar.

Como já ressaltado, no instante em que ocorre a fragmentação social, as comunicações passam a participar de contextos sistêmicos diferentes, se envolvem em ao menos dois círculos autopoieticos. Tais questões inviabilizam que apenas um sistema processe a comunicação com base em suas estruturas internas. Então, quando a comunicação demanda a participação de outros sistemas, se está diante de uma reprodução de autopoietica de 2º grau ¹⁶⁰.

Aqui, cabe adotar o mesmo raciocínio utilizado quando da análise da autopoiese de 1º grau, no que se refere à relação comunicação *versus* expectativa quanto ao desempenho das funções do sistema, mas de modo diretamente inverso. Ou seja, ao passo que a autopoiese de

¹⁵⁹ TEUBNER, Gunther. Regimes Privados: direito neo-espontâneo e constituições dualistas na sociedade mundial. In: **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: UNIMEP, 2005. p. 209.

¹⁶⁰ TEUBNER, loc. cit.

2º grau parte de uma comunicação complexa, fragmentada, a sociedade e os sistemas devem assimilar o fato de que as operações sistêmicas não serão caracterizadas pela previsibilidade, precisão e consistência.

Feitos esses esclarecimentos, percebe-se que a pretensão do sistema econômico, em face dos efeitos da intervenção realizada pelo sistema jurídico no âmbito do mercado, não guarda coerência. Isto porque, as comunicações oriundas da economia são essencialmente fragmentadas, transdisciplinares, revestem-se de múltiplas características e causam interferência em diversos sistemas sociais, desde o meio ambiente à tecnologia, dentre outros.

Para processá-las, faz-se necessário que o sistema jurídico valha-se de conhecimento oriundo de outras ciências. Tanto é assim, que o Direito e a Política resolveram por bem constituir organizações inseridas na periferia do sistema jurídico, como o CADE, incumbidas de resolver determinadas espécies de comunicação provenientes da economia. Ao recebê-las internamente, ditas organizações realizam uma reprodução autopoietica de 2º grau, por utilizarem referências de diferentes sistemas.

Logo, a imprevisibilidade, a incerteza, a flexibilidade e o risco são expressões apropriadas a designar as características das atividades e decisões proferidas por organizações a exemplo do CADE, devido ao perfil da comunicação submetida ao seu crivo. Como ressaltado ao longo do texto, a periferia é o local onde o dinamismo impera.

Então, justamente em face das propriedades da comunicação e da espécie de autopoiese, não há como atender às exigências do sistema econômico, no sentido de que as ações do CADE sejam previsíveis, certas, calculáveis. A toda evidência, tal pretensão revela-se anacrônica, mais adequada ao século XIX.

Nesse ponto, vale abrir um parêntese e reconhecer o acerto do CADE, ao constituir grupos técnicos especializados dentro da autarquia, compostos pelos próprios conselheiros, a fim de aproximá-los de questões que relacionem o Direito a outros conhecimentos, como regulação da concorrência, relações internacionais, negociação, economia. Não se trata se uma ação totalmente inédita, pois ao longo de sua existência, a autarquia já teve o privilégio de contar com Conselheiros do calibre de Celso Campilongo e Ronaldo Porto Macedo, que por deterem formação baseada na filosofia do Direito, realizaram uma importante interface entre o Direito e a Economia¹⁶¹.

Nunca é demais lembrar a redação do artigo 4º da Lei 8884/94, cuja norma dispõe que para compor o Plenário do CADE, é necessário “notório saber jurídico ou econômico”.

¹⁶¹ Resposta de José Antônio Batista Ziebarth à pergunta de n. 3 da entrevista.

Atualmente, a composição da autarquia¹⁶² conta com 5 advogados e 2 economistas, em um total de 7 conselheiros.

A constituição dos grupos técnicos especializados e a formação ampla exigida dos conselheiros fomentam o desenvolvimento de conhecimentos específicos pela entidade. Assim, a comunicação pode ser processada com base em critérios mais amplos, além dos estritamente legais, possibilitando a redução da instabilidade inerente a autopoiese de 2º grau.

Do exposto, constata-se que a classificação de Teubner, relativo aos dois tipos de reprodução autopoietica, é de grande valia para orientação e observação do funcionamento das autarquias inseridas na periferia do sistema jurídico. E mais, sua percepção acerca da importância de um Direito Flexível é compatível com a espécie de comunicação e autopoiese inerentes ao CADE.

3.1.4 Sociedade de Risco

O caráter multifacetado, autônomo e híbrido da comunicação, aliado à instabilidade da reprodução autopoietica dos sistemas, alteraram sensivelmente o nível de contingência social, em termos de profundidade e quantidade. Por conseguinte, vislumbra-se na pós-modernidade a transformação da sociedade industrial em uma sociedade de risco, nos termos da observação de Délton Winter de Carvalho¹⁶³.

Consoante já referido, durante a modernidade, quando a comunicação tinha um grau menor de complexidade, os sistemas atuavam com base em suas cláusulas hipercíclicas e se reproduziam de modo independente, em um processo autopoietico de 1º grau. Destarte, era-lhes viável exercer um controle sobre os efeitos de suas ações, bem como quantificar e direcionar os riscos inerentes às atividades exercidas.

A descrição realizada no item 1.2.1.3 da dissertação, denominado de “Consequências do Liberalismo Econômico”, corrobora a afirmação acima. Na sociedade industrial, as classes mais favorecidas economicamente podiam controlar e segmentar os efeitos dos riscos, usualmente direcionados ao proletariado.

¹⁶² Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2404040c100e0e2c06>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

¹⁶³ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 13.

Enquanto os executivos permaneciam seguros em suas salas com ar condicionado, os operários sofriam contínua exploração no desempenho de suas funções. As condições precárias nas fábricas eram desrespeitosas à dignidade da pessoa humana, e facilitavam a ocorrência de acidentes graves, por vezes mortais, sem falar dos danos ao meio ambiente. As empresas prestavam satisfação somente a elas mesmas, pouco importando os interesses dos trabalhadores e da natureza.

Forte guinada se percebeu no instante em que a comunicação alterou seu perfil, tornando-se fragmentada. A indispensável autopoiese de 2º grau implica automaticamente na incerteza das operações dos sistemas, na instabilidade quanto à repercussão e extensão das decisões e atividades realizadas, bem como quanto aos efeitos da comunicação.

Na pós-modernidade houve um incremento dos riscos sociais. Torna-se inviável controlá-los, tampouco segmentá-los em direção a determinada classe social ou localização geográfica. Igualmente, as datas de seu início e término não podem ser precisadas.

Consoante referido por Eros Grau, o sistema capitalista, ao mesmo tempo em que incentiva o desenvolvimento tecnológico e o conhecimento específico, faz com que os riscos adquiram proporções jamais vistas. Trata-se de uma lógica autofágica¹⁶⁴ inerente ao sistema econômico adotado.

Na mesma esteira, Delton Winter afirma que na modernidade, os riscos eram concretos, tangíveis, uma avaliação científica poderia fixar e prever suas causas e consequências, existência e dimensões. As ciências podiam operar essencialmente com base em juízos de certeza.

Ao passo que agora, os riscos se tornam abstratos, invisíveis, indivisíveis, globalizados e transtemporais. Não há meios seguros de o conhecimento científico vigente analisar o risco a fim de estabelecer programações e planejamentos em face de uma racionalidade causal. Em virtude do incremento das relações sociais, a ciência viu-se forçada a assimilar a incerteza científica¹⁶⁵. O Direito igualmente viu-se compelido a encontrar soluções para questões de maior complexidade, cujos efeitos já não podem mais ser calculados e quantificados¹⁶⁶.

Nesse ponto, ressalte-se a inadequação das doutrinas jurídicas influenciadas pela Escola da Exegese e Jurisprudência dos Conceitos, cujas pretensões fundavam-se na validade da norma jurídica no tempo e em sua aptidão para domar o dinamismo social. Seria

¹⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 57.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 115.

¹⁶⁶ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 15.

conveniente que a expressão “risco” fosse incorporada ao vocabulário daqueles que aceitem o desafio de pensar na efetividade do Direito no século XXI. Situação oposta ao período anterior, onde era mais comum a utilização de termos jurídicos metafísicos, tal qual “segurança”, “certeza”.

Ao que tudo indica, as empresas brasileiras já se deram conta de tais fatos. Isto porque, já se constata em território nacional um fenômeno iniciado nos Estados Unidos da América, qual seja, a instalação de comitês de risco nas companhias¹⁶⁷, com o fito de mensurar os efeitos nocivos de suas operações e decisões. Compostos por profissionais de formações distintas, cada um manifesta sua observação dentro de sua especialidade, e dividem suas opiniões com os demais, na mais pura transdisciplinaridade e dialética científica.

Muito se deve à BM&FBovespa, “principal instituição brasileira de intermediação para operações do mercado de capitais, mercadorias e futuros no Brasil”¹⁶⁸, que impõe continuamente às empresas a adoção de mecanismos eficientes para identificação e enfrentamento dos riscos de suas atividades. O intuito é de conferir proteção ao investidor, a fim de que ele possa decidir, com base em informações claras, o risco inerente à empresa e ao mercado e, portanto, qual a ação mais segura para adquirir.

No segmento especial de negociação de ações da BM&FBovespa, denominado de “Novo Mercado”, considerado o mais exigente e transparente no que se refere ao atendimento das condições para dele fazer parte, bem como quanto ao nível de informações prestadas ao investidor, o risco é tratado como uma questão fundamental.

Cumprе transcrever o quanto dispõe a BM&FBovespa (Bolsa de Mercadoria e Futuros e Bolsa de Valores de São Paulo) no seu *site*, ao expor a relação das empresas com os riscos no “Novo Mercado”:

A melhoria da qualidade das informações prestadas pela companhia e a ampliação dos direitos societários reduzem as incertezas no processo de avaliação e de investimento e, conseqüentemente, o risco. Assim, em virtude do aumento da confiança, eleva-se a disposição dos investidores de adquirir ações da companhia, tornando-se sócios desta. A redução do risco também gera melhor precificação das

¹⁶⁷ Neste sentido, verificar a adoção de Comitês de Risco por empresas como Unibanco S.A. e Natura S.A. constantes dos endereços eletrônicos a seguir mencionados: <<http://www.risktech.com.br/PDFs/gerisubb.pdf> e <http://natura.foinvest.com.br/static/ptb/comites.asp>>. Acesso em: 12 jul. 2010

¹⁶⁸ Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/intros/intro-sobre-a-bolsa.aspx?idioma=pt-br>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

ações, o que, por sua vez, incentiva novas aberturas de capital e novas emissões, fortalecendo o mercado acionário como alternativa de financiamento às empresas¹⁶⁹.

A cláusula 7.2 do Regulamento do “*Novo Mercado*” dispõe sobre as informações que devem constar dos prospectos relativos às ações da Companhia, e estabelece em seu item “(vii)” a obrigatoriedade de:

Incluir descrição dos fatores de risco, assim entendido todo e qualquer fato relativo à Companhia e ao seu mercado de atuação que possa afetar a decisão do potencial investidor quanto à aquisição dos valores mobiliários em questão, incluindo, mas sem limitação: (a) a ausência de um histórico operacional da Companhia; (b) as dificuldades financeiras enfrentadas pela Companhia; e (c) os riscos inerentes à atividade que a Companhia desenvolve ou irá desenvolver.

Então, os investidores que compram ações de empresas listadas no “*Novo Mercado*”, não só esperam, como podem exigir que as empresas profiram suas decisões após o exame de todo e qualquer tipo de contingência, verificadas no presente e, principalmente, no futuro. Do contrário, a CVM pode ser chamada a intervir, a pedido dos acionistas, que almejam a reparação dos danos sofridos, consistente na menor valia das ações, em face de informações incompletas ou de uma exposição ao risco não divulgada.

Por sua vez, o CADE é igualmente uma organização autárquica que desempenha um importante papel no abrandamento dos riscos na sociedade, notadamente em face de sua ação preventiva. Com efeito, ao zelar pela livre concorrência, pela integralidade do mercado consumidor, os efeitos nocivos do sistema econômico capitalista são reconhecidos e enfrentados pelo CADE. Na segunda parte do capítulo, o tema será abordado com maior profundidade.

Frente a esse cenário inédito e perigoso, vale indagar acerca da capacidade dos atores que integram o sistema jurídico de se adaptar à sociedade de risco. Os conceitos da teoria dos sistemas são essenciais para uma avaliação desse gênero, pois estabelecem parâmetros relevantes ao exame das estruturas internas das entidades localizadas no centro e na periferia do sistema.

¹⁶⁹ Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/a-bmfbovespa/download/Folder_NovoMercado.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2010.

3.1.5 Centro e Periferia no Pluralismo Jurídico

O centro e a periferia do sistema jurídico reagem de maneira distinta perante os acontecimentos que ocorrem na sociedade de risco. Trata-se de um fato que não ocorre por acaso, mas sim devido à localização ocupada pelas instituições públicas e privadas no interior do sistema, em face da espécie de comunicação que examinam, assim como pelo fenômeno do Pluralismo Jurídico.

É de fundamental importância tecer reflexões a respeito da capacidade dos atores que compõem o sistema jurídico, na tarefa de redução da complexidade social pós-moderna, para que não se nutram expectativas infundadas a respeito das instituições. Após esse exame, torna-se viável elaborar críticas e sugestões realistas referentes à maneira com que o centro e a periferia processam as comunicações e proferem suas decisões.

Como se está na pós-modernidade, não é aconselhável ponderar sobre o funcionamento do sistema jurídico de forma isolada, há que se observar eventuais interferências sistêmicas. Nesse sentido, importa estudar a ideologia política adotada pelo Estado e suas consequências, pois como já foi possível concluir, o acoplamento estrutural realizado pelo sistema político condiciona a atuação do sistema jurídico, tanto do centro como da periferia.

Ao acolher a política de Bem Estar Social na Constituição Federal de 1988, o sistema político fez inúmeras promessas aos cidadãos, comprometeu-se a modificar a sociedade como um todo e propôs construir uma nova realidade, baseada em programas democráticos e sociais. A amplitude de suas ações, fez com que o sistema político utilizasse as referências de outros sistemas, dependendo do fato social sob análise.

Délton Winter sintetiza o incremento das atividades na esfera estatal, ao realizar comentários sobre sua operacionalidade “o entorno passa a ser objeto de orientação do Estado, e ao reagir e transformar seu ambiente altera seus próprios pressupostos, aumentando significativamente a complexidade de suas futuras ações”¹⁷⁰.

A não realização dos direitos sociais constitucionais pelo sistema político repercutiu diretamente no centro do sistema jurídico. Com efeito, inúmeros cidadãos dirigem-se diariamente aos Tribunais para pleitear a realização das promessas feitas pelo legislador político, aumentando substancialmente o volume das demandas. Então, atualmente, o centro encontra-se muito ocupado, exercendo tarefas que incumbiam primordialmente ao sistema

¹⁷⁰ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 16.

político, especificamente no julgamento de questões relacionadas ao direito à saúde, educação, reforma agrária, alimentação e segurança.

Outro fator que prejudica o centro do sistema jurídico é o fato de persistir adotando lógicas do Direito Hipercíclico¹⁷¹, inerentes à modernidade, como racionalidade finalística, antropocentrismo, e normativismo. Tratam-se de instrumentos e teorias não condizentes com o novo modelo de Estado, inadequados às contingências da pós-modernidade, e prejudiciais aos processos de tomada de decisão¹⁷².

Consoante aduz Teubner, há uma crise de regulação estatal, pois os métodos tradicionais utilizado pelo Estado para controlar a sociedade, abstratos, genéricos e universais, não mais demonstram efetividade¹⁷³. Tais circunstâncias indicam que o centro do sistema jurídico está menos capacitado a resolver comunicações transdisciplinares e fragmentadas, bem como intervir de maneira eficaz nos demais sistemas, algo imprescindível em uma sociedade de risco.

As condições comunicativas prevaletentes na pós-modernidade demandam a criação pelo Direito de técnicas e conhecimentos especializados¹⁷⁴. Sistemas como o da economia, tecnologia e indústria precisam de um rol extenso e específico de normas, almejam estabilizar expectativas, solucionar conflitos, reduzir os riscos de suas operações, necessidades que não são supridas pelas instituições estatais nacionais ou internacionais.

Então, os sistemas acabam criando direito material sem Estado, sem legislação ou tratados internacionais. Citem-se os contratos entre “*global players*”, a regulação do mercado por empresas multinacionais, os processos mundiais de standardização. Destaque também para as técnicas de negociação e arbitragem, muito utilizadas por conglomerados industriais, que demandam soluções mais rápidas¹⁷⁵, em detrimento da morosidade do Judiciário.

Com efeito, os problemas específicos produzidos no interior dos sistemas sociais ocasionaram o surgimento de uma multiplicidade de entidades localizadas na periferia, integradas por profissionais dotados de conhecimento apropriado para resolução de questões transdisciplinares, que proferem decisões jurídicas baseadas no código licito/ilícito. Encontram-se também na periferia organizações estatais, a exemplo das agências e autarquias

¹⁷¹ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989. p. 209.

¹⁷² CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 27.

¹⁷³ TEUBNER, Gunther. Regimes Privados: direito neo-espontâneo e constituições dualistas na sociedade mundial. In: **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: UNIMEP, 2005. p. 106. AUTOR????

¹⁷⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 162.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 63.

como o CADE e CVM, que atuam de forma independente ao centro do sistema jurídico, muito embora suas decisões possam ser revistas por Tribunais.

Cumpra reproduzir a impressão de Campilongo, acerca da localização do CADE na periferia do sistema jurídico: “Apesar de não ocupar o centro, seguramente o CADE opera no interior do sistema jurídico. De qualquer modo, meu entendimento é de que o CADE é órgão de aplicação do direito”¹⁷⁶.

As normas e decisões proferidas pelos integrantes da periferia, baseadas no código lícito/ilícito, terminam por competir com os centros tradicionais de formação de Direito. Nesse diapasão, é comum observar diferentes normas incidindo sob o mesmo fato social, regulando-o de forma diversa, sendo praticamente impossível estabelecer qual o direito vigente, pois não existe uma escala hierárquica de decisões, um aparato capaz de produzir jurisprudência. Há sim um conflito, algo como uma competição normativa. Essa duplicidade fascina os pós-modernos: a impossibilidade de distinguir os limites entre o jurídico e o social, face à *fleeting ambivalence*¹⁷⁷ entre ambos, segundo afirma Gunther Teubner.

O raciocínio de Campilongo corrobora a visão de Teubner. Ao descrever o mundo econômico pós-moderno, o autor brasileiro afirma que o Estado passa a ser somente um jogador a mais, que prescreve normas a serem levadas em consideração pelos competidores do mercado. O problema se desloca da interpretação do direito aplicável para a luta sobre o direito a ser aplicado.¹⁷⁸

As normas privadas (periféricas) são consideradas por vezes suplementares, complementares, superiores, inferiores as do ordenamento jurídico estatal da modernidade. No entanto, é mais apropriado dizer que no pluralismo jurídico, as normas estatais e privadas se relacionam no plano horizontal.

Essa é a visão de Teubner, que nega ao direito oficial estatal uma posição hierárquica superior, mas defende a idéia de discursos jurídicos atuando em níveis iguais¹⁷⁹. Uma verdadeira rede múltipla de ordens jurídicas, em um cenário de “interlegalidade”¹⁸⁰, onde predomina a mistura desigual e instável de códigos jurídicos.

¹⁷⁶ Trecho de e-mail enviado por Celso Fernandes Campilongo a Juliano Puchalski Teixeira, em 31 mar. 2009.

¹⁷⁷ TEUBNER, Gunther. Regimes de Produção Idiossincráticos: sobre co-evolução da economia e do direito nas varieties of Capitalism. In: **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: UNIMEP, 2005. p. 83.

¹⁷⁸ Prefácio de CAMPILONGO, Celso Fernandes. In: AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 9.

¹⁷⁹ TEUBNER, op. cit., p. 89.

¹⁸⁰ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989. p. 216.

Segundo o jurista alemão, há também uma interdiscursividade¹⁸¹ entre direito e sociedade, uma relação ampla e aberta, que conecta o universo jurídico a uma série de instituições e organizações específicas, que também produzem suas normas.

A interdiscursividade gera a aproximação do direito com a sociedade, não por aumentar os seus conhecimentos sociais e econômicos, mas por aproveitar a sincronia entre operações jurídicas e sociais. Portanto, a diversidade extrema de discursos, é o fator responsável pela complexa comunicação no pluralismo jurídico.

Como não existe uma instância política global, legitimada para sustentar e organizar tamanha produção normativa, o processo de criação de normas jurídicas torna-se fragmentado, sem coordenação, sujeito a se perder. Altera-se a consagrada relação normatividade e validade, pois a produção das normas é distribuída de forma desorganizada, descentralizada, entre um grande número de atores políticos, privados, públicos.

Constata-se que o processo de fragmentação da comunicação é seguido pelo de fragmentação do Direito. A ficção da completude do ordenamento legal cede lugar ao reconhecimento da convivência entre inúmeros ordenamentos jurídicos no mesmo espaço geopolítico, todos sobrepostos, articulados e interpenetrados.¹⁸²

Na era global, a fonte do direito não deriva mais somente da tradicional política estatal institucionalizada. Agora, as fontes variam, provém também de outros subsistemas, não só do jurídico, pois brotam por todos os cantos instituições produtoras de decisões que servem a diferentes sistemas. De acordo com Teubner, trata-se de um direito periférico, espontâneo, gerado pela sociedade¹⁸³, e mais “o direito global crescerá nas periferias sociais, não nos centros políticos dos estados, nações e instituições internacionais.”¹⁸⁴

Contudo, grande parte da dogmática jurídica da atualidade ainda não se conscientizou de tais circunstâncias. Insistem em pensar o Direito como se vivenciassem a modernidade, em que os Tribunais resolviam as demandas com base em suas próprias referências internas, a partir de programações condicionais (verificada a hipótese prevista na norma, aplica-se a lei ao caso concreto).

¹⁸¹ TEUBNER, Gunther. Regimes de Produção Idiossincráticos: sobre co-evolução da economia e do direito nas varieties of Capitalism. In: **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: UNIMEP, 2005. p. 91.

¹⁸² CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 60.

¹⁸³ TEUBNER, Gunther. Regimes Privados: direito neo-espontâneo e constituições dualistas na sociedade mundial. In: **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: UNIMEP, 2005. p. 110.

¹⁸⁴ Idem. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989. p. 227.

Esquecem que o Estado brasileiro de certa forma acolheu a tendência do direito periférico, pois com a promulgação da Constituição de 1988, permitiu-se a constituição de agências e autarquias, a exemplo do CADE, localizadas na periferia. A delegação de poderes a essas entidades foi a forma encontrada pelo poder público a fim de driblar a burocracia estatal e atender às exigências dos sistemas sociais.

Frente ao exposto, cumpre tecer apreciações relativas à periferia do sistema jurídico, a partir da atuação do CADE. Na pós-modernidade, o pluralismo jurídico está presente no setor da economia, com a existência de inúmeras normas (privadas e públicas) regulando o mesmo fato. Evento que inviabiliza ao Estado a imposição de suas regras de forma vertical e soberana. Certamente, a solução recomendável não seria sua abstenção, circunstância que ocasionaria a falência do sistema econômico, pois seu agir baseia-se em uma lógica egoísta e autofágica. Se no Período Liberal, a ausência do Poder Público trouxe desigualdade, exploração, quiçá, o que poderá ocorrer na atualidade, em uma sociedade de risco, onde os efeitos dos riscos são globais, incalculáveis.

Na esteira das lições dos autores adeptos da teoria dos sistemas, confirma-se adequada a alternativa adotada pelo Estado, consistente na criação de autarquias e agências localizadas na periferia do sistema jurídico, dotadas de técnicas e conhecimentos especializados, de cunho jurídico, econômico e social. O fato de estarem mais próximas de outros sistemas as torna mais maleáveis, flexíveis, não tão rígidas como os Tribunais, ainda muito apegados às noções clássicas do Direito Moderno.

Desse modo, são capazes de realizar uma observação do problema pelo viés de outros conhecimentos, não só os essencialmente jurídicos, questão que viabiliza uma maior efetividade em suas decisões, uma aptidão de interferir de modo casuístico nos demais sistemas. Com efeito, autarquias como o CADE conseguem se posicionar adequadamente perante o cenário de “interlegalidade”, revelam-se aptas a processar comunicações fragmentadas, dinâmicas e transdisciplinares inerentes à sociedade de risco pós-moderna.

Campilongo confirma o contato da autarquia com outros sistemas, além da relevância de suas operações, e efetividade de suas decisões, para a saúde do sistema econômico:

Por maior que seja a abertura do CADE ao conhecimento da economia ou às operações do sistema econômico, a decisão do CADE é fundamentalmente jurídica. Mercado é ambiente interno do sistema econômico. Competição é estrutura desse

sistema. O Direito antitruste oferece prestação muito relevante do sistema jurídico ao econômico: manutenção desse ambiente e dessa estrutura¹⁸⁵.

Vale ressaltar a percepção de Teubner, no sentido de que na periferia há um aumento dramático da indeterminação do Direito. As comunicações que perpassam a análise dos atores da periferia são carregadas de complexidade, não encontram obrigatoriamente resposta certa e automática no ordenamento jurídico. O caráter transdisciplinar da comunicação desperta uma reprodução autopoietica de 2º grau, fazendo com que sistema utilize o conhecimento de outras ciências, além de suas próprias referências internas.

Com relação à abertura do CADE à entrada de outros conhecimentos científicos, e à insuficiência da legislação positiva à resolução das lides, assim se manifesta Ziebarth:

Muitas questões não são tratadas na legislação justamente por serem novas e complexas. A lei não dá o fundamento necessário para orientar a decisão, por vezes não é a lei o principal fundamento. Os julgamentos baseiam-se na observação dos fatos que estão ocorrendo na realidade, mediante a análise de estudos econômicos, pesquisas efetuadas pelo IBOPE (Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Pesquisa), para ver a opinião do consumidor, como no caso AMBEV (Companhia de Bebidas da América), em que se pesquisou a vontade dos consumidores, do mercado, dos concorrentes, tudo dependendo do setor. No caso da Oi-BRT (Oi e Brasil Telecom), foram consultados os concorrentes.

Também se faz pesquisas econométricas, análise de dados estatísticos, referente às características específica de cada mercado, capacidade do mercado, possibilidade de expansão, números de concorrentes, área geográfica. O intuito sempre é de agregar a concorrência, qualificá-la, gerar produtos mais benéficos ao consumidor. Entendo que é necessária a promoção de estudos empíricos, para uma aproximação do Direito da sociedade civil. Isso dá mais robustez às decisões, seja para corroborar a lei e a doutrina, seja para contrariá-la¹⁸⁶.

José Batista de Moura Ziebarth acrescenta que, o fato de a autarquia ser recente, assim como as demais agências e entidades localizadas na periferia, faz com que tenha um reduzido rol jurisprudencial como referência. Ademais, a doutrina é restrita, pois o direito da concorrência ainda tem pouca história em território brasileiro.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Trecho de e-mail enviado por Celso Fernandes Campilongo a Juliano Puchalski Teixeira, em 31 mar. 2009.

¹⁸⁶ Resposta de José Antônio Batista Ziebarth, atual Coordenador Geral do CADE, à pergunta n. 7 da entrevista realizada pelo Mestrando, em 31/05/2010, na cidade de São Paulo, SP.

¹⁸⁷ Resposta de José Antônio Batista Ziebarth à pergunta de n. 1 da entrevista.

Países como os Estados Unidos possuem jurisprudência consolidada na área da concorrência. A título de exemplo, cite-se que a discussão em torno das *essencial facilities*¹⁸⁸ na América do Norte baseia-se em um precedente de 1912, enquanto que no Brasil, somente em 2001 veio a se debater problema similar.¹⁸⁹

Essa soma de fatores revela a pertinência da visão de Teubner, no sentido de que o Direito da periferia deve ser flexível, sem a pretensão de ter uma solução pronta e acabada para os problemas. Todavia, o jurista alemão salienta que o Direito periférico, apesar da flexibilidade e indeterminação, deve proferir suas decisões a partir de suas próprias referências, sem fazer uso prioritário dos códigos de outros sistemas.¹⁹⁰ Com isso, as lógicas e ideologias advindas da política e da economia devem se subordinar ao código jurídico.

As decisões somente podem ser prolatadas após a análise detida das especificidades de cada caso concreto. Jamais de maneira pré-moldada, anteriormente à existência da própria lide. Assim, é viável à periferia jurídica examinar a repercussão da comunicação e os efeitos de sua decisão nos demais sistemas envolventes.

O Direito Romano do Período Clássico guarda semelhanças com o pluralismo jurídico da periferia do sistema jurídico. Isso é o quanto se pode depreender da exposição feita por Antônio Carlos Nedel, em seu livro “Uma Tópica Jurídica: Clareira para a Emergência do Direito”¹⁹¹. Na obra, o autor sugere o resgate de determinados procedimentos decisórios adotados pelos romanos.

O estudo mais aprofundado das similaridades que envolvem essas duas fases do Direito propiciaria inúmeras contribuições aos estudiosos da pós-modernidade. Entretanto, dadas as poucas linhas desse texto, impõe-se tecer algumas breves e interessantes considerações.

Os jurisconsultos do Período Clássico não confiavam na eficácia de um sistema de regras legais previamente estabelecidas¹⁹². O fundamento do argumento reside na impossibilidade de uma norma genérica e anterior à lide conter uma solução justa e correta para conflitos que sequer aconteceram. Dessa forma, em seus julgamentos, inicialmente eram destacadas as circunstâncias e nuances específicas do caso concreto. Depois, mergulhavam

¹⁸⁸ “Bem ou do serviço essencial à comunidade, que não pode ser objeto de restrições por parte daquele que detém o direito de exploração” – conforme decisão proferida pelo CADE no Procedimento Administrativo nº 08012.005422/2003-03.

¹⁸⁹ “Bem ou do serviço essencial à comunidade, que não pode ser objeto de restrições por parte daquele que detém o direito de exploração” – conforme decisão proferida pelo CADE no Procedimento Administrativo nº 08012.005422/2003-03.

¹⁹⁰ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989. p. 211-2.

¹⁹¹ NEDEL, Antônio Carlos. **Uma Tópica Jurídica: Clareira para a Emergência do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 302 p.

¹⁹² *Ibidem*, p. 214.

em um raciocínio tópico¹⁹³, argumentativo e dialético, e proferiam uma decisão, com respeito às particularidades da controvérsia.

O Direito aproximava-se da sociedade e dos seres humanos. A abstração da norma, que propunha soluções “a priori”, antes mesmo da existência das lides, restou substituída por um Direito cujas soluções emergiam “a posteriori”, a partir da concretude e ineditismo dos casos. Os romanos realizavam uma interpretação flexível das normas¹⁹⁴. Valiam-se dos ensinamentos da filosofia, sociologia e outros ramos do conhecimento. Frise-se que os juristas tinham formação diversificada, havia médicos, engenheiros, matemáticos, além de juristas, é claro.

Inúmeras semelhanças podem ser observadas entre o Direito Romano praticado no Período Clássico e aquele constante na periferia do sistema jurídico. Em síntese, procurou-se destacar o raciocínio tópico, a insuficiência das normas legais, a transdisciplinaridade, a amplitude do conhecimento dos julgadores, o ineditismo dos casos, a flexibilidade interpretativa.

Na resolução das lides pós-modernas, restam incontestes a inoperância do centro e a relevância da periferia. A seguir, importa examinar a repercussão desse fenômeno no interior dos sistemas jurídico, político e econômico.

3.1.6 Substituição das Pretensões Sistêmicas da Modernidade

Ao final da modernidade, os principais sistemas sociais fixaram suas expectativas e aspirações quanto à interferência do Estado no mercado, seguindo uma lógica cartesiana e positivista. Contudo, na sociedade de risco do século XXI, o pluralismo jurídico trouxe novas formas de contingência e, por conseguinte, meios alternativos de resolução de conflitos, sacudindo esse cenário de falsa estabilidade e controle.

Conforme aduz Giancarlo Rossi, periodicamente, convém aos sistemas sociais proceder à adequação de suas expectativas e pretensões à realidade fática. Do contrário, não

¹⁹³ NEDEL, Antônio Carlos. **Uma Tópica Jurídica: Clareira para a Emergência do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 215.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 214.

há aprendizado e proliferam-se as frustrações.¹⁹⁵ Mais do que nunca, urge refletir acerca da pertinência da manutenção de determinados dogmas fomentados na modernidade.

Os atores do sistema econômico defendem ações públicas pontuais no mercado, por meio de decisões jurídicas previsíveis, certas ou calculáveis. Destarte, é possível aferir o maior lucro possível¹⁹⁶, eliminando-se os riscos e contingências no planejamento estratégico das corporações.

Ditas pretensões soam mais apropriadas ao Direito Hipercíclico da modernidade. Ao que parece, o sistema econômico se esquece das peculiaridades e efeitos do tipo de comunicação que produz. Fragmentadas e transdisciplinares, as comunicações são capazes de causar interferência em inúmeros sistemas sociais.

Tanto é assim que as organizações localizadas na periferia do sistema jurídico necessitam realizar uma autopoiese de 2º grau para pronunciar suas decisões. O CADE, por exemplo, vale-se de outras fontes do conhecimento, além das eminentemente legais, como forma de melhor fundamentar seus julgamentos.

Logo, o sistema econômico deve integrar nos seus cálculos e planejamentos a imprevisibilidade, a incerteza e o risco intrínseco às comunicações que lança ao ambiente social. Atividade já praticada por uma série de empresas nacionais, notadamente aquelas que integram o “Novo Mercado” da BM&FBovespa.

Ademais, impõe-se a assimilação do fato de que as intervenções realizadas pelo sistema jurídico no mercado dificilmente poderão ser calculadas ou previstas. Do contrário, o sistema econômico não realizará seu aprendizado, e permanecerá vítima constante das frustrações das expectativas por ele próprio criadas na modernidade.

Por outro lado, ao final do século XX, os sistemas jurídico e político acreditaram na viabilidade de impor uma determinada ordem econômica (mundo do dever-ser), em substituição à ordem econômica praticada na realidade (mundo do ser). Com isso, houve uma nítida diferenciação da ordem econômica em duas espécies, a pretendida pelo Estado e a verificada no mundo dos fatos.

De acordo com essa concepção, as regras emanadas pelo Poder Legislativo deveriam incidir de modo vertical sob os fatos do mercado, independentemente da vontade, interesse e representatividade dos agentes privados. Na hipótese de descumprimento da lei, o Judiciário aplicaria a norma prevista para o caso concreto, fazendo-se justiça.

¹⁹⁵ CORSI, Giancarlo; ESPÓSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre La Teoría Social de Niklas Luhmann**. Tradução em espanhol de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara, México: Anthropos, 1996. p. 54.

¹⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 42.

Importante recordar que no item 1.2.1.2, o texto utilizou a definição de “ordem econômica” sustentada por Eros Roberto Grau. Contudo, foi feita a ressalva de que adiante o conceito necessitaria ser revisto. Não pelo fato de estar equivocado, mas sim em razão da necessidade de ajustá-lo às transformações verificadas na pós-modernidade.

Com efeito, trata-se do momento oportuno para proceder essa revisão. Assim, poderá ser comprovada a falta de sustentabilidade das pretensões dos sistemas jurídico e político quanto à ação estatal no mercado.

A dogmática jurídica tradicional adota definições similares para conceituar a expressão “ordem econômica”. Assim se manifesta Eros Roberto Grau:

Conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado tipo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)¹⁹⁷.

O jurista luso Vital Moreira segue a mesma tendência:

O conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e ou instauram, realizam uma ordem econômica concreta¹⁹⁸.

Como se verifica das definições acima, existe a crença de que o ordenamento jurídico estatal (mundo do dever-ser) seja capaz de, por si só, instituir e estabelecer uma determinada ordem econômica (mundo do ser). Tratam-se, a toda evidência, de conceitos mais adequados à modernidade, onde predominava um ambiente comercial menos complexo.

Na pós-modernidade, com a instalação do pluralismo jurídico, a divisão da ordem econômica em duas espécies somente tem validade para fins teóricos. Separar a ordem econômica (mundo do ser) da ordem econômica (mundo do dever ser) é o mesmo que a tentativa de segregar o fato social da norma jurídica. Tratam-se de projetos inconcebíveis, que

¹⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 70.

¹⁹⁸ MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973. p. 67-71.

acarretam o isolamento do Direito da sociedade, mais precisamente um menosprezo à influência de outras questões e atores no funcionamento do sistema econômico.

Consoante o entendimento de Teubner, o direito oficial do Estado não tem mais uma posição hierárquica superior. O que de fato existe é uma teia de discursos jurídicos atuando em níveis iguais, em um cenário de “interlegalidade”¹⁹⁹.

Portanto, revela-se inviável a pretensão dos sistemas jurídico e político, no sentido de fazer incidir verticalmente a vontade do ente público sobre a economia. Os sistemas devem rever suas expectativas, partindo de uma reflexão mais adequada do conceito de “ordem econômica”, levando em consideração questões como o pluralismo jurídico. Do contrário, persistirão as frustrações sistêmicas.

Frente ao exposto, sempre que no presente texto se falar de preservação ou implementação de determinada ordem econômica, será observada a realidade pós-moderna do século XXI, notadamente seu plano multifacetado e pluralista. Com isso, tem-se o reconhecimento de que outros entes, além dos públicos, também adquirem relevância na condução da ordem econômica, de acordo com seu campo específico de atuação. Assim, promove-se a necessária transdisciplinaridade do discurso científico e aproxima-se o Direito da sociedade.

Após a descrição das principais transformações sociais verificadas na pós-modernidade, notadamente aquelas relevantes ao problema da dissertação, bem como a repercussão desses fenômenos nos sistemas jurídico, político e econômico, tem-se que o objeto da primeira parte do segundo capítulo encontra-se encerrado.

As referências feitas ao CADE evidenciam que a autarquia desempenha uma função inédita na história jurídica e econômica em território brasileiro. E mais, as características encontradas na autarquia, desde a formação de seu corpo técnico, até o modo como proferem suas decisões, indicam a sintonia das ações do CADE com as propostas percepções daqueles que estudam a teoria dos sistemas.

O passo seguinte reside na análise mais detida das atividades desenvolvidas pelo CADE, a partir da legislação vigente, da que está por vir, e de certos casos concretos. Importa averiguar se suas ações e decisões são efetivamente condizentes com a realidade pós-moderna. Acredita-se que a teoria dos sistemas possa trazer relevantes contribuições às entidades localizadas na periferia do sistema jurídico.

¹⁹⁹ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989. p. 216.

2.2 ATOS DE CONCENTRAÇÃO: LEGISLAÇÃO E PREVENÇÃO

Uma vez constatada a relevância da periferia do sistema jurídico na pós-modernidade, cabe perquirir o modo com que o CADE se posiciona perante as contingências de uma sociedade de risco. O exame centra-se nas investigações, métodos, critérios e lógica adotados pela autarquia no exercício de suas atividades, especificamente em seus processos de tomada de decisão.

Pode-se dizer que, em termos gerais, as atividades do CADE são divididas em duas categorias, consoante os dispositivos da Lei n. 8884/94. Muito embora já tenha se adiantado, no início do segundo capítulo, qual das linhas será abordada pelo texto, é relevante tecer essas considerações.

No Título VII da Lei n. 8884/94, denominado de “Das Formas de Controle”, encontra-se prevista uma de suas modalidades de ações. Com efeito, a norma do artigo 54 estabelece o quanto segue: “os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

Tais atos consistem em operações societárias²⁰⁰ realizadas entre empresas, como fusões, aquisições, incorporações, dentre outras. Portanto, quando houver a possibilidade de se configurar situações prejudiciais à concorrência e/ou ao mercado, o Plenário do CADE deverá manifestar sua apreciação, reprovando ou aprovando o negócio, nesse último caso, com ou sem restrições.

A sua segunda linha de atuação está inscrita no Título V da Lei n. 8884/94, intitulado de “Das Infrações da Ordem Econômica”. A regra do artigo 20 prescreve que:

Constituem infrações à ordem econômica, independente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

²⁰⁰ O conceito dessas operações societárias será exposto no item “b” seguinte.

Em complemento às quatro hipóteses acima, o artigo seguinte, 21, arrola vinte e quatro tipos específicos de conduta que configurariam infrações à ordem econômica. Como exemplo cite-se, respectivamente, as modalidades dos incisos IV e XXIV, “limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado” e “impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.” As hipóteses previstas nos artigos 20 e 21 devem ser reprimidas pelo Plenário do CADE, em seus julgamentos, mediante a imposição de sanções.

A divisão das atividades da autarquia em duas classes é confirmada pela opinião de Celso Campilongo: “Basicamente, o CADE faz duas coisas: (i) autoriza (ou não) fusões e aquisições – artigo 54; reprime (ou não) condutas anticoncorrenciais – artigos 20 e 21”²⁰¹.

Com relação às suas duas linhas de ação, percebe-se o caráter preventivo da atuação do CADE, que procura se antecipar frente à efetiva ocorrência dos danos. Tanto é assim que na redação de ambos os dispositivos encontra-se presente a expressão “*possam*”, ou seja, a ação da autarquia está condicionada à simples possibilidade de determinada situação lesiva ao mercado ou à concorrência se concretizar. Cumpre frisar que a página oficial do CADE na internet confere destaque a sua ação preventiva²⁰².

Então, a postura da autoridade concorrencial demanda obrigatoriamente um raciocínio em torno dos efeitos de determinados atos praticados no presente e, principalmente, de suas possíveis consequências no futuro. Algo bem distinto dos paradigmas do clássico instituto da responsabilidade civil, que para incidir sob determinada situação fática, necessita da comprovação da existência do dano.

A título de curiosidade, e como forma de demonstrar o vulto das multas aplicadas pelo CADE, importante citar o teor de uma notícia constante do site da AGU (Advocacia Geral da União). Segundo consta, o CADE iniciou o ano de 2010 com quase R\$ 1,3 bilhão de crédito. No anterior, a autarquia aplicou sua maior multa, no valor aproximado de R\$ 350 milhões, por entender que a AMBEV teria cometido infração contra a ordem econômica ao impedir e criar obstáculos ao acesso de concorrentes aos pontos de venda²⁰³.

Após esses breves comentários gerais e introdutórios, importa dizer que não seria possível, dadas as poucas linhas da dissertação e em face de seu objeto, abordar as duas linhas de ação do CADE. Assim, fez-se a opção pelo exame dos atos de concentração, constante das normas do artigo 54 e seguintes da Lei n. 8.884/94.

²⁰¹ Trecho de e-mail enviado por Celso Fernandes Campilongo a Juliano Puchalski Teixeira, em 31 mar. 2009.

²⁰² Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2b0b0d1319f7381221>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

²⁰³ **Empresas brasileiras devem R\$ 21 bilhões em multas.** Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateMidiaTextoThumb.aspx?idConteudo=126468&id_site=3> Acesso em: 30 jun. 2010.

O estudo almeja estabelecer um confronto entre as disposições da legislação atual, Lei n. 8884/94, perante as normas objeto do Projeto de Lei da Câmara n. 6/2009 que, ao que tudo indica, e espera-se, consistirá na nova legislação antitruste do país. A partir da incontestável necessidade de ações preventivas por parte do CADE, quando do julgamento dos atos de concentração, com vistas à diminuição dos riscos, almeja-se apontar as vantagens das disposições do Projeto na realização de tal intento.

Com efeito, a legislação atual demanda um enorme esforço criativo por parte da autarquia em termos de prevenção. Tanto é assim que o CADE viu-se forçado a elaborar um instrumento denominado de APRO, constante da Resolução n. 45, de 28/03/2007, pois do contrário, sem tal instrumento, suas decisões no âmbito dos atos de concentração teriam sua eficácia sensivelmente afetada.

Como a análise é feita sob o enfoque da prevenção, convém adotar uma matriz teórica que confira bases e elementos para esse estudo. Assim, a exposição terá por parâmetro as propostas formuladas pelos adeptos da teoria dos sistemas.

Nesse diapasão, opta-se pela matriz de responsabilidade civil desenvolvida por Délton Winter de Carvalho, sob o nome “comunicação do risco”, constante de seu livro “Dano Ambiental Futuro”²⁰⁴. Baseada fundamentalmente em ações preventivas, a teoria tem por objeto o enfrentamento e gestão dos riscos, com vistas à sua eliminação ou minimização. Inobstante o fato de na obra, a matriz ser aplicada a questões de cunho ambiental, nada impede sua extensão e aplicação a outros ramos transdisciplinares, como os que envolvem Direito, Economia, Sociologia e Política.

Ao final, espera-se debater acerca da efetividade da atuação do CADE na atualidade e no futuro, bem como quanto à adequação das teorias preventivas dos doutrinadores sistêmicos. Assim, serão lançadas conclusões e sugestões destinadas à efetividade do Direito no século XXI.

Após esses esclarecimentos iniciais, quanto ao objeto dessa segunda parte do capítulo, convém dar início à exposição, a partir de uma apresentação resumida acerca da premência de uma nova matriz para a responsabilidade civil.

²⁰⁴ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 179.

3.2.1 Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco

Na sociedade contemporânea, vislumbra-se a transição de uma matriz industrial a uma pós-industrial. Com efeito, em face das inovações e descobertas tecnológicas e científicas, emergem conseqüentemente novas formas de perigos e riscos, onde está presente a dificuldade em se estabelecer suas origens, extensões, causas²⁰⁵. Tais questões foram abordadas, sob o viés sistêmico, no item anterior, referente às modificações verificadas a partir do advento da pós-modernidade, como fragmentação da comunicação, transdisciplinaridade, autopoiese de 2º grau.

Como o Direito consiste em um fenômeno eminentemente social, há que se traçar um paralelo entre a evolução da sociedade e as repercussões desses fatos no âmbito da responsabilidade civil. Para tanto, imprescindível descrever de forma breve o histórico dessa relação mútua de interdependência.

3.2.1.1 Paradigmas da Modernidade

A responsabilidade civil desenvolvida durante a modernidade pode ser dividida em duas categorias, subjetiva e objetiva. A primeira surge concomitantemente com as revoluções burguesas, período em que predominavam certos ideais do Liberalismo, como Jusracionalismo e Individualismo.

De acordo com a lógica burguesa, a responsabilidade subjetiva depende da efetiva existência de um dano, consistente na ruptura do equilíbrio jurídico e econômico da vítima, suficiente a lhe causar prejuízos financeiros. Verificada essa situação, gera-se, em contrapartida, a obrigação por parte do agente de reparar financeiramente o ofendido, a fim de que seja restabelecida a situação anterior. Todavia, para tanto, é indispensável que tenha se verificada a ação culposa ou dolosa pelo agente.

Com o incremento das relações comerciais e industriais, as pessoas acabaram ficando mais suscetíveis aos riscos e perigos do desenvolvimento capitalista. Configura-se uma relação de hipossuficiência em certos tipos de relação, como a estabelecida entre o

²⁰⁵ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 135.

consumidor e o fornecedor. Torna-se difícil, se não impossível, a comprovação da existência de culpa do agente pela vítima, em virtude de diferenças de poder econômico, obstáculos na obtenção de provas.

Diante das mudanças sócio-econômicos e dos novos riscos originados pela Revolução Industrial, em situações específicas, a responsabilidade civil subjetiva passa a ser substituída pela objetiva. Nesses casos, não se perquire acerca da culpa do agente, basta a ocorrência do dano e a configuração do nexos causal para que surja o dever indenizatório.

Do teor desses dois tipos de responsabilidade civil, podem ser extraídos certos pontos em comum. A ilicitude, capaz de gerar o dever reparatório, está condicionada a efetiva ocorrência de um dano. Ou seja, a sua incidência nasce *post factum*²⁰⁶, após o fato danoso, há uma lógica de causa e consequência.

Isto porque, o Direito da modernidade opera preponderantemente com base em programas condicionais. Neste sentido, tem-se que, se verificadas as hipóteses e condições previstas na norma, aplica-se a lei ao caso concreto.

Desse modo, as decisões jurídicas proferidas pelos Tribunais estão submetidas ao passado, e condicionadas a juízos de certeza. Então, havendo dúvida ou incerteza com relação à existência do dano, a indenização não se configura devida.

3.2.1.2 Autoirritação do Direito pelo Risco

A sociedade de risco pós-moderna trouxe consigo a fragmentação da comunicação, os intrincados processos de acoplamento estrutural entre os sistemas, a interdependência dos discursos científicos, dentre outros fenômenos. Consequentemente, as relações sociais sofreram um acréscimo em sua complexidade, fruto das revoluções tecnológicas, científicas, sociais, econômicas, ambientais.

Hoje, as ciências encontram-se inseridas em um ambiente de incerteza e complexidade, onde é extremamente complicado criar raciocínios lineares, lógicos e calculáveis acerca dos riscos e possíveis danos envolvidos. Um cenário de instabilidade e imprevisibilidade, algo bem distinto das situações presentes na modernidade, período em que

²⁰⁶ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 60.

as ciências, de um modo geral, laboravam a partir de juízos de certeza, em uma linearidade temporal, determinística, em que se estabelecia uma conexão certa entre riscos e danos.

Na medida em que o Direito trata-se de um fenômeno social, consoante já afirmado, o instituto da responsabilidade civil deve necessariamente acompanhar as mudanças observadas na pós-modernidade. As decisões devem substituir a certeza intrínseca à modernidade por raciocínios e exercícios de probabilidade²⁰⁷.

Entretanto, o Direito continua valendo-se de conceituações teóricas e semânticas adequadas ao período anterior²⁰⁸. Urge superar as teorias tradicionais da responsabilidade civil, que dependem da caracterização do dano para sua incidência.

O risco deve ser encarado como uma realidade, circunstância inviável de ser desconsiderada. Assim, o Direito necessita encontrar soluções para problemas de maior complexidade, aqueles cujos riscos e danos são imensuráveis, globais e invisíveis. Um processo de autoirritação do Direito, a partir de suas estruturas internas, com o fito de se criar uma jurisdicização do risco²⁰⁹.

Consoante afirma Teubner, é imprescindível que a ciência jurídica exerça um controle preventivo²¹⁰ dos fatos e condições capazes de gerar conflitos e danos de grande repercussão. Na sociedade de risco, determinados interesses ou eventos devem ser tutelados antes mesmo da ocorrência do dano, sob pena de perda do objeto²¹¹, da irreversibilidade, irreparabilidade. Impõe-se a cautela, a precaução e a prevenção como diretriz de conduta.

Quando a sociedade civil toma consciência dos riscos e efeitos danosos dos riscos de certos fatos, fomentam-se processos de decisão jurídica previamente à concretização do dano. Nesse diapasão, o Direito, ao invés de permanecer voltado ao passado, lança sua observação, vínculos e decisões para o futuro²¹².

A seguir, cumpre expor os fundamentos da teoria da responsabilidade civil do risco abstrato, ou a da comunicação do risco, que se propõe a agir anteriormente à efetiva ocorrência dos danos.

²⁰⁷ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 115.

²⁰⁸ ROCHA, Leonel Severo. Prefácio. In: CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. XIX.

²⁰⁹ CARVALHO, op. cit., p. 61.

²¹⁰ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989. p. 216.

²¹¹ ROCHA, op. cit., p. XVIII.

²¹² CARVALHO, op. cit., p. 69.

3.2.1.3 Comunicação do Risco

Importante levar em consideração que a maioria dos estudos jurídicos na esfera da responsabilidade civil parte de uma concepção fechada de Direito, restrita aos seus próprios domínios, e direcionada essencialmente ao centro do sistema, sem reconhecer a importância da periferia.

Portanto, tem-se que as propostas a serem apresentadas a seguir demandam necessariamente a superação de certos dogmas teóricos da modernidade. Em se tratando de inovação, nada mais apropriado do que observar a doutrina dos seguidores da teoria dos sistemas.

A teoria da comunicação do risco ou a responsabilidade civil pelo dano abstrato foi desenvolvida inicialmente com a finalidade de enfrentar problemas de natureza ambiental, antes da concretização do dano. Contudo, nada impede a utilização dessa matriz para comunicações que envolvam outras áreas, como aquelas que compõem a natureza do presente trabalho, de cunho jurídico, político e econômico.

A comunicação do risco passa necessariamente por três etapas distintas²¹³, todas obviamente anteriores ao dano, denominadas de: investigação, avaliação e gestão do risco. Cumpre tecer comentários a respeito de cada uma delas.

A primeira etapa tem por objetivo a investigação científica do risco²¹⁴. Para tanto, são utilizados estudos transdisciplinares, que lançam um olhar sobre a potencialidade dos riscos inerentes à determinada atividade ou situação. O exame é feito a partir das particularidades de cada caso concreto.

A característica da comunicação impede que o risco seja observado somente pelo viés do Direito, razão pela qual se faz imprescindível o socorro a outros ramos do saber. No ramo do Direito Ambiental, por exemplo, são adotados estudos de impacto ambiental, perícias biológicas, marinhas, dependendo da situação específica. Por outro lado, no ramo do Direito Econômico, a investigação é feita mediante pesquisas ao consumidor, estudos sócio-econômicos, análise de mercado.

Já na segunda etapa, nomeada de avaliação, é feita uma ponderação dos dados científicos coletados na etapa da investigação, a fim de se perquirir acerca das descrições dos

²¹³ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 72.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 132.

riscos, sua extensão, consequências, duração, e possibilidade do dano vir a se perfectibilizar. Para tanto, o Direito realiza um processo de decodificação dos estudos desenvolvidos pelos peritos. Conforme aduz Winter, trata-se de um fenômeno denominado de observação cibernética, ou seja, observações que um sistema observador (Direito) realiza, a partir de sua lógica e racionalidade, sobre as observações de outros sistemas²¹⁵.

A avaliação não propicia certezas, tampouco segurança, como se almejava e por vezes se conseguia na modernidade. Muito antes pelo contrário, a incerteza científica contamina o Direito nesse processo, que deve agir de forma a ponderar os dados postos a sua análise. Tal fato deve-se essencialmente ao acoplamento estrutural realizado entre o sistema jurídico e os demais sistemas que participaram da etapa de investigação do risco.

Após esse intrincado exame, caracterizado por inúmeros processos de interferência do sistema jurídico com outros sistemas, tem início a última etapa, qual seja, a gestão do risco. Nela, o Direito não consegue proferir uma conclusão a partir de critérios certos e verdadeiros, como o fazia na modernidade, à época do Direito Hipercíclico²¹⁶.

Isto porque, a incerteza científica passa a integrar o processo de decisão na etapa de avaliação dos riscos. Em outras palavras, o direito se manifesta por intermédio da probabilidade ou improbabilidade de determinada situação se concretizar. Do contrário, não haveria como se proferir uma decisão jurídica.

Então, é justamente na terceira etapa que o Direito deve se preocupar em elaborar decisões que possibilitem a adequada gestão do risco. A qual somente se torna viável por intermédio de diálogos policontexturais, pela interdiscursividade²¹⁷.

A ilicitude ocorrerá quando em função de determinada atividade, for constatada a alta probabilidade da ocorrência de um dano, cujos efeitos revelem-se irreversíveis, ou extremamente prejudiciais à sociedade.

Sem dúvidas, a matriz de responsabilidade civil destinada a controlar os riscos evidencia as características de uma reprodução autopoiética de 2º grau por parte do Direito, diante da participação de outros sistemas na análise da comunicação.²¹⁸ Ademais, a circunstância da imprevisibilidade das decisões igualmente confirma tal afirmativa, e demonstra a imprescindibilidade de um Direito Flexível.

²¹⁵ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 106.

²¹⁶ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989. p. 209.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 216.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 209.

A partir da assunção de teorias como a da comunicação do risco, o Direito tem mais instrumentos para lidar com as contingências de uma sociedade de risco. Com vistas à finalizar esse breve resumo da teoria, cumpre transcrever a seguinte citação: “é arriscado decidir diante de incertezas científicas; porém, abster-se de uma decisão em razão desse contexto de incerteza trata-se, desde já, de uma decisão quiçá mais arriscada.”²¹⁹

3.2.2 Análise Sistêmica da Legislação Atual

No cenário econômico nacional, a circunstância que representou um marco em termos de incremento das contingências de mercado foi justamente a abertura gradativa da economia, ao longo da primeira metade da década de 90. Isto porque, ao se permitir a entrada e instalação de produtos e empresas internacionais, os atores do sistema econômico brasileiro passaram a conviver com as condutas desleais e os efeitos danosos inerentes ao comércio internacional.

Tal fato fez com que inúmeras empresas brasileiras viessem a realizar operações societárias, com o objetivo de se fortalecer econômica e estruturalmente, de modo a enfrentar com maior eficácia a competição acirrada do mercado aberto. Desde então, vislumbra-se em território brasileiro um crescente fenômeno de fusões, incorporações e aquisições, dentre outros atos similares de concentração.

O aumento da complexidade no sistema econômico gera, em contrapartida, o crescimento da importância de organizações como o CADE. Com efeito, a apreciação do teor dos atos de concentração é de suma relevância para o afastamento das condutas anticoncorrenciais e à preservação dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, em benefício da sociedade consumidora.

O conjunto dessas questões demanda o exame relativo à eficácia das decisões pronunciadas pelo CADE quando do julgamento dos atos de concentração. Para tanto, importa verificar, sob o viés sistêmico, o teor da legislação vigente e as mudanças que provavelmente ocorrerão, caso seja aprovado o Projeto de Lei da Câmara n. 6/2009, que tende a se tornar a nova legislação antitruste do país.

²¹⁹ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 136.

3.2.2.1 Considerações Iniciais – Previsão Legal e Conceitos

A Lei 8.884/94, especificamente no Título VII, denominado de “Das Formas de Controle”, prescreve o modo com que são analisados os atos de concentração. Previamente ao estudo crítico dessa atividade, revela-se necessário explicitar sucintamente o quanto dispõem os artigos da aludida legislação a esse respeito.

Consoante já referido, o artigo 54 determina que “os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

Por sua vez, o parágrafo 3º do artigo 54 cria uma espécie de filtro, ao sujeitar à apreciação do CADE tão somente aqueles atos de concentração cujos efeitos acarretem em uma “participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”

Considerando a criatividade e competência dos advogados militantes na área do Direito Societário, seria inviável elencar todas as modalidades possíveis e imagináveis de atos de concentração. Neste sentido, a título de exemplo, vale transcrever a definição de duas espécies comuns de operações societárias, aptas a gerar concentrações econômicas, quais sejam, incorporação e fusão.

Na incorporação, uma sociedade (incorporadora) absorve outra ou outras (incorporadas), que restam extintas. Com isso, a incorporadora sucede a incorporada a título universal, em todos os direitos e obrigações. A incorporada extingue-se, mas sem que haja sua liquidação, uma vez que sua realidade econômica e jurídica, como ativos, passivos e acionistas, integram-se à incorporadora.²²⁰

Por outro lado, na fusão, duas ou mais sociedades se extinguem, a fim de que surja uma nova sociedade, resultante da soma dos patrimônios das sociedades extintas. Na fusão, opera-se também uma sucessão universal, eis que a nova sociedade sucede às fusionadas em todos os direitos e obrigações²²¹.

²²⁰ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 489 e 494.

²²¹ *Ibidem*, p. 489 e 495.

O prazo para apreciação do ato de concentração é de um total de 120 dias, dividido entre os órgãos que compõem o SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), a saber: SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico), subordinada ao Ministério da Fazenda; SDE (Secretaria de Direito Econômico) e o CADE, ambas subordinadas ao Ministério da Justiça. Muito embora o texto detenha-se na atuação do CADE, importante abrir um parêntese a fim de comentar, em linhas gerais, a função dos demais órgãos, instâncias administrativas auxiliares do CADE.

A Portaria n. 386/2009, expedida pelo Ministério da Fazenda, que aprovou o Regimento Interno do SEAE, estabelece, entre outros temas, as competências conferidas ao órgão. Dentre elas, destaque para aquela prevista no artigo 1º, inciso II, letra “b”, qual seja, a de emitir pareceres econômicos relativos aos atos de concentração mencionados na Lei n. 8.884/94.

Já o artigo 14 da Lei n. 8.884/94, determina as atividades que cabem à SDE. Em razão do objeto da dissertação, importa mencionar a tarefa listada no inciso XII do aludido artigo, consistente na responsabilidade pela instrução, fiscalização e acompanhamento dos processos julgados e a serem julgados pelo CADE. Igualmente, destaque para o inciso V, que autoriza à SDE solicitar informações a quaisquer pessoas ou órgãos, bem como determinar a realização de diligências.

De acordo com o parágrafo 4º, do artigo 54, os atos de concentração devem ser apresentados à SEAE, de forma prévia, ou em até 15 dias úteis contados da data de sua realização. Então, consoante disposto no parágrafo 6º seguinte, a SEAE deve elaborar um parecer técnico, de cunho econômico, no prazo de 30 dias, encaminhando-o à SDE, que realizará a instrução do processo e se manifestará em igual prazo.

Após, o processo é encaminhado ao CADE, acompanhado dos pareceres elaborados pela SEAE e SDE, os quais, diga-se de passagem, não tem força vinculante. O prazo concedido à autarquia para julgamento é de 60 dias. Com isso, finda o prazo de 120 dias.

Os prazos concedidos podem vir a ser suspensos “enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo CADE, SDE ou SEAE”, nos termos do parágrafo 9º do artigo 54.

Esse é o resumo das etapas que compõem a apreciação dos atos de concentração, desde a sua apresentação à SEAE até seu julgamento final pelo CADE. A seguir, cumpre dar início à análise crítica desse procedimento extremamente relevante à manutenção da ordem econômica nacional.

3.2.2.2 Problemas da apreciação “*a posteriori*” dos atos de concentração.

A norma constante do artigo 54, parágrafo 4º, da Lei n. 8.884/94, contempla o maior obstáculo à efetividade das decisões proferidas pelo CADE, no que tange ao exame dos atos de concentração. Isto porque, consta do aludido artigo que a autoridade concorrencial somente será notificada do teor da negociação após sua efetiva concretização. Por isso, afirma-se que o exame é feito “*a posteriori*”.

Na realidade jurídica empresarial, isso significa que, em um primeiro instante, as empresas discutem as bases da operação, elaboram os instrumentos societários que dão forma ao negócio jurídico, apõem suas assinaturas e tornam públicos os atos de concentração. No momento subsequente, as empresas têm o prazo de 15 dias para apresentar à SEAE os documentos relativos à negociação, para que então o CADE promulgue sua decisão.

Então, no Brasil, as operações societárias encontram-se plenamente capazes de produzir seus efeitos logo após o encerramento das negociações entre as partes. Todavia, a autarquia pode vir a se opor à concretização do ato de concentração, determinando sua anulação retroativa.

Ocorre que o lapso temporal existente entre a celebração do negócio e a sua apreciação pelo CADE, coloca em sério risco a eficácia da decisão final a ser proferida pela autarquia, no caso de não aprovação da operação, ou no de aprovação com restrições. O risco de ineficácia da decisão decorre da circunstância de que, até a análise final do ato de concentração, inúmeros fatores podem ser alterados de maneira irreversível, tanto com relação ao mercado, como em face das estruturas das empresas envolvidas.

Exemplos não faltam para comprovar a irreversibilidade de certas medidas, as quais podem até ser realizadas de forma proposital pelas partes envolvidas, com o intuito de forçar a aprovação do negócio, ou impedir que venha a ser desfeito de forma eficaz. Neste sentido, as empresas podem, assim que celebrado o negócio, alienar ou adquirir imóveis, demitir ou contratar funcionários, unificar departamentos, realizar uma série de novos contratos com fornecedores e consumidores, modificar a estrutura administrativa, desenvolver novos produtos, aumentar a participação no mercado, desenvolver campanhas de *marketing*, para citar algumas hipóteses.

É sabido e notório que os danos e riscos dos problemas inerentes ao sistema econômico na pós-modernidade, especialmente quando envolvem *global players* do mercado, são imensuráveis, incalculáveis, imprevisíveis, não possuem fronteiras geográficas, sistêmicas ou de classe, qualquer que seja. A crise originada nos Estados Unidos da América, no ano de 2008, constitui-se em um exemplo latente e vivo dos prejuízos econômicos gerados por um mercado desregulado, ou de regulação ineficaz, no caso específico, o de financiamento e aquisição imobiliária.

Em poucos dias, a crise alastrou-se por diversos países, alcançando logo os cinco continentes do planeta, independente do poder financeiro da nação ou classe econômica do cidadão. Da mesma forma, quase todos os ramos de atividade empresarial e industrial, assim como as diversas espécies de categoria profissional, sofreram o impacto econômico do problema iniciado na América.

Inúmeras indústrias faliram, bancos fecharam suas portas, pessoas foram despejadas de suas residências, fortunas desapareceram, tudo em um piscar de olhos. A crise proliferou-se por um efeito dominó, sem que nada ou ninguém conseguisse detê-la. Por detalhe, os principais mercados de negociação de ações não foram extintos, devido à diminuição violenta do valor dos papéis e à frenética busca por liquidação.

Todo esse cenário aponta para a existência de sérios riscos à efetividade das decisões elaboradas pelo CADE, quando da apreciação “a posteriori” dos atos de concentração, os termos do artigo 54, parágrafo 4º da Lei n. 8.884/94. E mais, tem-se que a autoridade concorrencial encontra-se prejudicada de exercer com êxito suas ações preventivas, pois suas possibilidades de se antecipar frente aos eventuais danos que os atos podem gerar são bem escassas. Com isso, o mercado e a sociedade se encontram em eminente perigo, expostos aos riscos de operações desleais e anticoncorrenciais, que almejem o lucro exclusivo de alguns em detrimento do bem da coletividade e da economia.

Sob o viés sistêmico, a circunstância que acarreta todas as circunstâncias narradas anteriormente deriva principalmente de uma legislação inadequada ao enfrentamento das contingências de uma sociedade pós-moderna, de risco. O CADE, enquanto organização localizada na periferia do sistema jurídico, necessita desempenhar suas funções com dinamismo e eficiência. Do contrário, suas ações e decisões podem se revestir de parcial ou total ineficácia.

O acoplamento estrutural realizado pelo sistema político coíbe a ação preventiva do CADE, no instante em que coloca à sua disposição uma legislação que prima pela inércia, que somente pode vir a ter alguma eficácia após a concretização do ato de concentração. Algo similar à lógica da responsabilidade civil originária da modernidade, quando então era necessário esperar a ocorrência do dano para a incidência do instituto, uma vez que os efeitos de um ato ilícito repercutiam unicamente entre as partes.

Portanto, pode-se concluir que a o exame “*a posteriori*” dos atos de concentração, conforme disposto na Lei n. 8.884/94, está completamente dissociado da principal proposta constante da teoria do risco abstrato. Justamente por tolher atitudes preventivas, anteriores à ocorrência do dano, questão, como dito, essencial às organizações inseridas na periferia do sistema jurídico, notadamente em uma sociedade de risco.

3.2.2.3 Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO)

Como demonstrado no item anterior, o exame “*a posteriori*” dos atos de concentração, nos termos da legislação vigente, pode inviabilizar a eficácia das decisões promulgadas pela autoridade concorrencial. Fazendo jus à sua capacidade dinâmica e inventiva, a autarquia resolveu por bem encontrar uma solução com vistas a contornar as limitações impostas pelo sistema político, que lhe disponibilizou uma legislação inadequada ao enfrentamento da complexidade do sistema econômico.

3.2.2.4 Busca pela Prevenção

Nesse diapasão, o Plenário do CADE, ao elaborar seu Regimento Interno, por intermédio da Resolução n. 45/2007, criou um instrumento denominado de APRO, previsto nos artigos 139 a 141. Consoante se depreende de seu próprio nome, o acordo tem por objetivo principal estabelecer condições que propiciem a reversibilidade do ato de concentração, de modo a conferir um maior grau de efetividade às decisões da autarquia.

O parágrafo único do artigo 139 prevê que o acordo necessita contemplar “medidas aptas a preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo alteração irreversível ou de difícil reparação, até o julgamento do mérito do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do procedimento.”

Conforme pondera Vinícius Marins²²², o APRO foi instituído para minimizar ou até mesmo suprimir possíveis efeitos nocivos decorrentes do período de análise do ato de concentração pelo Plenário do CADE. Portanto, o acordo deve abranger um conjunto de medidas aptas a preservar as condições de mercado, prevenindo mudanças irreversíveis ou de difícil reparação que poderiam ocorrer na sua estrutura, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do processo.

No caso de uma fusão ou incorporação, por exemplo, o APRO geralmente prevê que as empresas mantenham suas estruturas administrativas, jurídicas e operacionais separadas, que assegurem os níveis de emprego e os investimentos em marketing. Em outras palavras, os efeitos principais do negócio necessitam ficar suspensos, a fim de evitar que a operação se transforme em um fato consumado. Com isso, as condições de mercado são resguardadas e se afasta a probabilidade de danos irreversíveis²²³, além de permitir que o ato de concentração possa ser desfeito pelo CADE.

O Artigo 141 da Resolução n. 45/2007 prevê a obrigatoriedade das empresas que celebrarem o APRO, de encaminharem relatórios pormenorizados ao Relator do Processo junto ao CADE, contendo as mudanças já ocorridas desde a celebração do ato, bem como o andamento das obrigações previstas no acordo. O parágrafo único da citada norma confere ao CADE, inclusive, a possibilidade de solicitar que os aludidos relatórios “sejam elaborados por empresas de consultoria ou de auditoria independente, contratadas para este fim, às expensas dos interessados.”

O APRO é fruto de um processo negocial entre o CADE e as empresas que fizeram parte do ato de concentração. Sua natureza é essencialmente consensual, depende da conveniência e disponibilidade das partes. A revisão do acordo é permitida sempre que constatado que as medidas convencionadas revelaram-se insuficientes, inadequadas ou excessivas para assegurar a reversibilidade da operação.

²²² MARINS, Vinicius. **Direito concorrencial e concentração empresarial: Aspectos atuais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4566>>. Acesso em: 19 jun. 2010.

²²³ ZEMUNER, Adiloar Franco; SALERNO, Marília; SHIMAMURA, Emilim. **Fusões e Aquisições Como Meio de Recuperação Judicial de Empresas em Estado de Crise Econômico-Financeira**. Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Adiloar_Marlia_Emilim_Fusões_Incorporações_Recuperação_Empresas_Crise_Econômico_Financeira.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2010.

3.2.2.5 Análise Sistêmica

A observação sistêmica das circunstâncias de instituição do APRO indica que o CADE usufruiu das características que lhe são próprias, enquanto organização da periferia do sistema jurídico. Nesse diapasão, a autarquia demonstrou sua aptidão em realizar o aprendizado sistêmico, a partir das frustrações de suas próprias expectativas. Ou seja, no instante em que conclui pelo risco considerável de ineficácia de suas decisões, procurou corrigir por si mesma o fator desencadeador do problema.

Com efeito, diante da inviabilidade de aguardar a adequação da legislação que lhe foi ofertada pelo sistema político, o CADE, quando da elaboração de seu Regimento Interno, decidiu por bem criar o APRO. A toda evidência, não seria viável que a autarquia esperasse ou confiasse na publicação de uma nova lei antitruste, prevendo o exame do ato de concentração anteriormente à sua celebração. Ao agir dessa forma, o CADE diligenciou no sentido de que suas ações pudessem ter um caráter preventivo, minimizando os danos decorrentes do fato de sua análise ser “*a posteriori*” da celebração dos atos de concentração.

De outro lado, o APRO possibilita a aproximação da autarquia frente às partes envolvidas, além de proporcionar redução do custo social, circunstância salientada por José Antônio Batista Ziebarth quando da entrevista²²⁴ na cidade de São Paulo. Situação exatamente oposta ao incontestável distanciamento existente entre as partes e o juiz, no caso de um processo judicial que tramite nos Tribunais localizados no centro do sistema jurídico.

Ademais, as razões de constituição do APRO comprovam que, no cenário de pluralismo jurídico pós-moderno, as normas proferidas pelo Estado competem no plano horizontal, em pé de igualdade, com aquelas proferidas pelos atores privados. Tanto é assim, que o CADE não consegue impor sua vontade de forma unilateral, devendo conciliá-la com os interesses dos envolvidos, pois do contrário suas ações podem se revelar ineficazes.

Da exposição, pode-se concluir então que, a instituição do APRO pelo CADE condiz com os ditames propagados pela teoria da comunicação do risco, notadamente por conferir à autarquia meios para exercer ações preventivas, antecipando-se aos danos.

²²⁴ Resposta de José Antônio Batista Ziebarth à pergunta de n. 5 da entrevista.

3.2.2.6 Projeto de Lei da Câmara n. 6/2009

Caso seja aprovado o Projeto de Lei da Câmara n. 6/2009, proposto pelo Deputado Federal Carlos Eduardo Cadoca, vindo a se transformar na nova legislação antitruste do país, muitos dos riscos elencados anteriormente poderão ser afastados, propiciando uma ação mais preventiva por parte da autoridade concorrencial. Dentre as novidades do Projeto, há que se ressaltar a previsão de análise “*a priori*” dos atos de concentração.

A norma constante do artigo 88, inciso II, parágrafo 2º, do Projeto, contempla a inovação, ao determinar que o controle dos atos de concentração econômica seja realizado de forma prévia, dentro do prazo de 240 dias, contados de sua apresentação ao CADE.

Por sua vez, os incisos I e II do artigo restringem as modalidades dos atos de concentração sujeitos a controle, eis que na legislação vigente, as hipóteses são mais amplas. Segundo consta do Projeto, necessitam estar presentes, cumulativamente, duas condições: (i) um dos grupos envolvidos na operação deve ter registrado faturamento bruto anual, no ano anterior à operação, superior à R\$ 400,00 milhões, e (ii) um dos grupos envolvidos deve ter registrado faturamento bruto anual, no ano anterior à operação, superior à R\$ 30,00 milhões.

Já o artigo 51, inciso I, do Projeto prescreve a prioridade de tramitação dos processos cujo objeto envolva atos de concentração, a saber: “Art. 51. Na tramitação dos processos no CADE, serão observadas as seguintes disposições, além daquelas previstas no regimento interno: I – os atos de concentração terão prioridade sobre o julgamento de outras matérias”.

Em decorrência dessas modificações, as operações societárias celebradas entre as partes somente serão válidas, e capazes de produzir efeitos, após a aprovação do ato de concentração pelo CADE. Com isso, eliminam-se todos os riscos possíveis que se vislumbravam quando do exame dos atos “*a posteriori*”.

Então, antes de se realizar qualquer medida decorrente da operação, como demissão de funcionários, venda ou compra de estabelecimentos, campanhas de *marketing*, modificação administrativas e de gestão, as empresas necessitarão esperar pela aprovação da autoridade concorrencial. Por conseguinte, caso seja aprovado o Projeto, o APRO tende a ser extinto, em razão da perda de sua utilidade, tendo em vista que os efeitos decorrentes da operação ficam condicionados à apreciação favorável do CADE.

Importante salientar o filtro previsto no Projeto, pois apenas os atos de concentração que se enquadram nas duas hipóteses elencadas nos incisos serão objeto de exame. No mesmo sentido, o artigo 51 confere relevância à análise dessas operações pelo CADE.

Salta aos olhos que a apreciação “a priori” dos atos de concentração, nos termos previstos no Projeto, possibilitará ao CADE uma ação mais preventiva, pois os efeitos das operações societárias permanecerão suspensos, até julgamento final, afastando-se substancialmente a possibilidade de ocorrência de danos irreversíveis.

As disposições do Projeto coadunam-se com o teor das propostas da Comunicação do Risco, e possibilitam ao CADE uma atuação mais dinâmica, consoante se espera de uma organização situada na periferia do sistema jurídico. Embora tardiamente, o sistema político poderá corrigir o fato de ter ofertado à periferia uma legislação (Lei n. 8.884/94) que prima pela falta de agilidade e impossibilidade de antecipação aos danos. Conforme aduz Luhmann, o sistema jurídico deve ter leis compatíveis, do ponto de vista do risco e do perigo, com sua autopoiese, função específica e código²²⁵.

3.2.3 Ato de Concentração Caso Nestlé/Garoto

Nessa última parte do trabalho, após inúmeras considerações referentes à periferia do sistema jurídico, às diferenças existentes em face da operacionalidade do centro e às características da comunicação pós-moderna, há que se analisar um caso concreto de ato de concentração.

Não que o texto tenha até aqui optado somente por proposições teóricas, ou que se acredite na possibilidade de separar a teoria da prática. Absolutamente, tanto é assim que, ao longo da exposição, para cada fato verificado na sociedade, foi trazida uma referência teórica, destinada a descrevê-lo ou analisá-lo, como também a fim de prescrever a melhor forma de os sistemas se posicionarem a respeito.

A escolha do caso a ser examinado não foi fácil de ser realizada. Diante das inúmeras opções existentes, fez-se a opção pelo ato de concentração envolvendo as empresas Nestlé Brasil Ltda. (Nestlé) e Chocolate Garoto S.A. (Garoto). Isso porque, a questão envolveu o

²²⁵ LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Suhrkamp Verlag, 1993. Com edição em espanhol. LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. México: Universidade Iberoamericana, 2002. p. 639.

CADE e a Justiça Federal, organizações integrantes da periferia e do centro do sistema jurídico, respectivamente.

A forma com que cada uma dessas instituições se pronunciou e vem se pronunciando em face do caso, evidencia diferentes óticas de observação e distintas formas de manejar a comunicação na pós-modernidade. Circunstâncias que demonstram a pertinência da teoria dos sistemas para o exame de questões desse gênero, eivadas de complexidade e transdisciplinaridade.

Devido à enorme complexidade do litígio, bem como em razão das inúmeras nuances que poderiam ser salientadas, a dissertação opta por aquelas que tenham maior relação com o objeto da pesquisa. Certamente, alguns leitores poderão dizer que uns ou outros temas não foram abordados, por isso, faz-se essa ressalva.

3.2.3.1 Dados da Operação Societária

Trata-se de subscrição, pela Nestlé, de novas ações emitidas em decorrência de aumento de capital da Garoto, no valor aproximado²²⁶ de R\$ 600,00 milhões ou US\$ 230 milhões, seguidos do resgate, pela sociedade, das ações então detidas pelos acionistas controladores. Em suma, com a operação societária, realizada no início do ano de 2002, a Nestlé adquiriu a totalidade das ações da Garoto²²⁷, tornando-se a única acionista, devido à saída dos antigos controladores da Garoto.

O faturamento das empresas envolvidas, no ano de 2001, demonstra o vulto da operação. A Nestlé faturou no período a quantia de R\$ 4,8 bilhões, enquanto que a Garoto, de estrutura acionária familiar, alcançou o faturamento de R\$ 547,51 milhões.²²⁸

Após a concretização da operação, a SEAE foi notificada tempestivamente, dentro do prazo de 15 dias, a fim de que o processo tivesse andamento, com a apreciação do ato de concentração pelo CADE. Os produtos relevantes envolvidos na operação são “balas e confeitos sem chocolate, achocolatados, cobertura de chocolate e chocolate sob todas as formas”,²²⁹ com abrangência de comercialização e consumo em todo o território nacional.

²²⁶ Parecer Técnico do SEAE n. 196 CONDU/COGPI/SEAE/MF, de 07 out. 2002.

²²⁷ Ementa do Ato de Concentração n. 08012.001697/2002-89.

²²⁸ Parecer Técnico do SEAE n. 196 CONDU/COGPI/SEAE/MF, de 07 out. 2002.

²²⁹ Ementa do Ato de Concentração n. 08012.001697/2002-89.

3.2.3.2 Decisão do CADE

O CADE, preliminarmente, celebrou com as empresas envolvidas um Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO), visando resguardar as condições do mercado relevante e assim impedindo futuros danos irreversíveis até que fosse proferida a decisão final pelo Plenário da autarquia.

Os estudos econométricos realizados pela SEAE, adotados pelo CADE em sua decisão, indicaram que, com a operação, a Nestlé deteria os seguintes percentuais de participação nos mercados: 61,2% nos achocolatados; 88,5% nas coberturas de chocolate; e 58,4% nos chocolates em geral. As análises comparativas e as simulações apontaram a redução da rivalidade no mercado de chocolate sob todas as formas, além do monopólio no setor de coberturas de chocolate.

O Parecer da SDE também foi na mesma linha:

O poder de mercado adquirido pela Nestlé com a aquisição da Garoto não pode ser inibido pela entrada de importações, pela entrada de um novo concorrente, nem tampouco pela rivalidade das empresas já presentes nos mercados relevantes analisados, pelo menos no curto prazo.

Em suma, tem-se que “o exercício unilateral do poder de mercado pela Nestlé é altamente provável”²³⁰, portanto, “a aprovação do ato só pode se dar mediante a imposição de condições que inviabilizem o exercício do poder de mercado adquirido.” Por fim, conclui a SDE que “caberia às Requerentes, apresentar perante o CADE alternativas que impeçam tal exercício e eficiências que possam compensar a restrição substancial da concorrência, o que, até o momento, ainda não ocorreu.”

Inúmeras diligências foram solicitadas pelas autoridades concorrenciais, com o propósito de se obter elementos à conclusão dos Pareceres, de acompanhar o cumprimento das obrigações previsto no APRO a fim de que o CADE pudesse proferir sua decisão. As diligências tem o condão de suspender o prazo de 120 dias para a conclusão do processo, nos termos do citado artigo 54, parágrafo 9º.

²³⁰ Parecer da Secretaria de Direito Econômico no Ato de Concentração n. 08012.001697/2002-89, em 09 dez. 2002.

Após analisar atentamente as informações produzidas pela SEAE e a SDE e acolhê-las em sua integralidade, o CADE determinou, por maioria, a desconstituição da operação, nos termos do voto do Relator Thompson Andrade, vencido o Presidente, que aprovava o ato com restrições²³¹.

Em suma, o CADE defendeu que a operação traria prejuízos à concorrência, inclusive com a eliminação de um grande *player* do mercado, e não geraria benefícios ao consumidor. Ademais, inúmeras barreiras impediriam a entradas de novos concorrentes e enfraqueceriam os existentes, em razão das dificuldades para garantir a distribuição por atacado e devido à diferenciação do produto sustentada por elevados gastos com propaganda. Por fim, as eficiências alcançadas não seriam específicas à operação, e poderiam ser obtidas de outras formas menos lesivas à concorrência.²³²

3.2.3.3 Decisão da Justiça Federal

Amparados pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal Brasileira, cuja norma dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito”, as empresas Nestlé e Garoto ajuizaram ação ordinária contra o CADE, perante a 4ª Vara Federal do Distrito Federal, em 24/05/2005.

Conforme consta do relatório da sentença, proferida nos autos do aludido processo (n. 2005.34.00.015042-8), a ação tem por objeto “a anulação da decisão do CADE que desaprovou a compra de ativos da Garoto pela Nestlé, determinando a desconstituição da operação.”

No início da parte decisória da sentença, o magistrado sinalizou que examinaria o processo sob a ótica da formalidade processual: “Sabendo-se, contudo, que os aspectos formais precedem os materiais, cumpre analisar, primeiramente, as questões referentes à obediência ou não ao devido processo legal em âmbito administrativo.”

Muito embora tivesse afirmado que, em um primeiro instante, se restringiria aos aspectos formais, a sentença ingressou no mérito das diligências solicitadas pelo SEAE, SDE e CADE. Mais precisamente, foi indagado se as diligências eram ou não imprescindíveis para a apreciação do ato de concentração.

²³¹ BRASIL. Acórdão Publicado no Diário Oficial da União em 16 fev. 2004.

²³² Ato de Concentração n. 08012.001697/2002-89, julgado em 04 fev. 2004.

Cumpra reproduzir trechos da sentença: “uma análise superficial” de cada um dos ofícios, “facilmente se identifica que, em sua maioria, sequer cuidavam de diligências necessárias, que dirá imprescindíveis para a análise do caso.” Em sequência, “não restam dúvidas, assim, que todos os 21 ofícios anteriormente analisados não podem ser qualificados como imprescindíveis.”

Entretanto, o juiz de 1º grau abre um parêntese e reconhece que:

A questão acerca da prescindibilidade ou não da diligência está afeta ao mérito administrativo. Cabe, sim, ao órgão administrativo, a presidência do processo. Está na alçada do administrador definir quais elementos seriam necessários à perfeita compreensão da causa.

Mas logo em seguida, o Juiz lança um contraponto, e afirma que por se tratar de um procedimento administrativo, incide a Lei n. 9.784/99, cujo artigo 50, inciso I prescreve que os atos administrativos deverão ser motivados, com a indicação de seus fatos e fundamentos jurídicos, especialmente quando limitem ou afetem direitos e interesses.

Então, com base nesse dispositivo legal, conclui o magistrado que: “Pode ser até que as diligências tivessem sua razão de ser. Ao CADE competia, a cada diligência, contudo, especialmente atento à grave consequência do decurso do prazo, motivar e fundamentar a diligência.”

Imediatamente, dispara que: “Se o CADE se pretende (como diz a Lei n. 8.884/94 com técnica duvidosa) um “órgão judicante” (sic), deve observar a boa técnica jurídica e processual que norteia a técnica judicante.” E mais, vale-se o magistrado inclusive da seguinte afirmação, ao destacar a importância da formalidade “Mereceu consagração nos Códigos Napoleônicos e prevalece entre nós, como orientação doutrinária e legislativa.”

Diante da prescindibilidade dos ofícios e diligências, segundo a convicção do juiz singular, o prazo de 120 dias concedido ao CADE para a análise do ato de concentração jamais teria restado suspenso. Por conseguinte, a operação deve ser aprovada por decurso de prazo.

Assim constou da parte dispositiva da sentença:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido das autoras e DECLARO aprovado automaticamente o ato de concentração submetido à apreciação do CADE

em 15.03.2002, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no artigo 54, parágrafo 7º, da Lei n. 8.884/94, sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da operação. Condeno o CADE a reembolsar às autoras as custas processuais e a pagar-lhes honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

Atualmente, aguarda-se o julgamento definitivo do recurso de apelação apresentado pelo CADE perante o Tribunal Regional Federal de Recursos da 1ª Região.

3.2.3.4 Análise Sistêmica das Decisões.

A forma com que o CADE e a Justiça Federal manifestaram-se com relação ao ato de concentração celebrado entre as empresas Nestlé e Garoto é sintomático, pois expressa com precisão as características de atuação de cada uma dessas organizações. A intenção não é de vangloriar uma instituição em detrimento da outra, mas sim de indagar quanto à capacidade sistêmica das instituições, especificamente no que se refere à resolução de problemas complexos e transdisciplinares, típicos de uma sociedade pós-moderna de risco.

Inicialmente, importa destacar a complexidade da operação posta a exame. Com efeito, operações desse gênero e vulto surtem impacto nos mais diferentes setores. No plano organizacional das companhias, os funcionários são os primeiros a serem afetados, seguidos pelos terceirizados, que prestam serviços na condição de sociedades empresárias ou autônomos. Os fornecedores de matéria-prima igualmente sofrem as consequências do ato de aquisição, pois passam a negociar perante uma empresa com maior participação no mercado e, por conseguinte, capaz de reduzir significativamente o valor dos insumos, sem falar da imposição de outras condições.

No mercado interno, a repercussão dá-se imediatamente em áreas específicas, no caso em tela, nas de chocolates com cobertura, achocolatados e chocolates sob todas as formas. Assim, há que se indagar quanto à possibilidade de instalação de um monopólio, ou da possibilidade de exercício abusivo de posição dominante. Prova disso é que os concorrentes existentes no mercado manifestaram sua preocupação, logo que souberam da operação, a exemplo da Lacta e *Cadbury*, que inclusive ingressaram com medidas cautelares dentro do próprio Ato de Concentração.

No plano internacional, a aquisição pode suficientemente impedir a entrada de novos concorrentes no setor, circunstância indesejável, pois afasta o ingresso de novas empresas no mercado nacional e prejudica substancialmente a concorrência. Consoante salientado no Parecer elaborado pela SDE, o faturamento das empresas envolvidas, somente no ano de 2001, supera a quantia de 5,3 bilhões de reais²³³, dados que atestam o poderio financeiro e mercadológico das partes envolvidas.

Todas essas questões apontam para o fato de que a operação é sem sombra de dúvidas extremamente complexa. Seus efeitos atingem os atuais e eventuais futuros concorrentes, além dos empregados, prestadores de serviços, fornecedores e, principalmente, o público consumidor. O mais grave é que a possibilidade de danos irreversíveis é latente, sendo difícil precisar com exatidão quando e como podem vir a ocorrer.

Diante da transdisciplinaridade da operação, a SEAE e a SDE realizaram estudos que envolvem as mais diferentes áreas do saber, com o propósito de verificar todas as repercussões prováveis do ato de concentração. Neste sentido, foram traçados diversos cenários, envolvendo os diferentes produtos e marcas das empresas. Igualmente, as etapas de produção e comercialização, desde a obtenção do cacau, até a comercialização nos pontos de venda consistiram em objeto da investigação e pesquisa. Em suma, pode-se afirmar que seria necessária uma dissertação específica para abordar o vasto trabalho desenvolvido pelas autoridades concorrenciais.

Em virtude da extensão e complexidade da matéria posta a exame, inúmeras vezes as autoridades concorrenciais solicitaram diligências e informações às partes envolvidas, circunstância que acarreta a suspensão do prazo para apreciação do ato de concentração. Importante salientar que, por vezes, a obtenção dos dados e elementos para a elaboração dos pareceres é difícil de ser obtida, pelos mais variados motivos.

Portanto, não restam dúvidas quanto ao fato de que, para a resolução do caso, foi imprescindível que a autarquia se socorresse do conhecimento de outras ciências. Nesse diapasão, ao proferir seu julgamento, o CADE ateve-se fundamentalmente aos Pareceres elaborados pelas secretarias, SEAE e SDE, realizando uma autopoiese de 2º grau.

Com isso, a decisão deixa de ser previsível, diante da inexistência de uma resposta pronta e acabada no ordenamento jurídico. A toda evidência, a repercussão do ato de concentração não pode ser auferida por intermédio apenas de normas ou noções legais. Para tanto, é imprescindível a análise transdisciplinar.

²³³ Parecer Técnico do SEAE n. 196 CONDU/COGPI/SEAE/MF, de 07 out. 2002.

Do exposto, constata-se que o CADE, justamente por estar mais próximo do contato com outros sistemas, consegue operacionalizar com mais naturalidade informações oriundas de outras áreas do saber. Muito embora a autarquia ainda seja recente em território nacional, pode-se afirmar que, de acordo com a teoria dos sistemas, o CADE enfrenta os riscos advindos do sistema econômico, pois se revela capaz de analisar comunicações complexas, transdisciplinares, mediante uma observação voltada para o futuro, a fim de evitar danos.

Quando a matéria foi levada ao Poder Judiciário, mais precisamente à Justiça Federal do Distrito Federal, ficou evidente a forma com que o centro do sistema jurídico lida com comunicações desse perfil. Com efeito, a sentença de 1º grau resolveu o problema a partir de uma visão essencialmente jurídica, formalista e positivista. Aliás, foram tecidas referências inclusive ao Código Napoleônico.

A decisão, em nome da formalidade processual, ignorou o conjunto de dados e informações obtidas nos estudos desenvolvidos pela SEAE e o SDE. De acordo com a sentença, as inúmeras diligências solicitadas pelas autoridades concorrenciais não foram fundamentadas e justificadas de modo preciso, em desrespeito à norma constante do artigo 50, inciso I, da Lei 9.784/1999.

Consequentemente, o prazo para apreciação da operação jamais teria restado suspenso, tendo a operação sido aprovada por decurso de prazo. Ao final, a sentença registrou que, se o CADE pretende exercer atividade judicante, deve ater-se à formalidade. Em outras palavras, vislumbra-se o centro passando lições de formalidade processual à periferia.

Ao decidir a partir de referências essencialmente jurídicas, a sentença deixou de analisar os riscos e impactos do ato de concentração. A adoção da lógica do Direito Hipercíclico, inerente à modernidade, somente é viável para questões de reduzida complexidade, de estreita interferência sistêmica. Sem sombra de dúvidas, litígios envoltos em uma nebulosa transdisciplinaridade, como o da Nestlé/Garoto, jamais poderão ser solucionados por intermédio de visões formalistas, canônicas e abstratas.

Ao longo do presente trabalho, sustentou-se, por inúmeras vezes, a dificuldade encontrada pelos Tribunais no julgamento de questões que envolvam o Direito e outros sistemas, como o da economia e ecologia, para citar alguns exemplos. O fato de estarem localizados no centro do sistema jurídico os impede de processar adequadamente informações oriundas de outras ciências. Isso é o que pode ser observado do teor da sentença.

Na pós-modernidade, a redução da complexidade social somente estará mais próxima de ocorrer quando o Direito adotar uma postura mais flexível e aberta. Acredita-se que o caso

Nestlé/Garoto torna evidente a relevância das organizações localizadas na periferia do sistema jurídico no julgamento de lides cuja repercussão atinja os mais diversos setores, e envolva conhecimentos além dos essencialmente jurídicos.

A segurança formal e abstrata almejada pelos positivistas não poderá ser alcançada no mundo dos fatos pós-modernos. A prudência recomenda o enfrentamento dos riscos pelo Direito, ao invés de se persistir sonhando com a possibilidade de controlar os efeitos dos atos praticados na sociedade por meio de normas processuais oriundas do Código Napoleônico.

Délton Winter de Carvalho resume com precisão os desafios impostos ao Direito no século XXI, e aponta a maneira com que as instituições devem se posicionar na pós-modernidade: “é arriscado decidir diante de incertezas científicas; porém, abster-se de uma decisão em razão desse contexto de incerteza trata-se, desde já, de uma decisão quiçá mais arriscada”²³⁴.

²³⁴ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 136.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações finais são tidas como o “desaguadouro”²³⁵ do trabalho. Nessa etapa, impõe-se realizar um balanço crítico da pesquisa, enunciando, de modo conciso e lógico, o conjunto de informações extraídas ao longo do texto²³⁶.

Vale lembrar o teor da pergunta principal que o texto propôs-se a responder: Na sociedade de risco pós-moderna, de que maneira o CADE deve atuar, enquanto organização localizada na periferia do sistema jurídico, com o intuito de processar as comunicações fragmentadas e transdisciplinares oriundas do sistema econômico, notadamente quando do julgamento dos atos de concentração celebrados entre empresas?

Contudo, a resposta para essa pergunta jamais poderia ser dada de forma imediata. No texto da pergunta encontram-se uma série de temas, definições e afirmações que, além de não serem do conhecimento de todos, não recebem definições, observações ou propostas unânimes.

Nesse sentido, seria perfeitamente viável que alguém, ao ler a pergunta, trouxesse uma série de outros questionamentos, como: Em que consiste a sociedade de risco pós-moderna? Qual a origem e função do CADE? O que é a periferia do sistema jurídico? Comunicações fragmentadas e transdisciplinares? Qual o motivo do Estado intervir na economia? Como o Direito deve atuar no século XXI?

Com isso, a resposta ao problema principal da dissertação teve necessariamente de ser construído a partir da resposta a uma série de outras questões prévias, de cunho histórico, conceitual, teórico e prático. Ou seja, na medida em que foram sendo atendidos os objetivos específicos de cada capítulo, a resposta e o objetivo geral do texto passaram a ganhar conteúdo, forma e consistência.

Por óbvio, inúmeras outras soluções ao problema poderiam ser apresentadas, mas isso não importa. O ponto primordial reside na necessidade de uma construção lógica da resposta, segundo premissas que embasem o teor das conclusões.

O dever é ainda mais premente quando se examinam áreas ou institutos do Direito permeados pela influência de outras ciências, como a economia e a política. A tendência de se adotar determinada ideologia, sem indagar-se dos motivos, e com ela pretender achar um

²³⁵ VENTURA, Deisy. **Monografia Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 94.

²³⁶ *Ibidem*, p. 95.

caminho à resposta do problema deve ser a todo custo evitada. Ainda mais quando se está debatendo acerca da interferência estatal no mercado.

Hoje em dia, é muito comum ver as pessoas afirmando que são neoliberais, sustentando o maior número de privatizações possíveis, a minimização ou ausência total do Estado na economia. Da mesma forma, há também os que defendem ideologias comunistas, fundadas na intervenção máxima do poder público na esfera privada do cidadão, a ponto de eliminar sua individualidade.

Porém, como o presente trabalho é essencialmente de cunho jurídico, e engloba majoritariamente as áreas do Direito Econômico e Constitucional, a resposta imperiosamente deve provir das referências do sistema jurídico²³⁷. Sem sombra de dúvidas, é importante usufruir do conhecimento das outras ciências, como Economia, Política e Sociologia, mas não é aconselhável adotá-las como principal argumento, sob pena de desvirtuamento da ótica jurídica da dissertação.

Esses breves comentários, relativos aos princípios estabelecidos a fim de se construir a resposta do problema da dissertação, demonstra o inevitável contato do Direito com questões de fundo econômico e político. O fato foi levado em consideração quando da escolha da teoria a ser utilizada. Sem uma matriz adequada, não seria viável definir paradigmas teóricos aptos a orientar o caminho da pesquisa jurídica, como tampouco observar o problema por uma ótica suficientemente apropriada e complexa.

Os conceitos e observações dos estudiosos da teoria dos sistemas, notadamente aqueles difundidos pelos alemães Niklas Luhmann e Gunther Teubner, e pelos brasileiros Leonel Severo Rocha, Celso Fernandes Campilongo e Délton Winter de Carvalho, foram de grande valia à condução da dissertação. A teoria comporta complexidade suficiente a ponto de lhe habilitar a observar, descrever e sugerir o Direito no século XXI, instante em que os principais sistemas sociais se encontram em contínua mobilidade e interferência.

Conforme aduz Campilongo, a teoria sistêmica consegue vislumbrar questões que outras teorias não conseguem, sendo a recíproca verdadeira²³⁸. Entretanto, problemas que envolvam matérias transdisciplinares, como na presente dissertação, são favoráveis à teoria.

Em suma, as diferenças teóricas derivam de óticas distintas. Na pós-modernidade, não é recomendável a utilização da lente do sujeito abstrato e fictício, fruto das teorias positivistas e normativistas, que tem a pretensão de tudo compreender e regular, mediante lógicas

²³⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 65.

²³⁸ *Ibidem*, p. 17.

cartesianas²³⁹. Os modelos estáveis e racionais produzidos pelo sujeito do conhecimento não são capazes de controlar os fenômenos da sociedade.

A sociedade atual pode ser observada por intermédio de inúmeras formas e teorias. Por esse motivo, os sistêmicos abandonaram a racionalidade do sujeito de conhecimento e migraram para a racionalidade dos sistemas, capazes de orientar as instituições no século XXI. E esse foi justamente o procedimento adotado ao longo do texto. Com efeito, nos diferentes momentos históricos da exposição, sempre se destacou o comportamento e as interações dos sistemas jurídico, político e econômico.

Tal questão restou mais evidente no primeiro capítulo, a história da intervenção estatal na economia restou descrita e analisada criticamente, sob o viés sistêmico. Nos três períodos históricos (Liberal, Social e Social Democrático), foi possível demonstrar as estreitas relações de interdependência entre o contexto social vigente, a ideologia política do governo, os artigos da Constituição e a maneira do poder público interferir no mercado. E mais, na descrição foi viável perceber as mutações internas dos sistemas jurídico, político e econômico, bem como as diversas maneiras com que se relacionaram entre si.

Muito mais do que uma simples descrição, a análise histórica e sistêmica propiciou a obtenção de premissas capazes de nortear a ação estatal na economia. Da mesma forma, o estudo das diversas características e funções assumidas pelos sistemas nesses últimos três séculos, e os efeitos daí decorrentes, também foram de suma relevância à resposta do problema principal da dissertação.

Cada período histórico trouxe contribuições particulares. No período liberal, restou comprovada a incapacidade do sistema econômico de funcionar de modo autônomo, diante da impossibilidade de sua autorregulação. A quebra da bolsa em 1929, as consequências lesivas aos trabalhadores e a desigualdades sociais demonstram as inúmeras imperfeições da ausência do Estado em regimes liberais.

Prova disso é que ao final da época liberal, os próprios integrantes do sistema econômico passaram a demandar a intervenção do poder público, sob pena de se verificar a autofagia sistêmica. No período seguinte, o Estado deixou de lado sua postura omissa, assumindo o compromisso de agir na economia. Muito embora tenha restado evidente a indispensável regulação do mercado, o *modus operandi* utilizado não se revelou adequado.

²³⁹ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In: **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 11.

Com efeito, ante a ausência de princípios democráticos, as ações do sistema político se davam unicamente através do Poder Executivo, uma vez que o sistema ficou absorto em seu centro. Não havia debates prévios, tão somente a vontade discricionária do governante. O quadro revelou-se ainda mais grave diante da inexistência de legislações específicas e organizações capacitadas a orientar e realizar as interferências no mercado. Com isso, os atores do sistema econômico foram assolados por sentimentos de insegurança e incerteza, e passaram a demandar previsibilidade e calculabilidade nas ações do poder público.

Dentre as lições possíveis de serem extraídas do período social, destaque para a imprescindibilidade do funcionamento adequado do sistema político. Neste sentido, a democracia exerce papel preponderante, pois seus mecanismos conferem transparência e legitimidade no processo decisório. Ademais, tem-se que a complexidade dos problemas oriundos do mercado demanda necessariamente um conjunto de leis próprias, além de entidades especializadas na aplicação de suas normas. O Direito jamais poderia quedar-se infenso às alterações econômicas e sociais, nem tampouco pode a economia abster-se do Direito²⁴⁰, regendo-se por suas próprias regras.

Na Constituição de 1988, o legislador constituinte parece ter observado atentamente os pontos positivos e negativos dos dois períodos anteriores, pois programou um rol de modificações envolvendo a ação estatal na economia. A nova postura do governo, de cunho social e democrático, no âmbito de uma constituição tida por dirigente, impulsionou a criação de organizações inseridas na periferia do sistema jurídico, assim como o CADE, destinadas à regular lides econômicas específicas, a partir de um conjunto organizado de leis.

A análise histórica e sistêmica da intervenção do Estado na seara econômica, conforme resumidamente transcrita nos parágrafos anteriores, evidenciou as razões de constituição de entidades a exemplo do CADE. Igualmente, relevantes premissas foram estabelecidas de modo a guiar a ação do poder público no sistema econômico. Assim, foram obtidos mais elementos destinados a colaborar na obtenção do problema central da dissertação, relativa à atuação preventiva do CADE na pós-modernidade. Com isso, os objetivos específicos do primeiro capítulo foram plenamente atendidos.

Considerando que a dissertação limita temporalmente a problemática na época pós-moderna, o início do segundo capítulo centrou-se nas principais características desse novo tempo, a fim de compreender melhor suas contingências. Isto porque, a maioria das

²⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 5.

proposições doutrinárias relativas à intervenção estatal na economia se origina na modernidade.

O novo perfil da comunicação modificou substancialmente as contingências sociais, circunstância que repercutiu no funcionamento dos sistemas sociais, notadamente no processo de reprodução autopoietica. A comunicação passou a interferir e repercutir em diversos sistemas, devido ao seu caráter fragmentado e transdisciplinar. Os problemas que a sociedade produz não possuem mais fronteiras geográficas, nem perímetros sistêmicos. Uma mesma comunicação pode transitar por dezenas de países, até o mundo inteiro, como igualmente é capaz de participar de diversos sistemas.

Em períodos anteriores, as comunicações se submetiam à observação de somente um sistema, que a processava por meio de uma autopoiese de 1º grau, mediante suas próprias referências. Havia certeza e controle, os riscos poderiam ser minimizados, direcionados e calculados. Porém, as novas feições da comunicação demandam que os sistemas valham-se do conhecimento de outros sistemas, através da reprodução autopoietica de 2º grau. Com isso, perde-se a certeza e controle anteriores, em contrapartida constata-se o incremento da imprevisibilidade e extensão dos riscos e danos passíveis de serem gerados em virtude da comunicação.

O sistema jurídico não escapou ileso das transformações da pós-modernidade. Se antes, havia o predomínio das normas proferidas pelo Estado, agora o espaço é dividido com as regras e decisões oriundas de entidades privadas, sindicatos, empresas. Diante da impossibilidade das leis e dos Tribunais resolverem as contingências desse novo tempo, as entidades privadas passaram a regular seus conflitos, inclusive por decisões de cunho jurídico. Formou-se o competitivo ambiente de pluralismo jurídico, com a ampliação clássica da noção de sistema jurídico, não mais reservado exclusivamente à organização estatal²⁴¹.

As pretensões estabelecidas pelos sistemas ao final da modernidade caem por terra. O sistema econômico necessita assimilar que a ação do poder público no mercado dificilmente se realizará de maneira certa e previsível. As comunicações advindas da economia revestem-se de múltiplas características, causam interferência em diversos sistemas sociais, desde o meio ambiente à tecnologia, dentre outros. Devido à autopoiese de 2º grau necessária para processar a comunicação, revela-se inviável almejar intervenções seguras e calculáveis.

²⁴¹ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2002. p. 181.

Igualmente ilusória a intenção dos sistemas jurídico e político de impor determinada ordem econômica (mundo do dever-ser), por intermédio de normas legais, em substituição à ordem econômica praticada na realidade (mundo do ser). A observação realizada a partir do código lícito/ilícito impede a imposição de condutas e soluções. Ademais, no pluralismo jurídico, as normas estatais deixam de incidir de maneira vertical, para conviver no plano horizontal.

O centro do sistema jurídico apresenta grande dificuldade de compreender e se posicionar ante as transformações instauradas na sociedade de risco pós-moderna. Em sua maioria, os Tribunais insistem nos dogmas metafísicos difundidos pela Escola da Exegese e Jurisprudência dos Conceitos, a exemplo da completude do ordenamento e racionalidade do legislador.

Nos períodos anteriores, era crível a resolução das lides pelo sistema jurídico mediante o uso de suas próprias referências, a partir da autopoiese de 1º grau, situação denominada por Teubner de Direito Hipercíclico²⁴². Todavia, no século XXI as comunicações fragmentadas e transdisciplinares exigem que o Direito se socorra de outros conhecimentos, além dos essencialmente jurídicos.

Nesse ponto reside a dificuldade do centro do sistema jurídico, pois sua localização o afasta do contato de outros sistemas, ou seja, da capacidade de desenvolver a transdisciplinaridade e a dialética dos ramos do saber. Uma vez que o sistema não tem mais capacidade de apontar respostas prontas, os Tribunais não se demonstram capacitados, em regra, a demonstrar êxito na resolução das lides pós-modernas, pois sua forma de atuar prejudica o processo adequado de tomada de decisão.

Em contrapartida, o caso da periferia do sistema jurídico é amplamente distinto. Consoante afirma Délton Winter de Carvalho, para dominar e compreender as comunicações dinâmicas, complexas e pluralistas, é imprescindível contar com tecnologia e conhecimento específicos, extremamente desenvolvidos²⁴³.

De acordo com os conceitos sistêmicos, a periferia do sistema jurídico estaria teoricamente mais preparada a enfrentar essas formas de contingência. A transdisciplinaridade exigida, assim como a reprodução autopoietica de 2º grau podem ser mais naturalmente desempenhadas, em razão da proximidade com outros sistemas. O acesso e o processamento dos conhecimentos originários de outras áreas científicas são praticamente garantidos, pois o

²⁴² TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989. p. 206-20.

²⁴³ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 13-4.

apego às noções clássicas de Direito estão menos presentes na periferia, circunstância que propicia observações diferenciadas.

O CADE comprova as assertivas dos doutrinadores sistêmicos, enquanto organização localizada na periferia do sistema jurídico. A autarquia consegue se posicionar adequadamente perante o cenário de “*interlegalidade*”, pois em seus julgamentos faz uso de pesquisas econômicas, estudos sociológicos, e outras atividades transdisciplinares. O fato de a lei exigir que seus conselheiros tenham notório conhecimento jurídico ou econômico confirma a transdisciplinaridade e sua aptidão em realizar reproduções autopoieticas de 2º grau.

A sintonia do CADE ante a visão dos sistêmicos é ainda maior, na medida em que se constata o aspecto preventivo de suas ações e seu modo particular de raciocinar. Partindo do princípio de que os casos originários da pós-modernidade são inéditos em sua maioria, os efeitos e riscos inerentes tornam-se imensuráveis, Teubner sustenta o exercício do controle preventivo²⁴⁴ pela ciência jurídica, especialmente dos fatos aptos a ocasionar danos de grande repercussão. Tratam-se basicamente de ações anteriores à existência do dano propriamente dito

Délton Carvalho desenvolveu a teoria do risco abstrato justamente para orientar o Direito frente à necessidade de ações preventivas na sociedade de risco. As ações do CADE foram observadas a partir desses paradigmas teóricos. O exame apontou o sério comprometimento da autarquia na realização de ações preventivas, pois a cada ato de concentração, são mensurados, na medida do permitido pela capacidade científica, os possíveis efeitos das operações societárias. O CADE demonstrou também sua capacidade de aprendizagem, a ponto de instituir o APRO, por intermédio de seu Regimento Interno, com o fito de superar os limites da Lei n. 8.884/94, que lhe impõe a apreciação do ato de concentração posteriormente a sua celebração.

Inconteste o fato de que, caso aprovado o Projeto de Lei da Câmara n. 6/2009, o CADE terá muito mais êxito no desempenho de suas atividades preventivas, eis que o exame dos atos de concentração ocorrerá antes mesmo de sua celebração. Agilidade e dinamismo devem ser as principais qualidades das organizações inseridas na periferia, sendo a lei um instrumento indispensável para tanto. Luhmann já afirmava que o sistema jurídico deve ter

²⁴⁴ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989. p. 216.

leis compatíveis, do ponto de vista do risco e do perigo, com sua autopoiese, função específica e código²⁴⁵.

A análise das decisões proferidas pelo CADE e pela Justiça Federal, quando da apreciação do ato de concentração envolvendo as empresas Nestlé e Garoto, foi de grande valia, pois comprovou a validade e pertinência da grande maioria das conclusões extraídas ao longo da dissertação.

O conteúdo do entendimento manifestado pelo CADE, no sentido de reprovar a operação, somente foi pronunciado após o exame detido dos efeitos nocivos que a operação poderia acarretar. As particularidades específicas da operação adquiriram preponderância e foram a partir delas que surgiu a decisão, pois, como dito, a lei jamais poderia conceber uma resposta previamente.

Na resolução do caso, indubitavelmente, a autarquia processou informações de outras ciências, em uma evidente autopoiese de 2º grau. Os estudos econométricos, de mercado, as pesquisas junto ao consumidor e nos pontos de venda foram todos levados em consideração pela autarquia, na medida em que se valeu dos Pareceres do SDE e SEAE. O processo decisório do CADE corroborou as propostas sugeridas pelos doutrinadores sistêmicos, notadamente quanto à forma e capacidade das organizações da periferia do sistema jurídico de resolver litígios pós-modernos, revestidos de comunicações fragmentadas e transdisciplinares.

Em contrapartida, a dificuldade do centro do sistema jurídico restou latente. A sentença sequer analisou as possíveis extensões dos danos, atendo-se exclusivamente às questões de natureza processual, mediante uma visão formalista e abstrata. A apreciação de operações societárias desse porte e gênero, cujos impactos podem gerar danos irreversíveis, são incapazes de serem dimensionadas, tampouco resolvidas, por intermédio de uma autopoiese de 1º grau. Em nenhum instante vislumbrou-se qualquer preocupação ou atitude de caráter preventivo.

O cumprimento dos objetivos específicos ao longo da exposição propiciou o estabelecimento das premissas capazes de orientar a resposta ao problema principal da dissertação, consistente na identificação da forma com que o CADE deve agir quando da apreciação dos atos de concentração na sociedade de risco pós-moderna. Acredita-se que a resposta ao problema poderia valer para qualquer entidade ou organização, principalmente as localizadas na periferia do sistema jurídico, que no século XXI necessitem realizar ações

²⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Suhrkamp Verlag, 1993. Com edição em espanhol. LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. México: Universidade Iberoamericana, 2002. p. 639.

preventivas a partir de um raciocínio dialético, onde o Direito dialoga com outros conhecimentos.

Inicialmente, constata-se a tendência inevitável do Direito se desenvolver e adquirir maior importância nas organizações localizadas fora dos tradicionais centros de decisão, e que sua efetividade está condicionada a superação de dogmas nutridos ao longo da modernidade. Portanto, é imperioso que autarquias como o CADE superem a lógica do Direito Hiper-cíclico, inerente ao período anterior, a fim de adotar a dialética do Direito Flexível, consoante proposto por Gunther Teubner. Assim, o Direito pode adquirir dinamismo e permitir as contribuições das demais ciências.

Os aspectos das operações submetidas à apreciação do CADE impõem ações de cunho preventivo, direcionadas ao futuro. Então, o desafio primordial da autarquia, quando do exame dos atos de concentração, consiste na avaliação das consequências e efeitos futuros dos atos praticados no presente. O propósito é de evitar a ocorrência de danos, os quais tendem a repercutir de modo imprevisível nos mais diferentes sistemas sociais, independente de classe econômica, localização geográfica.

Conforme salientado, a resposta ao problema proposto pela dissertação foi sendo obtida gradativamente, no momento em que se demonstrou a validade da utilização da teoria dos sistemas, na análise histórica e sistêmica das diferentes formas de intervenção estatal na economia, na descrição da pós-modernidade, no exame da capacidade do centro e da periferia de processar comunicações fragmentadas. Mais ainda, quando as diversas propostas dos doutrinadores sistêmicos para o Direito no século XXI foram corroboradas pela atuação preventiva do CADE, na sua natural e originária capacidade de pensar no futuro e abandonar dogmas do Direito, como o fetiche em torno da lei e sua suposta capacidade de tudo resolver.

Os temas abordados ao longo da dissertação podem dar origem a diversas outras pesquisas. Com relação ao CADE, inúmeros outros julgamentos relativos à atos de concentração podem ser analisados. A título de exemplo, cite-se a operação societária que resultou na constituição da empresa multinacional AMBEV, fruto da fusão das maiores indústrias de bebida nacional.

Da mesma forma, o teor dos APROs celebrados entre o CADE e as entidades privadas, no que tange ao afastamento dos efeitos irreversíveis da operação, com vistas à efetividade de suas decisões, igualmente seria de enorme relevância. Outrossim, o estudo mais detido das vantagens do Projeto de Lei da Câmara n. 6/2009, relacionado à prevenção, comporta maiores reflexões e pesquisa.

Além do CADE, as ações de inúmeras outras autarquias poderiam ser examinadas. No trabalho, foram mencionados breves comentários referentes ao modo que a CVM se posiciona diante do risco, ao passo de exigir das empresas que negociem ações na BM&FBOVESPA, projeções quanto às possíveis contingências de suas atividades, a fim de manter os investidores informados. Sem sombra de dúvidas, valiosas lições poderiam ser extraídas a respeito.

Por fim, fazem-se cada vez mais necessárias pesquisas jurídicas destinadas a estudar a efetividade do Direito no século XXI. Na pós-modernidade, as ações preventivas desenvolvidas pelas entidades inseridas nas periferias do sistema jurídico representam condição *sine qua non* à redução da complexidade social. Espera-se que o trabalho tenha despertado a consciência dos leitores com relação a essas questões, a fim de que novas pesquisas sejam fomentadas.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BALDASSARE apud GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BRASIL. Acórdão Publicado no Diário Oficial da União em 16 fev. 2004.

BRASIL, Constituição (1824). **Carta de Lei de 25 de Março de 1824**. Brasília, DF: Fundação Projeto Rondon

BRASIL, Constituição (1934). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil - 16 de julho de 1934**. Brasília, DF: Fundação Projeto Rondon.

BRASIL, Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil - 10 de novembro de 1937**. Brasília, DF: Fundação Projeto Rondon.

BRASIL, Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil - 18 de setembro de 1946**. Brasília, DF: Fundação Projeto Rondon.

BRASIL, Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil - 14 de janeiro de 1967**. Brasília, DF: Fundação Projeto Rondon.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República federativa do Brasil - 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Ministério da Educação, 1989.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra, 2001.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORSI, Giancarlo; ESPÓSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre La Teoría Social de Niklas Luhmann**. Tradução em espanhol de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara, México: Anthropos, 1996.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico**. Curitiba: Juruá, 2000.

Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/a-bmfbovespa/download/Folder_NovoMercado.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2010.

Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/intros/intro-sobre-a-bolsa.aspx?idioma=pt-br>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2404040c100e0e2c06>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2b0b0d1319f7381221>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

Disponível em: <<http://www.risktech.com.br/PDFs/gerisubb.pdf> e <http://natura.foinvest.com.br/static/ptb/comites.asp>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

Empresas brasileiras devem R\$ 21 bilhões em multas. Disponível em:

<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateMidiaTextoThumb.aspx?idConteudo=126468&id_site=3> Acesso em: 30 jun. 2010.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica).** São Paulo: Malheiros, 2008.

KRETSCHMANN, Ângela. **História Crítica do Sistema Jurídico:** da prudência antiga à ciência moderna. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft.* Suhrkamp Verlag, 1993. Com edição em espanhol. LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad.** México: Universidade Iberoamericana, 2002.

_____. *Die Gesellschaft der Gesellschaft.* Suhrkamp Verlag, 1997. Com edição em espanhol. LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de La Sociedad.* México: Editorial Herder, 2007.

MARINS, Vinicius. **Direito concorrencial e concentração empresarial:** Aspectos atuais. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4566>>. Acesso em: 19 jun. 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de. A Jurisprudencialização da Constituição. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.** São Leopoldo: 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a realização da ordem constitucional e o povo! In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.** São Leopoldo: 2005.

MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo.** Coimbra: Centelha, 1973.

NEDEL, Antônio Carlos. **Uma Tópica Jurídica:** Clareira para a Emergência do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, em palestra proferida no “**II Colóquio de Jurisdição, Democracia e Processo**”. Organizado pelo PPG-Direito da Unisinos, em 29 set. 2009.

ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Observações sobre a observação luhmanniana. In: **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Sistema do Direito e Transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda a Autopoiese. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Tempo e Constituição. In: **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito de Concorrência e Obrigação de Contratar**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009.

SANDRONI, Paula. **Novíssimo Dicionário da Economia**. 2. ed. São Paulo: Best Seller, 1999.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. An Inquiry Into The Nature and Causes of The Wealth of Nations. Tradução: Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 2008.

STRECK, Lênio. Hermenêutica e Aplicação do Direito: Os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: 2006.

_____. **Hermenêutica Jurídica em Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989.

_____. Regimes de Produção Idiossincráticos: sobre co-evolução da economia e do direito nas varieties of Capitalism. In: **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: UNIMEP, 2005.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VENTURA, Deisy. **Monografia Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989.

_____. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: SAFE, 1995.

ZEMUNER, Adiloar Franco; SALERNO, Marília; SHIMAMURA, Emilim. **Fusões e Aquisições Como Meio de Recuperação Judicial de Empresas em Estado de Crise Econômico-Financeira**. Disponível em:
<http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Adiloar_Marília_Emilim_Fusões_Incorporações_Recuperação_Empresas_Crise_Econômico_Financeira.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2010.

APÊNDICE A - ENTREVISTA

Entrevista com o Sr. José Antônio Batista Ziebarth, São Paulo, 31/05/2010

- 1 No Poder Judiciário, muitos casos são idênticos, repetidos à exaustão. Então, muitas decisões já se encontram prontas e acabadas. Por vezes, perde-se a análise específica de cada caso concreto. Entendo que o CADE lida (quase sempre) com casos inéditos, onde as soluções não estão prontas e acabadas, devem ser construídas com as especificidades de cada caso concreto.

Resposta:

Tal fato deve-se ao fato de o CADE ser uma entidade muito recente. Há pouca jurisprudência. Além do mais, as questões são complexas, inéditas em sua maioria. Por outro lado, o direito de concorrência é ainda novo no âmbito jurídico.

Em outros países, já existe uma jurisprudência mais consolidada na área da concorrência (FTC e DOJ, nos EUA). Como exemplo, a discussão em torno da *essencial facilities*, baseia-se em uma decisão de 1912, no caso do Rio Mississippi. Um caso análogo no Brasil data de 2001.

- 2 Quais os critérios para a formação das Súmulas pelo CADE? Estão sendo muito utilizadas.

Resposta:

Os critérios são estabelecidos pelo Regimento Interno. Em síntese, é preciso a existência de pelo menos 10 casos que apontem decisões no mesmo sentido. São bastante utilizadas.

- 3 O fato de os problemas submetidos ao CADE serem transdisciplinares (envolvem conceitos de outras ciências), importa na necessidade de conhecimentos mais amplos por parte dos conselheiros, além dos essencialmente jurídicos?

Resposta:

Para ser Conselheiro, são necessários, além da reputação ilibada, conhecimentos jurídicos e econômicos, consta da atual Lei.

Alguns conselheiros do CADE tem uma formação baseada na filosofia do Direito, com Ronaldo Porto Macedo, Celso Campilongo, que realizaram uma importante interface entre Direito e Economia.

Formação atual: são 7 conselheiros, sendo 6 conselheiros e um 1 presidente. Desses, 2 economistas e 5 advogados.

Foram criados 4 grupos técnicos: de regulação, de relações internacionais, de negociação e de economia. Integrados pelos conselheiros e pelo corpo técnico. A idéia é que tenham certa independência frente ao CADE.

Nomeação dos conselheiros, em função dos critérios de escolha (nomeado pelo Executivo e sabatinado pelo legislativo federal). Importante, pois tem o crivo de duas esferas. Há uma redução da discricionariedade da escolha pelo Executivo.

- 4 Os problemas submetidos ao CADE e suas decisões surtem efeitos em vários setores da sociedade? Gostaria de tratar da forma como são avaliados e dimensionados os problemas e os efeitos das decisões. Exemplos.

Resposta:

O CADE regula a concorrência em todos os setores da economia, como também em operações internacionais cujos efeitos dão-se no Brasil. A repercussão das decisões afetam os mais diferentes setores produtivos, como siderurgia e energia, até chegar aos setores finais, o mercado de consumo. Os impactos das decisões dão-se nos mais diversos setores, seja diretamente ou indiretamente.

Muitos problemas também adquirem repercussão internacional, então se faz acordo com autoridades de outros países. Busca-se provas em esferas global, foi feito um convênio com autoridades globais, como no Cartel das Vitaminas.

- 5 Muito se fala que no Poder Judiciário, os juízes ficam distantes das partes. Gostaria de tratar acerca da aproximação do CADE frente às partes envolvidas em um julgamento. Dos muitos acordos que são feitos.

Resposta:

Há essa aproximação, é um processo bem diverso do Poder Judiciário. A aproximação é bastante presente, há uma série de instrumentos que propiciam essa aproximação, como o Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e o Termo de Compromisso de Desempenho (TCD). Nesses casos, o ente privado vai ao CADE, por iniciativa

própria, afim de regularizar sua conduta e por fim ao processo. São muito válidos, pois geram redução do custo social, tanto pela Administração Pública, como pelos entes privados.

Nos casos de elaboração de acordo, é feito o acompanhamento de seu cumprimento, seja pela comissão, seja pela procuradoria do CADE.

Na prática, tem-se observado o cumprimento dos acordos na maioria das vezes.

- 6 A tríade da responsabilidade civil é baseada em ato ilícito, dano e nexo causal. Diante da existência dessas 3 condições, surge o dever de indenizar. Entendo que o CADE se antecipa à existência do dano, mediante uma ação preventiva, com o fito de minimizar riscos. Gostaria de debater com o Sr. essa questão. Segundo a Teoria dos Sistemas, especialmente na visão de Teubner, tal forma de agir é essencial no cenário pós-moderno. Há como fornecer exemplo de decisão nesse sentido?

Resposta:

O CADE prima pela atuação preventiva. É uma de suas três esferas de atuação (preventiva, repressiva e educativa).

Preventiva - No exame das operações societárias.

Exs.: Garoto-Nestle, Kolinós-Colgate, AmBev.

Exs.: a serem julgados: Itaú Unibanco, Sadia Perdigão, Oi e Brasil Telecom.

Hoje, o exame preventivo se dá após a celebração dos contratos empresariais. Então, a análise gera uma certa insegurança jurídica. Então foi criado o APRO (Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação), para propiciar uma maior reversão do que eventualmente já tenha sido feito em decorrência da operação societária. Tem sido muito utilizado.

No Projeto de Lei n. 6/2009, há a previsão de análise das operações societárias antes da efetiva celebração. Tal fato ocasionará maior efetividade e segurança na minimização de riscos.

Com tal Projeto, pretende-se unir as entidades de concorrência, fato que se verifica em quase todos os países. Unir o SDE, CADE SAE, mediante o Super CADE, para dar mais celeridade ao trâmite processual, uma redução do tempo de análise (Projeto de Lei 6/2009, antes era o Projeto de Lei 3937/2005).

Independente, o CADE tem batalhado por uma segurança maior, por uma redução dos riscos, afim de dar maior previsibilidade, evitando-se a discricionariedade. Tanto é

assim que estão sendo emitidas Súmulas. Mas o desafio é grande em face das contingências do cenário econômico.

Repressiva – Investigação das práticas lesivas, quando os eventuais danos já estão se verificando.

Educativa – difusão da cultura da concorrência, CADE nas Universidades.

- 7 Muito se fala a respeito da necessidade de superar o teor das leis positivas quando do julgamento de matérias muito complexas. Que o direito positivo não seria capaz de regular todas as questões. Então, gostaria de saber se o CADE necessita superar os limites do direito positivo, a letra fria da lei, valendo-se de outras fontes de regulação, outras fontes que possam auxiliar no julgamento dos processos, como a Teoria dos Jogos?

Resposta:

Sim, especialmente porque muitas questões não são tratadas na legislação justamente por serem novas e complexas. A lei não dá o fundamento necessário para orientar a decisão, por vezes não é a lei o principal fundamento.

Os julgamentos baseiam-se na observação dos fatos que estão ocorrendo na realidade, mediante a análise de estudos econômicos, pesquisas efetuadas pelo IBOPE, para ver a opinião do consumidor, como no caso AMBEV, em que se pesquisou a vontade dos consumidores, do mercado, dos concorrentes, tudo dependendo do setor. No caso da Oi BRT, foram consultados os concorrentes.

Também se faz pesquisas econométricas, análise de dados estatísticos, referente às características específica de cada mercado, capacidade do mercado, possibilidade de expansão, números de concorrentes, área geográfica.

O intuito sempre é de agregar a concorrência, qualificá-la, gerar produtos mais benéficos ao consumidor.

Entende que é necessária a promoção de estudos empíricos, para uma aproximação do Direito da sociedade civil. Isso dá mais robustez às decisões, seja para corroborar a lei e a doutrina, seja para contrariá-la.

Foi feito um estudo de todas as decisões do CADE que foram submetidas ao Judiciário, foram analisadas todas as questões, o que tem permitido uma avaliação mais concreta da compreensão do Poder Judiciário sob a defesa da concorrência.

Assim, pode se verificar onde se centra a análise do Judiciário, nas preliminares, no mérito, na sua intuição natural.

- 8 Gostaria de debater acerca da utilização da Teoria dos Jogos quando dos julgamentos dos casos. Quem iniciou a utilizar a Teoria pelo CADE? Se é bem aceita? Qual sua utilidade específica?

Resposta:

É utilizada por certos conselheiros, dependendo do caso. Não é algo uníssono. Tem alguns precedentes, equilíbrio de Nash. Além de outras teorias econômicas.

- 9 Uma crítica que se faz ao Poder Judiciário centra-se no fato de que muitas vezes não há preocupação com relação à efetividade de suas decisões. Que uma vez proferida a decisão, encerra-se a atividade do Juiz. Gostaria de saber de que forma o CADE se preocupa e analisa os efeitos e a efetividade de suas decisões na sociedade? Se há a possibilidade de serem revistas?

Resposta:

Independente de o CADE aprovar uma operação societária é feita uma análise da conduta dos atores após a aprovação. Pode-se aprovar a contratação, mas acompanha-se a conduta. Não é criada uma isenção diante de um ato de concentração. Ex. Caso AmBev, foi aprovada a fusão, mas foi condenada no ano passado, em face de acordos de exclusividade, de fidelidade. No caso, o CADE aplicou multa no valor de R\$ 352 milhões de reais.

Esse acompanhamento se dá também pela Procuradoria, pelos concorrentes. No caso da AMBEV, referente à fidelidade, as cervejarias Schincariol e Teresópolis foram ao CADE e denunciaram a prática ilegal.

Há que se ter uma atuação e fiscalização por parte da sociedade civil, especialmente nas instituições de defesa do consumidor.

É Necessário incentivar a cultura da concorrência pela sociedade civil. O IDEC recebe lista dos casos julgados pelo CADE.

Por vezes, quando é proferida uma decisão, pode ser feito um ajuste de conduta, até mesmo *ex officio*.

APÊNDICE B – E-MAIL PROFESSOR CAMPILONGO

-----Mensagem original-----

De: Juliano Teixeira [mailto:juliano@jttadvogados.com.br]

Enviada em: terça-feira, 31 de março de 2009 12:02

Para: campilongo@campilongo.com.br

Assunto: Mestrando Direito Unisinos

Prezado Professor Campilongo Bom dia! Meu nome é Juliano Puchalski Teixeira, sou Mestrando em Direito da Unisinos - São Leopoldo/RS, e orientando do Professor Leonel Severo Rocha.

Primeiramente, muito prazer em conhecê-lo.

Bem, em minha dissertação, vou analisar, a partir da Teoria Sistêmica, o funcionamento do CADE, notadamente seu processo decisório.

Tomo a liberdade de consultá-lo diante de seu notável conhecimento a respeito do tema.

No primeiro capítulo, pretendo descrever o CADE segundo a teoria sistêmica. Para tanto, estou lendo, dentre outras obras, o seu livro "Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial".

Confesso que ainda não cheguei a uma conclusão.

Tenho dúvidas se o CADE (i) seria um Tribunal (centro) do sistema jurídico, (ii) ou se seria um sistema autônomo, por desempenhar função infungível.

Nesse último caso, o CADE desempenharia uma função específica, a partir de um campo de observação próprio, originado da norma que o criou e que permitiu o acoplamento estrutural do sistema jurídico e econômico (talvez do político também). Do acoplamento, foram criadas as condições para a interdisciplinaridade de ambas as disciplinas e o surgimento de um novo sistema, com função própria e destinado a reduzir a complexidade.

Do contrário, sendo o Cade um Tribunal do sistema jurídico, vislumbro que como centro de tal sistema, estaria muito aberto cognitivamente, sujeito a irritações de outros sistemas, como o político e o econômico. O que não seria viável ao centro de qualquer sistema, por ser mais fechado operacionalmente.

Em suma, são essas as questões que pretendo abordar no primeiro capítulo. Após, pretendo analisar a descrever a forma com que o CADE exerce suas atividades, notadamente seu processo decisório.

Face ao exposto, gostaria de saber: (i) como o Sr. descreveria o CADE, sob a perspectiva sistêmica, e (ii) se o Sr. poderia me indicar artigos que tratem desse tema específico e também me informar seus mais recentes artigos sobre a Teoria Sistêmica.

Um forte abraço e desde já muito grato por sua atenção, do seu novo e humilde leitor

Juliano Puchalski Teixeira

----- Original Message -----

From: Campilongo

To: 'Juliano Teixeira'

Sent: Tuesday, March 31, 2009 1:28 PM

Subject: RES: Mestrando Direito Unisinos

Caro Juliano,

Há muito a dizer sobre as tuas questões. Inicialmente, aconselharia a leitura de algumas coisas do Luhmann sobre a relação entre Direito e Economia, particularmente a passagem de “A Economia da Sociedade” que trata das noções de mercado e competição (existe tradução provisória para o italiano) e a obra “Organização e Decisão”, especialmente a tradução italiana, melhor do que a espanhola. Isso se você não for leitor de alemão. Outras referências podem ser encontradas no programa de pós que estou oferecendo neste semestre na PUC-SP (incluso).

A Lei 8884 afirma que o CADE desempenha função “jurisdicional”. Isso é questionável, em razão do Direito brasileiro estar organizado com base no princípio da unicidade da jurisdição. Apesar de não ocupar o “centro”, seguramente o CADE opera no interior do sistema jurídico. De qualquer modo, meu entendimento é o de que o CADE é órgão de aplicação do direito. Basicamente, o CADE faz duas coisas: (i) autoriza (ou não) fusões e concentrações – artigo 54; reprime (ou não) condutas anticoncorrenciais – artigos 20 e 21. Não há discricionariedade técnica ou política em nenhum desses procedimentos. Tanto que toda a matéria decidida pelo CADE pode ser rediscutida, inclusive quanto ao mérito, no Judiciário. Por maior que seja a abertura do CADE ao conhecimento da economia ou às operações do sistema econômico, a decisão do CADE é, fundamentalmente, jurídica. Mercado é ambiente interno do sistema econômico. Competição é estrutura desse sistema. O direito antitruste oferece prestação muito relevante do sistema jurídico ao econômico: manutenção desse ambiente e dessa estrutura. O que deve operar, no CADE, é comunicação sobre o lícito e o ilícito. Suas operações não são econômicas, ainda que a matéria objeto da decisão jurídica seja a economia.

Publiquei, ultimamente, alguns artigos e prefácios tangenciando esses temas, são eles:

Prefácio ao livro Direito Econômico, de Fernando Aguillar (Atlas)

Prefácio à segunda edição do livro Estado de Perigo no Código Civil, de Fernando Martins (Saraiva)

Prefácio ao livro Direito da Concorrência e Obrigação de Contratar, de Patrícia Sampaio (Campus)

Artigo no livro Direito Tributário, organizado por Luis Eduardo Schoueri (Quartier Latin)

Artigo no livro Serviços Públicos e Direito Tributário, organizado por Heleno Torres (Quartier Latin)

Abraço,

Celso Campilongo

----- Original Message -----

From: Juliano Teixeira

To: Campilongo

Sent: Wednesday, April 01, 2009 9:09 AM

Subject: Re: Mestrando Direito Unisinos

Caro Professor Campilongo

Muitíssimo obrigado por suas preciosas lições e pela atenção dispensada.

O professor Leonel também me indicou esses textos do Luhmann. Por enquanto, já li alguns mas ainda não os que me indicaste.

Vou me dedicar nas próximas semanas a essas leituras e depois tomo a liberdade de lhe contatar novamente.

Mais uma vez muito obrigado.

Um abraço

Juliano