

A política antitruste no projeto constituinte - 2

FOLHA DE SÃO PAULO

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI

ANC P A 18

- 4 SET 1987

Nem o monopólio, nem o oligopólio, nem o cartel são figuras a serem, só por si, combatidas, nada tendo de condenáveis. A simples presença do poder econômico máximo no mundo econômico moderno, que não pode prescindir de diversos graus de concentração empresarial, não basta à repressão. Por outro lado, não se pode esquecer que muitas vezes o monopólio e o oligopólio são o resultado da qualidade dos produtos, da eficiência, do avanço tecnológico e da inventividade, do aperfeiçoamento da administração ou da tradição. Em suma, a legislação antitruste é irrelevante o poder de mercado em si mesmo, tratando, sim, de impedir que este resulte em práticas predatórias ou restritivas da concorrência.

Pelo mesmo motivo, embora tradicional, imprópria é a referência aos abusos do poder econômico. A lei deve obstar qualquer conduta ou resultado anticompetitivo, seja ele resultado ou não do poder econômico. Nem sempre é preciso a uma empresa ser titular desse poder para conduzir-se de forma contrária aos princípios da livre concorrência. Por vezes, aspectos meramente circunstanciais, tais como questões geográficas ou mercadológicas, possibilitam

o abuso. Isto para não mencionar o poder tecnológico que não se associa necessariamente ao poder econômico, de que é bom exemplo parcela significativa da indústria de informática.

Completando o rol de imprecisões, admite o projeto que a Constituição excepcione, expressamente, não só monopólios, mas também oligopólios, cartéis e mesmo formas de abuso do poder econômico!

O texto constitucional há de ser suficientemente elástico, isento de paixões ideológicas ou demagógicas, de modo a assegurar sua permanência no tempo. Pelo mesmo motivo, não pode prender-se a "standards" rígidos, a exemplo da Carta Constitucional vigente, que exige a verificação de resultados de "dominação de mercado", "eliminação de concorrência" ou "aumento arbitrário de lucros". O mercado é demasiadamente multifacetado para que se tenha a pretensão de cercá-lo com padrões herméticos. Por mais flexíveis que sejam as definições dos referidos "estados", diversas são as hipóteses de condutas ou resultados anticompetitivos que neles não se enquadram, salvo mediante exasperantes exercícios de hermenêutica.

Mais, as constituições brasileiras

que dedicaram espaço ao tema sempre foram omissas quanto ao órgão executor da política antitruste nacional, quanto às suas características, garantias de atuação e controle social de seus atos. A omissão o tem sujeitado aos humores da política, impedindo seu verdadeiro funcionamento.

Não se pode deixar de notar que tal indefinição torna-o vítima de toda sorte de pressões, não só oriundas de poderosos interesses comerciais e políticos contrariados, como também daqueles que dele querem se utilizar para manter indevidos privilégios e proteção artificiais em detrimento da sociedade como um todo. O órgão, deve, portanto, ter assegurada sua autonomia e imparcialidade —até mesmo em relação ao próprio Estado, frequentemente atacado pelo vírus da politicagem e do clientelismo, quando não pelo mal maior da corrupção e do autoritarismo. Não só deve-se garantir-lhe autonomia política, financeira e administrativa, mas também habilitá-lo a impedir o abuso de onde quer que proceda, não sendo incomum que o excesso tenha por fonte entidades componentes do próprio Estado. As práticas ilegítimas atentatórias contra o direito coletivo da livre concorrência não de

ser detectadas é tratadas de forma transparente, firme e destemida, sujeito, apenas, aos controles de legitimidade, moralidade e legalidade. Aliás, tais mecanismos de controle são igualmente imprescindíveis, posto que a autonomia desejável não pode resultar na formação de feudos de arbitrariedade, por vezes ofensivos à própria moralidade pública.

Assim sendo, toma-se a liberdade para sugerir emenda ao texto do projeto constitucional, retirando-o do atual art. 229, de modo a traduzir-se em preceito específico consolidador do pensamento acima exposto, a saber:

“Art. — A lei definirá e, por meio de tribunal administrativo dotado de plena autonomia, previnirá e reprimirá as práticas ilegítimas restritivas da concorrência e os abusos de posição dominante.

E claro que a referência final ao controle judicial, preservador da inviolabilidade dos direitos individuais, há de ser adaptada à sua derradeira ubicação.”

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI, 38, advogado, é pós-graduado em Direito Internacional e Direito Penal-Econômico pela Faculdade de Direito da USP.