



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

**DA INTERVENÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NO ÂMBITO DO DIREITO
CONCORRENCIAL**

RONALDO FELIPE ROLIM NOGUEIRA

FORTALEZA - CEARÁ

NOVEMBRO DE 2010

RONALDO FELIPE ROLIM NOGUEIRA

**DA INTERVENÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NO ÂMBITO DO DIREITO
CONCORRENCIAL**

Monografia submetida à apreciação da Banca Examinadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Concorrencial

Orientador: Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias

FORTALEZA - CEARÁ

NOVEMBRO DE 2010

RONALDO FELIPE ROLIM NOGUEIRA

**DA INTERVENÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NO ÂMBITO DO DIREITO
CONCORRENCIAL**

Curso de Graduação em Direito

Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora:

João Luís Nogueira Matias

Germana de Oliveira Moraes

Daniel Gomes de Miranda

“Se não há concorrência, possivelmente não há mercado”

Brian Wood

A meus pais, Carmen Lília Rolim Nogueira e Ronaldo Felipe de Oliveira Nogueira, por serem o arrimo de tudo o que fiz e consegui na minha vida, bem como a mola propulsora daquilo que pretendo atingir.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, por todas as graças alcançadas em minha vida por seu intermédio e por todas as pessoas maravilhosas que coloca em meu caminho para a realização de seus perfeitos desígnios.

A meus pais, Carmen Lília Rolim Nogueira e Ronaldo Felipe de Oliveira Nogueira, meus grandes exemplos de vida, meus maiores incentivadores e entusiastas, pelo amor que sempre dedicaram a mim em cada dia da minha vida e por terem envidado todos os esforços possíveis para que eu tivesse acesso a uma educação de qualidade, levando-me a ser o que hoje sou.

Agradeço também a meu irmão, Ítalo Rolim Nogueira, pelas palavras e gestos de apoio durante todos estes anos.

A minha avó, Neide Gomes Rolim Ribeiro, pelo constante carinho e estímulo à minha caminhada no Direito.

A todos os meus familiares, que sempre torceram por mim.

A Deborah Cavalcante Bezerra Magalhães, namorada e amiga, que sempre esteve a meu lado, aconselhando-me nos momentos mais difíceis por que passei e sorrindo junto a mim a cada vitória conquistada nesta empreitada.

A todos os meus amigos, pelo incentivo e pelos momentos de descontração.

Agradeço também aos membros da Banca Orientadora. Ao Professor João Luís Nogueira Matias, pela orientação neste trabalho. À Professora Germana de Oliveira Moraes e ao Professor Daniel Gomes de Miranda, pelas valiosas contribuições e ensinamentos.

RESUMO

Este trabalho procura abordar os aspectos jurídicos e econômicos que envolvem a intervenção do Estado brasileiro no Direito Concorrencial. Para isso, analisa as bases constitucionais da ordem econômica, discorrendo sobre o conceito de Constituição Econômica e seus princípios. Trata, também, da concorrência como instituto jurídico, abordando suas diferentes concepções e sua evolução legislativa, desde a época do Brasil-colônia até os dias atuais. Não obstante, faz-se o exame das justificativas para a regulamentação da concorrência, enfocando o papel das inovações e da eficiência na competitividade empresarial, analisando, inclusive, as políticas norte-americanas de defesa da concorrência. Verificam-se, inclusive, os modos de intervenção do Estado no domínio econômico, os limites constitucionais dessa intervenção e aborda a relação entre concorrência e agências reguladoras. Ainda, discorre sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, seus órgãos e seu modo de atuação.

Palavras-chave: Direito Concorrencial. Intervenção. Economia. Constituição Federal de 1988. Concorrência.

ABSTRACT

This paper seeks to broach the legal and economic aspects involving state intervention in the Brazilian Competition Law. It analyzes the constitutional basis of the economic order, discussing the concept of Economic Constitution and its principles. It deals, too, with competition as a law institute, addressing its different conceptions and its legislative development since the days of colonial Brazilian time until today. Nevertheless, it examines the justifications for regulation of competition, focusing on the role of innovation and efficiency in business competitiveness, reviewing the United States policy to protect competition. It also analyzes the ways of state intervention in the economic domain, its constitutional limits and addresses the connection between competition and regulatory agencies. Finally, it broaches the Brazilian System for Protection of Competition, its organs and its way of operation.

Keywords: Competition Law. Intervention. Economy. Brazilian Federal Constitution of 1988. Competition.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 5 |
| 1. BASES CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA..... | 7 |
| 1.1. Constituição Econômica e seus princípios..... | 10 |
| 1.1.1. Ideia de Constituição Econômica..... | 11 |
| 1.1.2. Princípios da Constituição Econômica formal..... | 13 |
| 1.1.2.1. Da liberdade de iniciativa econômica..... | 18 |
| 1.1.2.2. Da livre concorrência e abuso do poder econômico..... | 21 |
| 2. A CONCORRÊNCIA COMO INSTITUTO JURÍDICO..... | 24 |
| 2.1. Abordagem doutrinária do direito econômico da concorrência..... | 26 |
| 2.2. As diferentes concepções do Direito Concorrencial..... | 28 |
| 2.3. Legislação concorrencial no ordenamento jurídico brasileiro..... | 32 |
| 2.3.1. Evolução legislativa..... | 33 |
| 2.3.2. A ordem econômica na Constituição de 1988..... | 41 |
| 2.3.3. Legislação ordinária..... | 43 |
| 2.3.4. A Lei nº. 8.884/1994: disposições gerais..... | 44 |
| 2.4. O direito concorrencial na Constituição..... | 47 |
| 3. JUSTIFICATIVAS PARA A REGULAMENTAÇÃO DA CONCORRÊNCIA..... | 50 |
| 3.1. As vantagens competitivas no processo concorrencial..... | 51 |
| 3.2. O papel das inovações na competitividade..... | 52 |
| 3.3. A eficiência..... | 54 |
| 3.4. As escolas norte-americanas de políticas de defesa da concorrência..... | 58 |
| 3.4.1. A política antitruste pela escola de Harvard..... | 58 |
| 3.4.2. A política antitruste pela escola de Chicago..... | 60 |
| 3.5. A política industrial..... | 61 |
| 3.6. Atuação estatal e concorrência..... | 66 |
| 3.6.1. Principais teorias..... | 68 |
| 3.6.1.1. “ <i>State Action Doctrine</i> ”..... | 68 |
| 3.6.1.2. “ <i>Persuasive Power Doctrine</i> ”..... | 70 |
| 3.6.2. O poder regulamentar e o direito concorrencial..... | 71 |

| | |
|--|-----|
| 4. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO..... | 75 |
| 4.1. Relação entre Direito e Economia..... | 76 |
| 4.2. Conceito de atividade econômica na Constituição de 1988..... | 80 |
| 4.3. Os limites constitucionais da intervenção do Estado na ordem econômica..... | 82 |
| 4.4. Modos de intervenção do Estado no domínio econômico..... | 86 |
| 4.4.1. A intervenção direta..... | 88 |
| 4.4.2. A intervenção indireta..... | 89 |
| 4.5. As agências reguladoras e as relações de concorrência..... | 91 |
| 5. O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA..... | 93 |
| 5.1. O SBDC..... | 93 |
| 5.2. O CADE..... | 95 |
| 5.3. A SEAE..... | 96 |
| 5.4. A SDE..... | 97 |
| 5.5. Casos de condutas..... | 98 |
| 5.6. Atos de concentração..... | 99 |
| 5.7. O SBDC e as agências reguladoras..... | 101 |
| 5.8. Advocacia da concorrência..... | 103 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 106 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 109 |

INTRODUÇÃO

A experiência recente, tanto no país quanto no exterior, vem mostrando que a competição é seguramente a melhor maneira de produzir indústrias dinâmicas e inovadoras, capazes de atender às necessidades dos consumidores e competir em mercados globalizados. Entretanto, em alguns casos, faz-se necessário corrigir falhas de mercado e a regulação econômica apresenta-se como a melhor maneira de servir a interesses públicos mais amplos.

Nessas situações, devem ser propostas regras para melhorar, e não substituir, o livre funcionamento dos mercados em ambientes competitivos. Tendo por base essa afirmação, a regulação procura simular os efeitos da concorrência, visando a promover e incentivar uma maior oferta de produtos e serviços à sociedade, com qualidade e a custos cada vez menores em virtude de avanços de produtividade, que serão refletidos em preços também menores para os consumidores.

A justificativa para o presente estudo baseou-se no entendimento de que, por um lado, a importância da política de defesa da concorrência é crescente, tendo em vista a expansão frequente e contínua dos mercados e empresas, o que impõe a necessidade de uma ordem econômica eficaz no papel de preservar a eficiência e o bem-estar econômico dos mercados. Por outro lado, pela constatação de que a experiência antitruste brasileira é relativamente recente, pois ainda não se conhece, na prática, como, quais e em que níveis de limitação os conceitos e instrumentos econômicos disponíveis são aplicados no momento de análise dos casos de sua competência.

A legislação antitruste pátria vem a dar concretude a alguns dos princípios constitucionais que conformam a ordem econômica, tais como a livre iniciativa, a livre concorrência e a repressão ao abuso de poder econômico. Além de representar uma peça-chave do ambiente jurídico-institucional em que se desenvolve a atividade econômica nos mercados, sua aplicação exige a difícil harmonização entre outros princípios e valores igualmente assegurados pela Constituição Federal de 1988.

Este trabalho analisa a disciplina jurídica da concorrência no Brasil, enfocando aspectos da Lei nº. 8.884/1994 e da sua aplicação a respeito do controle da concentração econômica. Em se tratando de uma matéria que adquiriu eficácia em um período

relativamente recente – embora estivesse presente no ordenamento jurídico nacional há algumas décadas – a operacionalização dessas regras, dotadas de abertura e flexibilidade, suscita curiosidade especialmente por representar uma inovação em relação às figuras jurídicas tradicionais. No caso brasileiro, o arcabouço institucional estruturado nos anos 1990 para atender os problemas concorrenciais acompanhou as tendências mais contemporâneas seguidas pelas instituições dos países desenvolvidos. Este fato, para alguns, significou motivo de preocupação, levantando questionamentos sobre a viabilidade e conveniência de países em estágio menos avançado de desenvolvimento industrial a adotarem instituições que, logo de início, tomassem uma forma que nos países desenvolvidos levaria muito tempo para ser construída.

Pelo exposto, a organização do presente estudo apresenta, no primeiro capítulo, as bases constitucionais da ordem econômica, discorrendo sobre o significado de constituição econômica e seus princípios, como a liberdade de iniciativa econômica e a livre concorrência.

No segundo capítulo, há uma abordagem sobre direito concorrencial no campo doutrinário, tratando sobre suas diferentes concepções e sobre sua evolução legislativa no Brasil até a Lei nº. 8.884/1994.

O terceiro capítulo, por sua vez, é composto pelas principais fundamentações teóricas que estão presentes na aplicação da prevenção antitruste, com uma breve menção a respeito da influência das escolas de Harvard e de Chicago na Política de Defesa da Concorrência (PDC) e a questão da atuação estatal e seu poder regulamentar.

O quarto capítulo irá tratar propriamente da intervenção do Estado no domínio econômico, discorrendo sobre os limites constitucionais existentes para esta intervenção e sobre os modos de atuação do Estado na economia.

No quinto capítulo, há uma descrição sobre o funcionamento geral do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC – e um estudo sobre os três órgãos que o compõem. Neste capítulo, permite-se uma visão institucional do SBDC, além de sua relação com as agências reguladoras.

Por fim, no sexto capítulo encontram-se as considerações finais do presente trabalho.

1. BASES CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

As bases constitucionais do sistema econômico nacional encontram-se nos arts. 170 a 192, compreendidos em quatro capítulos: um sobre os princípios da atividade econômica, outro sobre a política urbana, um terceiro sobre a política agrícola e fundiária e sobre a reforma agrária, e um quarto sobre o sistema financeiro nacional.

Neste capítulo cuidaremos do sentido de Constituição Econômica e dos princípios da atividade econômica, tomada aqui a palavra “princípios” mais no sentido de fundamentos da ordem econômica do que apenas normas-síntese informadoras do sistema, mas também destas.

Tratando propriamente do tema em análise, a ordem econômica adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as Constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a consignar princípios e normas sobre a ordem econômica, sob a influência da Constituição alemã de Weimar.

Isso não quer dizer que, nessa disciplina, se colhe necessariamente algum tipo de socialização. Não. Aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, uma vez que se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170).

Isto caracteriza o modo de produção capitalista, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica, porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo, que é a apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção.

A atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. E isso tem efeitos especiais porque importa em impor condicionamentos à atividade econômica, do que derivam os direitos econômicos que consubstanciam o conteúdo da Constituição Econômica. Mas daí não se conclui que tais efeitos beneficiem as classes populares. Sua função consiste em racionalizar a vida econômica, com o que se criam condições de expansão do capitalismo monopolista, se é que tudo já não seja efeito deste.

Partindo agora para a questão dos elementos sócio-ideológicos, José Afonso da Silva¹ os define como sendo “o conjunto de normas que revela o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado liberal e o Estado social intervencionista.” Ainda segundo o autor, o primeiro firmou a restrição dos fins estatais, consagrando uma declaração de direitos do homem, como estatuto negativo, com a finalidade de proteger o indivíduo contra a usurpação e abusos do poder, enquanto o segundo busca suavizar as injustiças e opressões econômicas e sociais que se desenvolveram à sombra do liberalismo.

Esse embate entre o liberalismo, com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo repercute nos textos das Constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernente tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O conjunto desses princípios forma o chamado conteúdo social das constituições.

Entretanto, é justo reconhecer que, nessa luta, as reivindicações sociais mal conseguem introduzir-se nas cartas constitucionais. Poucas têm conseguido firmar-se como normas plenamente eficazes. Muitas são traduzidas nos textos supremos apenas em princípio, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as normas constitucionais de princípio programático.

Apesar disso, elas são normas de grande importância porque procuram dizer qual o caminho e como percorrê-lo, buscando atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico. Essa característica teleológica confere-lhes relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, tendente a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social.

Revela, desse modo, um compromisso apenas entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de justiça social. Consubstanciam os direitos econômicos e sociais, embora nem sempre com eficácia capaz de atender ditas reivindicações de maneira satisfatória. Apesar disso, pode-se afirmar que, assim

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

como as declarações dos direitos do homem do século XVIII postularam a realização dos valores jurídicos da segurança, da ordem e da certeza, as declarações constitucionais dos direitos econômicos e sociais, reveladas nesses elementos sócio-ideológicos, pretendem a realização do valor-fim do Direito: a justiça social.

A Constituição de 1988 declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Isso significa, em primeiro lugar, que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, já que a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar, significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.

Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil, conforme previsto no art. 1º, IV da Constituição Federal.

A ordem econômica, segundo a Lei Magna pátria, tem por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados os princípios do art. 170, *caput*. Entretanto, a ordem econômica, configurada na Constituição, prevê apenas algumas medidas e princípios que poderão sistematizar o campo das atividades criadoras e lucrativas e reduzir as desigualdades e anomalias diversas, na proporção em que as leis se converterem em instrumentos reais de correção das contradições de interesses privados.

Assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social não é tarefa fácil num sistema de base capitalista. Isso porque a justiça social se realiza mediante equitativa distribuição da riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de uma minoria afortunada.

Algumas providências constitucionais formam um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impõe e

obriga que todas as demais regras da Constituição Econômica sejam entendidas e operadas em função dela.

Um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria. O reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não teve a eficácia necessária para equilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas.

A Carta de 1988 é ainda mais incisiva, dando à justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios da ordem econômica, como a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades regionais, que possibilitam a compreensão de que o capitalismo há de humanizar-se. Traz, por outro lado, mecanismos na ordem social voltados à sua efetivação. Tudo, portanto, depende da aplicação das normas constitucionais que contêm essas determinantes, esses princípios e esses mecanismos.

1.1. Constituição Econômica e seus princípios

Introdutoriamente, consideremos que a existência, no ordenamento jurídico, de determinados princípios que, embora não anunciados em nenhum texto de direito positivo, desempenham papel de importância definitiva no processo de interpretação e aplicação do direito é inquestionável.

Sabe-se que o Direito é um sistema que compõe-se de princípios explícitos, recolhidos no texto da Constituição ou da lei; de princípios implícitos, inferidos como resultado da análise de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de textos normativos da legislação infraconstitucional; e de princípios gerais de direito, também implícitos, coletados no direito pressuposto, qual o da vedação do enriquecimento sem causa.²

Tendo por base a síntese imediatamente acima enunciada, esta se presta a auxiliar a interpretação e aplicação da ordem econômica na Constituição de 1988. É que

² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

cada direito não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência, que repousam precisamente sobre os seus princípios. Daí a importância destes e, por esse motivo, a interpretação da Constituição (e da Constituição Econômica) é dominada pela força dos princípios. Além disso, cabe lembrar que o Direito existe em função da sociedade e não a sociedade em função dele.

1.1.1. Ideia de Constituição Econômica

Inicialmente, cabe afirmar que a doutrina ainda não firmou orientação segura sobre o tema. Reconhecemos valor ao conceito de Constituição Econômica, desde que não pensemos que as bases constitucionais da ordem econômica é que definem a estrutura de determinado sistema econômico, pois isso seria admitir que a Constituição formal, uma superestrutura, constitua a realidade material, consubstanciada numa Constituição material (infra-estrutura). Entretanto, não se trata também de aceitar um determinismo econômico mecânico sobre a realidade jurídica formal, pois, se esta é forma, evidente que recebe daquela os fundamentos de seu conteúdo.

A ideia de Constituição Econômica ganhou corpo na doutrina alemã, no século passado, a partir da consideração do quanto dispôs a Constituição de Weimar a respeito da vida econômica. Inicialmente concebida em termos amplos, como conjunto de normas voltadas à organização econômica, o preenchimento, hoje, de vastas zonas do texto constitucional por normas de caráter sócio-econômico e de cunho diretivo importa em que essa noção seja tida por ultrapassada.

Conceitua-se-a, então, como 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 este motivo, uma determinada ordem econômica, ou, definida a partir de sua função, como formada pelo ordenamento essencial da atividade econômica, contendo os

princípios e as normas essenciais ordenadoras da economia, dos quais decorrem sistematicamente as restantes normas da ordem jurídica da economia.³

Dela se diz que restringe-se ao essencial do Direito da Economia, aos seus princípios gerais e que dela fazem parte os princípios mediante os quais se garante e define a estrutura duma certa economia e, bem assim, o seu modo de funcionamento, organização e orientação.

No âmbito do Direito Concorrencial, a ideia de regulamentação do poder econômico no mercado tem origem em uma premissa sócio-econômica fundamental, qual seja que todo agrupamento social, por mais simples que seja, organizado ou não sob a forma de Estado, que queira ter como fundamento básico da organização econômica, a economia de mercado deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado, ou seja, que garantam um nível mínimo de controle das relações econômicas. Esse conjunto de regras constitui aquilo que parte da doutrina chamou de Constituição Econômica, em que o termo “constituição” deve ser entendido como indicativo do nível mínimo de regulamentação para o funcionamento do sistema escolhido.⁴

Diante de todo o acima exposto, o seu conteúdo não se exaure, todavia, no texto constitucional. Daí porque se impõe distinguir a Constituição Econômica material da Constituição Econômica formal.

A primeira integra o núcleo essencial de normas jurídicas que regem o sistema e os princípios básicos das instituições econômicas, quer constem ou não do texto constitucional, quer seja ou não dotada da particular estabilidade que caracteriza as normas nos textos constitucionais. Já a segunda compreende apenas as normas que estejam integradas no texto constitucional e dotadas dos seus requisitos e características formais, ou outras normas constantes do texto constitucional formal com incidência econômica, ainda que desprovidas daquela particular relevância material.

³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Neste ponto, interessa considerar a Constituição Econômica formal como a parte da Constituição que interpreta o sistema econômico, isto é, que dá forma ao sistema econômico, em essência o capitalista. Vale dizer que a Constituição Econômica formal brasileira consubstancia-se na parte da Constituição Federal que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que comporta o exercício da atividade econômica.

Não se trata de conceber a Constituição Econômica formal como simples disciplina jurídica fundamental da intervenção do Estado no domínio econômico, que seria uma concepção considerada, com razão, muito estreita e insuficiente. Procura-se fixar a ideia de que a Constituição Econômica formal, como objeto do Direito Constitucional positivo, consiste não num conceito autônomo de Constituição ao lado da constituição política, mas sim no conjunto de normas desta que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, estabelece os princípios fundamentais de determinada forma de organização e funcionamento da economia e constitui, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica.

De toda sorte, o fato é que, concebida como conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica ou como conjunto de princípios e regras ordenadoras da economia, também se poderá divisar a Constituição Econômica na ausência de tais preceitos, princípios e regras.

1.1.2. Princípios da Constituição Econômica formal

A expressão consubstanciada neste tópico, na verdade, equivale a dizer princípios constitucionais da ordem econômica. A Constituição os relaciona no art. 170, onde está dito que “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:”

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;

- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Alguns desses princípios de revelam mais tipicamente como objetivos da ordem econômica, como o da redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego. Mas todos podem ser considerados princípios na medida em que constituem preceitos condicionadores da atividade econômica.

Abaixo, far-se-á uma análise de cada um desses princípios, sendo reservado um estudo mais apurado acerca da livre iniciativa, que, apesar de não constar em nenhum dos incisos do art. 170 como princípio da ordem econômica, encontra-se inserida em seu *caput*, e da livre concorrência, indicada no inciso IV deste mesmo artigo.

Prevista no inciso I do art. 170 da Carta Magna, a soberania nacional, no tocante à ordem econômica, é tomada como soberania nacional econômica. Vale dizer que o constituinte de 1988 não rompeu com o sistema capitalista, mas, pelo contrário, quis que se formasse um capitalismo nacional autônomo e independente.

Com isso, a Constituição criou as condições jurídicas fundamentais para a adoção do desenvolvimento autocentrado, nacional e popular, que, não sendo sinônimo de isolamento ou autarquização econômica, possibilita marchar para um sistema econômico desenvolvido, em que a burguesia local e seu Estado tenham o domínio da reprodução da força de trabalho, da centralização do excedente da produção, do mercado e a capacidade de competir no mercado mundial, dos recursos naturais e, enfim, da tecnologia.

É claro que essa formação capitalista da Carta de 1988 tem que levar em consideração a construção do Estado Democrático de Direito, em que se envolvem

direitos fundamentais do homem, que não aceitam a permanência de profundas desigualdades, mas, ao contrário, reclamam uma situação de convivência em que a dignidade da pessoa humana seja o centro das considerações da vida social.

Os incisos II e III do art. 170 enunciam como princípios da ordem econômica, respectivamente, a propriedade privada e a função social da propriedade. Cabe destacar que a Constituição também prescreve no art. 5º, XXII e XXIII, no Capítulo reservado aos direitos e deveres individuais e coletivos, que “é garantido o direito de propriedade” e que “a propriedade atenderá a sua função social”, elevando-os a categoria de direitos e garantias fundamentais.

Assim, embora também previstos entre os direitos fundamentais, esses princípios não mais poderão ser considerados puros direitos individuais, relativizando-se seus conceitos e significados, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de um fim específico, qual seja o de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.”

Se desse modo é, então a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução deste fim. O regime da propriedade denota a natureza do sistema econômico. Caso se reconheça o direito de propriedade privada, se ela é um princípio da ordem econômica, disso decorre, só por si, que se adotou um sistema econômico fundado na iniciativa privada. E assim o próprio art. 170 o diz.

Outro ponto a considerar respeita ao fato de que, embora isso passe despercebido da generalidade dos que cogitam da função social da propriedade, é seu pressuposto necessário a propriedade privada. Embora se possa referir da função social das empresas estatais, a ideia da função social como vínculo que atribui à propriedade conteúdo específico, de sorte a moldar-lhe um novo conceito, só tem sentido e razão de ser quando referida à propriedade privada.

Não obstante, figurando a propriedade privada como um dos princípios da ordem econômica, a mesma submete-se aos ditames da justiça social, de forma que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpra uma função social dirigida à justiça social.

Em relação aos princípios da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego, a doutrina os chama de princípios de integração.⁵ Isso porque todos estes princípios estão dirigidos a resolver os problemas da marginalização regional ou social.

Quanto à defesa do consumidor, este também está inserido no texto constitucional como um dos direitos fundamentais dos indivíduos (art. 5º, XXXII), que, conjugado à condição de princípio da ordem econômica (art. 170, V), tem o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista.

Isso naturalmente abre larga brecha na economia de mercado, que se esteia, em boa parte, na liberdade de consumo, que é a outra face da liberdade do tráfico mercantil fundada na pretensa lei da oferta e da procura.

A defesa dos consumidores responde a um duplo tipo de razões. Em primeiro lugar, a razões econômicas derivadas das formas segundo as quais se desenvolve, em grande parte, o atual tráfico mercantil. E, em segundo lugar, a critérios que emanam da adaptação da técnica constitucional ao estado de coisas que atualmente vivemos, imersos que estamos na chamada sociedade de consumo, em que o “ter” mais do que o “ser” é a ambição de uma grande maioria das pessoas, que se satisfaz mediante o consumo.

A defesa do meio ambiente merece destaque no sentido em que, tendo sido elevada ao nível de princípio da ordem econômica, tem o efeito de condicionar a atividade produtiva ao respeito do meio ambiente e possibilita ao Poder Público interferir, se necessário, para que a exploração econômica preserve a ecologia.

Além disso, mais adiante, a Lei Maior brasileira reserva um capítulo para as questões relacionadas ao meio ambiente,⁶ considerando no art. 225, *caput*, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo.

Objetivo fundamental da República Federativa do Brasil é ainda o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades regionais e sociais, previsto no

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁶ Título VIII, Capítulo VI: “Do Meio Ambiente”, da Constituição Federal.

inciso III do art. 3º da Constituição. Redução das desigualdades regionais e sociais, bem assim erradicação da pobreza e da marginalização, são objetivos afins e complementares daquele atinente à promoção e garantia do desenvolvimento econômico.

Dir-se-á que a Constituição, aí, nada mais postula, no seu caráter de Constituição dirigente, senão rompimento do processo de subdesenvolvimento no qual estamos imersos e, em cujo bojo, pobreza, marginalização e desigualdades sociais e regionais atuam como causa e efeitos de si próprias.

O princípio afirmado no art. 170, VII e reafirmado no art. 3º, III prospera, assim, no sentido de, superadas as desuniformidades entre os aspectos moderno e arcaico do capitalismo brasileiro, atualizá-lo. Também atua como fundamento constitucional de reivindicação da sociedade pela realização de políticas públicas.

A busca do pleno emprego é um princípio diretivo da economia que se opõe às políticas recessivas. Pleno emprego é expressão abrangente da utilização, ao máximo grau, de todos os recursos produtivos. No entanto, aparece, no art. 170, VIII, especialmente no sentido de propiciar trabalho a todos quantos estejam em condições de exercer uma atividade produtiva. Trata-se do pleno emprego da força de trabalho capaz.

Ele se harmoniza, assim, com a regra de que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano, o que impede que o princípio seja considerado apenas como mera busca quantitativa, em que a economia absorva a força de trabalho disponível, como o consumo absorve mercadorias. Quer-se, dessa forma, que o trabalho seja a base do sistema econômico, que receba o tratamento de principal fator de produção e que participe do produto da riqueza e da renda em proporção de sua posição na ordem econômica.

Não obstante, consubstancia também este princípio, ainda que indiretamente, uma garantia para o trabalhador, na medida em que está coligado ao princípio da valorização do trabalho humano e reflete efeitos em relação ao direito social ao trabalho (art. 6º, *caput*, da Constituição).

Por fim, o último princípio arrolado no art. 170 como um dos princípios da ordem econômica é aquele contido em seu inciso IX, que confere “tratamento

favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

Entretanto, a Constituição não se contentou com o simples enunciado do princípio, estabelecendo logo a seguir, no art. 179, que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

1.1.2.1. Da liberdade de iniciativa econômica

A liberdade de iniciativa econômica envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170 da Constituição como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar a reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual. Evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar.

De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como a quantidade a ser produzida ou comercializada resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do texto constitucional e descende da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados.

No passado, ainda poderiam prosperar dúvidas quanto a isto, porém, com o advento da Constituição de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o

planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado no art. 174 da Carta Magna, em que o planejamento realizado pelo Estado será meramente indicativo para o setor privado.

Em suma, a dicção categórica do artigo deixa explícito que, a título de planejar, o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, mas apenas incentivar, atrair os particulares, mediante planejamento indicativo que se apresente como sedutor para condicionar a atuação da iniciativa privada.

Cabe, ademais, fazer uma breve observação em relação à parte final do parágrafo único do art. 170. O que a lei pode ressaltar é a desnecessidade de autorização para o exercício de certa atividade. Nunca, porém, restringir a liberdade de empreendê-la, e na medida desejada. E, por isto mesmo, dita autorização, evidentemente, não concerne aos aspectos econômicos, à livre decisão de atuar nos setores tais ou quais e na amplitude acaso pretendida, mas ao ajuste do empreendimento a exigências atinentes à salubridade, à segurança, à higidez do meio ambiente, à qualidade mínima do produto em defesa do consumidor, entre outras.⁷ É claro que se fosse dado ao Poder Público ajuizar sobre a conveniência de os particulares atuarem nesta ou naquela esfera e decidir sobre o volume da produção, estar-se-ia desmentindo tudo o que consta do parágrafo único do art. 170.

Este princípio é certamente o princípio básico do liberalismo econômico. Surgiu como um aspecto da luta dos agentes econômicos para libertarem-se dos vínculos que sobre eles recaiam por herança, seja do período feudal, seja dos princípios do mercantilismo. No início, e durante o século passado até a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), a liberdade de iniciativa econômica significava garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens. Garantia, portanto, do caráter absoluto da propriedade e de autonomia jurídica e, por este motivo, garantia também aos sujeitos da possibilidade de regular suas relações de modo que tivessem por mais conveniente, ou seja, garantia a cada um que desenvolvesse livremente a atividade escolhida.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Ora, a evolução das relações de produção e a necessidade de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, bem como o mau uso dessa liberdade e a falácia da “harmonia natural dos interesses” do Estado liberal⁸, fizeram surgir mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, em busca da realização de justiça social, de sorte que o texto supratranscrito do parágrafo único do art. 170, sujeito aos ditames da lei, há de ser entendido no contexto de uma Constituição preocupada com a justiça social e o bem estar coletivo.

Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social, em que o fim condiciona os meios, não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É legítima enquanto exercida no interesse da justiça social e do desenvolvimento nacional. Será ilegítima quando exercida exclusivamente com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí porque a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Cumprido, então, observar que a liberdade de iniciativa econômica não sofre compressão só do Poder Público. Este efetivamente o faz legitimamente nos termos da lei, quer regulando a liberdade de indústria e comércio, em alguns casos impondo a necessidade de autorização ou de permissão para determinado tipo de atividade econômica, quer regulando a liberdade de contratar, especialmente no que tange às relações de trabalho, mas também quanto à fixação de preços, além da intervenção direta na produção e comercialização de certos bens.

Acontece que o desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada, na medida em que a concentração capitalista impede ou estorva a expansão das pequenas iniciativas econômicas.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

1.1.2.2. Da livre concorrência e abuso do poder econômico

A livre concorrência está configurada no art. 170, IV da Lei Magna brasileira como um dos princípios da ordem econômica. Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, §4º).

Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam a tutelar o sistema de mercado e, especialmente, a proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico, não sendo este condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso.

Quando o poder econômico passa a ser usado com o propósito de impedir a iniciativa de outros, com a ação no campo econômico, ou quando o poder econômico passar a ser o fator concorrente para um aumento arbitrário de lucros do detentor do poder, o abuso fica manifesto.

Essa prática abusiva, que decorre quase espontaneamente do capitalismo monopolista, é que a Constituição condena, não mais como um dos princípios da ordem econômica, mas como um fator de intervenção do Estado na economia, em favor da economia de livre mercado.

Ainda, anota Eros Roberto Grau⁹ que a afirmação principiológica da livre concorrência no texto constitucional é instigante. De um lado porque a concorrência livre – e não liberdade de concorrência – somente poderia ter lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico. Este, no entanto, é não apenas um elemento da realidade, mas um dado constitucionalmente institucionalizado no mesmo texto que consagra o princípio em estudo.

⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Como mencionamos acima, o §4º do art. 173 refere-se a “abuso do poder econômico”, o que vale dizer que a Constituição de 1988 o reconhece. Não que não devesse fazê-lo, mesmo porque a circunstância de não o ter reconhecido não teria o condão de bani-lo da sociedade, isto é, nem por isso o poder econômico deixaria de se manifestar no mundo real.

Por outro lado, é ainda instigante a afirmação do princípio porque o próprio texto constitucional o confronta. A livre concorrência, no sentido que lhe é atribuído, qual seja o livre jogo das forças de mercado, na disputa de clientela, supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal. Essa igualdade, contudo, é reiteradamente recusada, bastando, para que se o confirme, considerar as disposições contidas no inciso IX do art. 170 e no art. 179, que tratam do tratamento favorecido a empresas de pequeno porte.

Não obstante, observe-se que a desigualdade das empresas, dos agentes econômicos, é a característica de uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e que se processa por meio da livre concorrência. Dessa forma, a desigualdade é inafastável em um regime de livre iniciativa e gera a rivalidade, a livre concorrência. A livre concorrência, portanto, só sobrevive em uma economia sem igualdade.

O que se passa, em verdade, é que é outro, que não aquele lido no preceito por quantos se dispõem a fazer praça do liberalismo econômico, o sentido do princípio da livre concorrência.

Deveras, não há oposição entre este princípio e aquele defendido sob a norma do art. 173, §4º do texto constitucional, qual seja o princípio da repressão aos abusos do poder econômico. Isto porque o poder econômico é a regra e não a exceção. Frusta-se assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor.

A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas, convertidas, porém, na dinâmica de sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural. Melhor explicando, os fenômenos como as posições dominantes, as práticas restritivas e as concentrações não são fenômenos

patológicos, mas, ao contrário, constituem uma realidade fundamental do novo Estado industrial: a ordem privada econômica.

Assim, a feição de livre concorrência, que enseja a competição aberta, na linha do que se tem referido como “capitalismo selvagem”, assume novos traços. Livre concorrência, então, significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas, tais quais a faculdade de conquistar a clientela, desde que através de concorrência desleal, e a proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência, e liberdade pública, representada como a neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condição dos concorrentes.¹⁰

Concluindo, a livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento, a competitividade, que define a livre concorrência.

A competitividade exige, por sua vez, descentralização da coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a preço mais baixo.

De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Já por um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

2. A CONCORRÊNCIA COMO INSTITUTO JURÍDICO

A atividade comercial está intimamente ligada à ideia de competição, de disputa e de conquista de posições dominantes num dado mercado. Esta disputa ferrenha ultrapassa o espaço dos mercados internos e estende-se insopitalvemente até os mercados internacionais.

O aparecimento de conflitos de interesses, trazidos por essa disputa, necessita, como ocorre em relação a todos os demais conflitos sociais, de ser prevenido ou solucionado.

O Direito, como uma das ordens da sociedade, é chamado a regulamentar o comportamento dos diferentes agentes econômicos e tipificar as práticas anti-concorrenciais, estabelecendo as respectivas sanções.

Nos países de economia de mercado, o legislador, partindo do princípio de que a concorrência não se desenvolve espontaneamente entre as empresas, cuidou não apenas de elaborar regras de defesa da concorrência, mas também de organizar normativamente um regime de concorrência conforme a política econômica do país em causa.

Considerando que a economia de mercado e a livre iniciativa só poderão funcionar harmoniosamente num clima de sadia concorrência, não abdica, em algumas situações, de fornecer ao Estado meios legais de intervenção a fim de reprimir o abuso econômico.

Geralmente, as Constituições Econômicas destes países contêm normas reguladoras da concorrência e prevêm sobre a competência do poder público de reprimir o abuso do poder econômico, a par de criar áreas de monopólio estatal relativas às atividades de interesse geral e de segurança nacional. Sobretudo, definem o tipo de concorrência a ser protegido, cujo valor jurídico se impõe ao legislador ordinário e aos agentes econômicos públicos e privados.

A atuação do Estado nas economias de mercado tem sido altamente expressiva, aparecendo como agente econômico em vários campos da atividade empresarial, na administração de sua política econômica (controlando os preços, fornecendo subsídios,

concessões, etc.) e na aplicação de sua política fiscal (conferindo isenções, diferenciações de taxas, etc.).

Nos Estados Unidos da América, os autores têm se dedicado à apreciação das relações que a regra do Direito mantém com a teoria econômica. A doutrina dominante considera que a finalidade essencial da atuação do Estado na economia é a de garantir a satisfação das necessidades do consumidor e assegurar a alocação ótima dos recursos. O Direito aparece como um mero auxiliar da concorrência e não se apresenta como um instrumento de escolha, mas como um meio de realização de uma teoria econômica, a teoria da concorrência.

Os sistemas europeus, por outro lado, divergem desta concepção. Sua crença nas virtudes do modelo de livre concorrência teve duração relativa. A intervenção estatal logo aparece, não somente legítima, mas necessária. Adaptando seu conjunto de esquemas de economia mista, eles assinalam ao Estado uma função de regulação do jogo concorrencial.¹¹

O direito da concorrência é mais do que servidor de uma teoria ou de uma política econômica. Ele obedece a uma lógica e exprime uma coerência próprias. Em suma, ele constitui um sistema jurídico. Ao fazer prevalecer o pólo econômico ou político sobre o pólo jurídico, a análise tradicional insiste sobre a especificidade do direito da concorrência, mas subestima sua autonomia.

A negação ou a desvalorização da dimensão jurídica da concorrência conduz a uma visão reduzida do direito da concorrência e, conseqüentemente, a uma interpretação errônea da sua função, qual seja, a de ordenar os mercados dentro dos princípios da livre concorrência.

¹¹ CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

2.1. Abordagem doutrinária do direito econômico da concorrência

Segundo Norberto Bobbio¹², entende-se por regime político “o conjunto das instituições que regulam a luta pelo poder e o seu exercício, bem como a prática dos valores que animam tais instituições”.

Transpondo-se a proposta para o campo do Direito, pode-se afirmar, por analogia, que o regime jurídico da concorrência compõe-se de um conjunto de normas e instituições que regulam as formas de aquisição do poder econômico e o seu exercício, segundo os valores adotados pela ordem jurídica.

Essas normas e instituições têm sua principal fonte, ou para usar uma expressão kelseniana, encontram o seu “fundamento de validade” na Constituição. Ao regular as modalidades de poder econômico admitidas – público e privado – e estabelecer, conseqüentemente, os seus respectivos titulares, a Constituição determina as garantias e os limites para a atuação dos sujeitos de direito contemplados.

Em um modelo econômico de iniciativa dualista como o brasileiro, as normas e instituições componentes do regime jurídico da concorrência aplicam-se tanto aos agentes privados quanto aos agentes públicos quando exploram atividades econômicas. A inserção do comando contido no §4º do artigo 173 da Constituição, que disciplina as atividades econômicas do Estado, reitera esta convicção.

Admitindo-se ainda, tal qual faz a Constituição brasileira vigente, e, atualmente, quase todas, a propriedade privada sobre certos bens de produção, deve-se considerar, como elemento componente do regime jurídico da concorrência, a predominância do exercício das atividades econômicas pelos agentes econômicos privados¹³. Mas nem por isso a liberdade de iniciativa assegurada aos particulares saberia romper as cadeias que vinculam os agentes econômicos aos princípios da justiça social e do desenvolvimento econômico, para lhes conferir poderes plenos ou inquestionáveis no exercício de suas atividades.

¹² BOBBIO, Norberto; PASQUINO, G.; MATTEUCI, N. **Dicionário de Política**. 13ª Ed. Brasília: UNB, 2007.

¹³ Art. 170, II e art. 173, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Entram em cena, assim, outros valores adotados pela Constituição, na qualidade de bens jurídicos dignos de receber a tutela do Direito em um determinado momento. A partir da fixação daqueles valores, editam-se as leis e criam-se as instituições destinadas a assegurar a sua efetividade.

As duas ramificações do Direito Econômico – regulamentar e institucional – mostram-se valiosas e adequadas também à compreensão do regime jurídico da concorrência, embora não se aceite, integralmente, a concepção dos que consideram aquela disciplina apenas como “o direito da intervenção estatal na economia”.

Feitas estas ressalvas, importa acentuar a afinidade entre o Direito Econômico e as medidas de política econômica, que àquela disciplina incumbe regulamentar. Esta observação se impõe porque a concorrência empresarial pressupõe um certo grau de liberdade, que não seria compatível com uma intervenção estatal muito abrangente e muito profunda. A medida exata da atuação do Estado no domínio econômico só pode ser adequadamente aferida pela análise das políticas públicas, entre as quais se inclui a política jurídica da concorrência.

A livre concorrência, como pressuposto e critério adotado pela Constituição para nortear o desempenho da atividade empresarial constitui, segundo a opinião de consagrados juristas, tema pertencente aos quadros do Direito Econômico.¹⁴

Além da já consagrada divisão em regulamentar e institucional, estabelecida em função da natureza dos instrumentos considerados (a lei e as instituições), outros desdobramentos podem ser considerados, segundo se enfatize o aspecto público ou privado das normas sobre concorrência.

É interessante notar que o público, aqui significando ação do Estado, funciona não apenas como limitação do exercício da liberdade de empreender, mas com garantia do princípio da igualdade, para que não ocorram as distorções tipificadas como delitos pela legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, o que a lei busca coibir são as formas abusivas do exercício do poder econômico, capazes de atentar contra a liberdade de empreendimento, valendo-se

¹⁴ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

da dominação dos mercados, da eliminação dos concorrentes e do aumento arbitrário dos lucros.

2.2. As diferentes concepções do Direito Concorrencial

Não basta apenas afirmar a natureza constitucional econômica das normas de concorrência para compreender seu significado e definir o âmbito de sua aplicação. Se é verdade que as normas de concorrência são essenciais para orientar o comportamento econômico dos agentes, deve-se, em seguida, perguntar em que sentido elas indicam.

Muitos podem pensar que “concorrência” significa tão somente “competição”. A legislação brasileira adota, via de regra, a expressão “concorrência”, tal qual constava, por exemplo, sem adjetivações, no artigo 148 da Constituição de 18 de setembro de 1946.¹⁵ Mas não foi sempre assim. Embora a “concorrência” figurasse entre os três elementos inseridos na Carta de 1946, como componentes do núcleo em torno do qual se vem procurando elaborar um sistema brasileiro antitruste¹⁶, a palavra “competição” também já havia sido empregada na Lei.

O artigo 135 da Constituição outorgada de 1937 fundamenta na “iniciativa individual, no poder de organização e de invenção do indivíduo (...) a riqueza e a prosperidade nacional”.

A intervenção do Estado, ainda segundo o mesmo dispositivo legal, constitui exceção e adquire caráter supletivo da iniciativa econômica individual. Além de intervir no domínio econômico, o Estado pode atuar como coordenador dos fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais a consideração pelos interesses da Nação.

¹⁵ Art. 148 da Constituição de 1946: “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.”

¹⁶ Os três elementos são a “repressão ao abuso do poder econômico”, a “eliminação da concorrência” e o “aumento arbitrário dos lucros” (cf. art. 157, VI da Carta de 1967; art. 160, V da Emenda Constitucional nº. 1, de 1969; e o art. 173, §4º da Constituição vigente).

Um parágrafo acrescentado ao referido art. 135 da Carta Magna de 1937 esclarece que a intervenção pode ser mediata ou imediata, sob a forma de controle, de estímulo ou de gestão direta.

A expressão formada pelas palavras “jogo das competições individuais” situa-se na parte da Constituição reservada às diretrizes da “Ordem Econômica” (artigos 135 a 155). Esta localização implica o reconhecimento de atribuição ao Estado para, através de uma intervenção mediata, estabelecer as normas da competição empresarial, segundo os princípios corporativos expressos no art. 140 desta mesma Constituição.

Não cuidou aquela Carta de qualificar a competição empresarial de “livre”, pois apesar de fundamentar a riqueza e a prosperidade nacional na “iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo”, pressupostos da livre iniciativa, a economia de produção obedecia não às leis do mercado, mas a uma construção legal de natureza corporativa, permeada pela ideia de interesse nacional.

A expressão “competição”, cujo equivalente em outros idiomas goza da preferência de muitos legisladores, merece, assim, tanto quanto o termo “concorrência”, uma abordagem mais detida. Esta deve começar pelo exame do seu significado gramatical, pois a análise mais profunda de um fato ou de um fenômeno há de ser precedida pela busca de seu sentido literal. Com esta providência, será possível estudar a competição e a concorrência também sob o aspecto econômico e, a seguir, verificar a sua inserção no ordenamento jurídico.

É o que se pretende fazer aqui neste tópico, como técnica de fixação dos conceitos que servirão de base à análise destes fenômenos sob o aspecto jurídico, por ser este o enfoque predominante da pesquisa.

Segundo o dicionário¹⁷ competição significa: ato ou efeito de competir; disputa por algum prêmio ou vantagem; certame; concurso; esforço de duas ou mais partes para ganharem como freguês uma terceira parte, pela oferta dos termos mais vantajosos; concorrência; estado de mercado em que grande número de compradores e vendedores independentes competem por mercadorias idênticas e negociam livremente entre si;

¹⁷ WEISZFLOG, Walter. **Dicionário Michaelis On-line**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br>>. Acesso em 6 de setembro de 2010.

forma de interação, universal e contínua, pela qual indivíduos procuram apoderar-se de recursos materiais e morais que somente existem em quantidade inferior à dos concorrentes; e, na sua forma mais simples, é a luta pela existência, no sentido biológico.

Nesta última acepção, enquanto fenômeno natural, a competição expressa o princípio da sobrevivência do mais forte, que, ao lado das teorias da seleção natural e da luta pela sobrevivência, foi objeto de relevantes pesquisas de Charles Darwin, a partir de estudos de Herbert Spencer e Malthus, entre outros cientistas.

Na verdade, a ideia de competição como fenômeno natural e como expressão do princípio de sobrevivência, aqui no sentido econômico, do mais forte (economicamente) foi preconizada pelos clássicos e neoclássicos da economia, os quais chegaram, inclusive, a equiparar as forças do mercado competitivo de oferta e procura com as forças biológicas segundo as quais Darwin explica a seleção natural: a competição no mercado era também a sobrevivência do mais forte.

Explica-nos Isabel Vaz¹⁸ que, de acordo com uma conceituação difundida no mundo dos negócios e em economia política, a concorrência significa a ação desenvolvida entre competidores pela disputa de um mercado ou a simples venda de uma mercadoria.

Enquanto fenômenos naturais, concorrência e competição, apesar de não constituírem sinônimos perfeitos, possuem em comum a ideia de disputa e rivalidade. Por uma questão de coerência com a terminologia predominante na legislação brasileira, será usada a palavra concorrência, levando-se em conta para a composição de seu conceito jurídico o componente econômico na ideia de competição.

Assim, de modo geral, sem uma prévia situação de concorrência não é possível falar de competição entre empresários, nem tampouco do funcionamento efetivo de um sistema de economia de mercado.

Em relação à concorrência como fenômeno econômico, ainda que de modo fragmentário e não sistematizado, o Direito e a Economia sempre fizeram parte, como a

¹⁸ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

Filosofia e a Religião, das cogitações da humanidade. A Economia, em razão da necessidade de administrar meios cada vez mais raros de sobrevivência, e o Direito, como instrumento de organização da vida social.

Um ramo do conhecimento comunica-se, como já se sabe, com outro, oferece-lhe subsídios ou desperta novas indagações, de modo que a interinfluência de informações pode contribuir, quando adequadamente utilizada, para uma análise mais completa de um determinado assunto.

Os esclarecimentos prestados pelos estudiosos da linguagem indicam, quanto aos aspectos etimológico e semântico, os sentidos de disputa, de rivalidade, de luta, abrigados pela expressão “concorrência”, mostrando o quanto a competição pode estimular a eficácia, promovendo o aumento da produtividade, a baixa dos preços de custo e a melhora dos serviços prestados.

Trata-se, neste momento, de situar o tipo de concorrência de que se cogita, como objeto destas reflexões, no campo adequado: a concorrência empresarial, no terreno econômico e de acordo com determinadas correntes doutrinárias. A abordagem limita-se, pois, à exposição sucinta de algumas teorias que explicam o fenômeno econômico da concorrência, tendo em vista que estas serão melhor explicitadas mais à frente.

Para a tradição econômica neoclássica, desenvolvida nesse campo sobretudo na Universidade de Chicago, concorrência significa “eficiência”. Para os teóricos neoclássicos, esse valor se sobrepõe e elimina qualquer outro objetivo que possa ter o direito concorrencial, inclusive a própria existência da concorrência.

Os teóricos neoclássicos de Chicago não hesitam em admitir a existência de monopólios ou de restrições à concorrência, caso esses sejam instrumentais relativamente ao objetivo definido: a maximização da eficiência. Para estes economistas, eficiência é a habilidade de produzir a custos menores e, conseqüentemente, reduzir os preços ao consumidor.

Não se deve, entretanto, confundir eficiência com desenvolvimento tecnológico. Apesar de poder ser decorrência deste último, a eficiência a que os neoclássicos se referem como parâmetro para aplicação do direito antitruste é a chamada eficiência produtiva, decorrente de ganhos de escala induzidos pela produção em massa.

Como pode-se observar, da redução dos custos é derivada diretamente a redução dos preços. A eficiência, portanto, é associada diretamente ao bem-estar do consumidor.

Dessa maneira, segundo os neoclássicos, uma vez identificada a eficiência a um objetivo de política legislativa praticamente incontestável como é a proteção do bem-estar do consumidor, é possível opô-la aos demais objetivos do direito antitruste.

A maior contestação a essa teoria vem da chamada Escola Ordo-Liberal ou Escola de Freiburg, que nasceu nos anos 1930 na Alemanha como reação aos fracassos econômicos da República de Weimar e como crítica à concepção econômica nazista que começava a ser aplicada. Para seus representantes a garantia da competição é fundamento essencial para garantia do funcionamento econômico de uma economia de mercado.

A organização ideal da ordem privada é aquela que permita a “autocoordenação” e o “autocontrole”. O direito deve criar as condições para que ambas as garantias se efetivem¹⁹. A “autocoordenação” é garantida através das transações privadas, para as quais o direito de propriedade e o direito das obrigações são elementos organizativos fundamentais. Já quanto ao “autocontrole”, este se torna efetivo tão logo as potenciais partes envolvidas em uma transação se deslocam para uma posição que as permita acessar as condições de troca em vista da possibilidade de substituição dos objetos e indivíduos envolvidos na transação. É esse tipo de preocupação – a possibilidade de efetiva competição – que deve ter guarida no direito concorrencial.

2.3. Legislação concorrencial no ordenamento jurídico brasileiro

Não se deve pretender iniciar o estudo da disciplina da concorrência no Brasil partindo já do início do século XX, com o texto dos artigos 115 a 117 da Constituição Federal de 1934. Primeiramente, é necessário delinear a história da implementação de

¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

políticas públicas em nosso país para divisar a atuação do Estado sobre a economia. Sem a identificação dessa tradição, restam por demais etéreas as inúmeras diferenças entre o atual sistema antitruste brasileiro e alguns ordenamentos alienígenas.

Assume relevância, nesse contexto, o fato de que os ventos do liberalismo no Brasil fizeram-se sentir de forma muito particular e a disciplina da atividade dos agentes econômicos no mercado, buscando a tutela da livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico, assume ainda hoje um caráter bastante típico, que decorre também de nossa evolução histórica, diverso dos demais ordenamentos em que habitualmente o legislador busca sua inspiração.

2.3.1. Evolução Legislativa

No que concerne à matéria da concorrência, fala-se, inicialmente, de uma fase fiscalista, ainda no tempo do Brasil enquanto colônia de Portugal. Os primeiros tempos do colonialismo brasileiro, anteriores à transferência da corte portuguesa, foram marcados pela atuação, por parte da metrópole, de uma política eminentemente fiscalista, ou seja, a Coroa buscava a utilização de sua soberania para efeitos fiscais, impondo à colônia o pagamento de impostos que garantissem o abastecimento de seus cofres. Foi assim com os chamados ciclos coloniais: pau-brasil, cana-de-açúcar, ouro e pedras preciosas.

Explica-nos Paula Forgioni:²⁰

Não havia à época o interesse pelo progresso econômico e cultural da colônia, mas sim a viabilização de sua exploração, da forma mais profícua possível. Assim, os monopólios estatais que eram estabelecidos não devem ser vistos como atuação do Estado na economia, buscando o desenvolvimento ou o atendimento das necessidades da população, mas como facetas de uma política fiscalista que procurava auferir maiores lucros na exploração da colônia. O sucesso da política fiscalista requeria que fossem sufocadas quaisquer tentativas de desenvolvimento industrial brasileiro.

²⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 95.

Nos primeiros tempos de Brasil colônia, seria até ilógico falarmos em defesa da livre concorrência, uma vez que não havia qualquer concorrência significativa estabelecida entre os agentes econômicos. Além disso, a nível interno, o mercado consumidor não assumia maiores proporções em virtude da acentuada dispersão demográfica.

Com a vinda de Dom João VI para o Brasil, iniciou-se a implementação de uma política que acabou por fomentar o desenvolvimento econômico do país. Havia, finalmente, uma orientação econômica e social, ditada, acima de tudo, pela necessidade do governo português de transferir para o Brasil sua sede, em virtude da invasão napoleônica na península Ibérica, e também pelo interesse inglês em aumentar a área em que praticava seu comércio, substituindo os então bloqueados mercados europeus.

De qualquer forma, abandonando os motivos determinantes dessa mudança, o fato é que foi parcialmente desativada a política fiscalista, dando-se lugar ao incentivo ao desenvolvimento econômico brasileiro. Foi assim que, em 28 de janeiro de 1808, os portos foram abertos às nações amigas. No mesmo ano fundou-se o Banco do Brasil e instituiu-se a liberdade de manufatura e indústria.

Entretanto, apesar de importantes para a história nacional, estes atos não fomentaram a indústria pátria de forma decisiva. Com efeito, se, ao mesmo tempo em que foi permitida a indústria, abriram-se os portos às nações amigas, sujeitou-se, na verdade, a incipiente indústria nacional à devastadora concorrência estrangeira, notadamente a inglesa.

Parece unânime entre os doutrinadores que o liberalismo no Brasil foi introduzido de forma bastante peculiar, pois que depurado pelas especificidades de nosso sistema econômico. Não obstante, alguns utilizavam-se das teorias liberais para embasar sua revolta contra o intervencionismo de Portugal, que impunha uma infundável série de restrições às atividades comerciais e industriais brasileiras, muitas vezes conforme ditavam os interesses ingleses. É nesse sentido que o “liberalismo econômico” se fazia presente, pois os agentes brasileiros encontravam nessa doutrina um certo respaldo para suas aspirações.

Se um dos primeiros passos em direção à nossa independência política foi a revolução constitucionalista portuguesa,²¹ nada há de original em se concluir que a revolta brasileira contra o domínio português se fez sentir de maneira mais premente quando da tentativa de reimposição do monopólio do comércio internacional. O restabelecimento do sistema de cabotagem em nossas costas, de forma que o comércio somente poderia ser efetuado se em frotas portuguesas, conforme pretendido por Portugal, significava na realidade nossa recolonização. Assim, a independência brasileira se faz.

Entretanto, as graves crises econômicas que assolaram o período do primeiro reinado não permitiram que se constituísse um ambiente propício para o desenvolvimento da manufatura. Não que esta não tenha havido por completo, apenas restou de pouco volume, em virtude, também, da exiguidade de nosso mercado consumidor e da priorização da atividade agrícola.²²

No período regencial e no segundo reinado, salvo algumas alterações iniciais no poder, os liberais, representantes da pequena burguesia urbana, inclusive por falta de uma base econômica, não lograram impor suas ideias ao imperador, como havia sido sua inspiração. Ao contrário, beneficiada também pelos elevados lucros da cultura do café, a classe agrária afirmava-se no governo, assegurando uma série de privilégios. O governo do Império foi, assim, eminentemente conservador.

Nesse período, o fenômeno da intervenção do Estado no domínio econômico dava-se, principalmente, mediante uma atuação sobre as tarifas alfandegárias, que tinham influência no incipiente sistema econômico da época.

Em termos de disciplina da concorrência interna pouco há, também neste período, que possa ser estudado. O mercado brasileiro, na realidade, era abastecido por mercadorias estrangeiras, não oferecendo à indústria interna qualquer concorrência. Também não eram atuadas políticas protecionistas que possibilitassem o desenvolvimento da indústria nacional.

²¹ A revolução constitucionalista buscava a restauração dos privilégios mercantis da metrópole, visando ao reabastecimento dos cofres da monarquia, de forma a contornar a crise financeira que se apresentava.

²² FORGIONI, Paula Andrea. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Já no tocante ao período republicano, foi a Constituição de 1934 que, em seu art. 115, elevou pela primeira vez a nível constitucional a liberdade econômica. Colocou-a, no entanto, não de forma incondicionada, mas sim delimitando seu exercício. *In verbis*: “Art. 115: A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos a existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

Note-se que o texto constitucional utiliza a expressão “limites”, ou seja, a liberdade dos agentes econômicos pode ser restringida para garantir a justiça e “as necessidades da vida nacional”. A liberdade econômica aparece, assim, em nosso ordenamento, intrinsecamente ligada à ideia de que ao Estado é facultado intervir na e sobre a economia, no resguardo de interesses maiores que aqueles dos agentes econômicos individualmente considerados.

Para se ter uma noção, vejamos o art. 117 da referida Carta: “Art. 117: A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no país.”

Como pode-se observar, este dispositivo impõe à lei ordinária o dever de fomentar a “economia popular” e esta expressão constitui até hoje, de modo indireto, o “ente tutelado”, pois a concorrência entre as empresas é protegida com vistas a garantir um melhor preço, para permitir o desenvolvimento tecnológico e assegurar o abastecimento às pessoas.

Desta forma, em 1934, a livre iniciativa não é vista, também em nível constitucional, em seu sentido tradicional e, por óbvio, a concorrência não deveria ser encarada como um direito ilimitado dos agentes econômicos. Sob a égide dessa Constituição, entretanto, não houve a promulgação de qualquer lei que regulamentasse o processo competitivo, sob uma ótica antitruste.²³

²³ Foi regulamentada, apesar disso, a concorrência entre os agentes econômicos sob uma ótica individual, mediante a promulgação do Código de Propriedade Industrial. Interessante notar que a adoção desse diploma tem o escopo de incentivar o desenvolvimento nacional, impedindo que a vantagem competitiva

Em 1937 sobreveio o Estado Novo e, conseqüentemente, uma nova ordem constitucional com a Constituição outorgada de 1937. Segundo o texto constitucional,²⁴ a intervenção do Estado no domínio econômico poder-se-á dar mediante seu controle (atuação sobre economia), estímulo (atuação sobre a economia mediante a utilização de sanções positivas) ou gestão direta (atuação do Estado na economia), mas apenas 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”.

Ao mesmo tempo, o art. 141²⁵ do mesmo texto constitucional colocava, como princípio, a proteção à economia popular. Regulamentando o referido dispositivo e refletindo a política getulista sobre segurança nacional, veio o Decreto-lei nº. 869, de 18 de novembro de 1938, em que se previam normas de defesa da economia popular e, nitidamente, em muitos de seus aspectos, uma lei antitruste.

Note-se que o primeiro diploma brasileiro antitruste surge com uma função bastante definida, buscando a tutela da economia popular e portanto, precipuamente, do consumidor. Pode-se afirmar sem medo que este Decreto-lei era de natureza penal-econômica.²⁶ Assim, o Ministro Nelson Hungria, autor do projeto (transformado posteriormente no Decreto-lei 869/38), considerava crime contra a economia popular todo fato que representasse um dano efetivo ou potencial ao patrimônio de um indefinido número de pessoas.²⁷

O antitruste, no Brasil, não nasce, portanto, como elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e liberdade de concorrência e sua manutenção. Nasce como

de um agente econômico ou os frutos que dela derivam sejam indevidamente apropriados por seus concorrentes.

²⁴ Art. 135 da Carta de 1937: “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 ou imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”

²⁵ Art. 141: “A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhes garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição.”

²⁶ CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁷ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor. Essa constatação apenas sobressai o fato de que a evolução da disciplina no Brasil não se deu como nos países com uma certa tradição antitruste.

Mais do que a luta para controlar as atividades dos agentes detentores de poder econômico, o antitruste, no Brasil, surge com uma aura de nacionalismo, de proteção ao interesse nacional contra o poder estrangeiro.

É sob esse prisma que devemos encarar a trajetória de Agamenom Magalhães, ministro de Getúlio Vargas, eleito à unanimidade pelos doutrinadores o pioneiro do antitruste no Brasil. Com efeito, Agamenom Magalhães voltou-se, quase que precipuamente, contra o poder econômico que derivava do capital estrangeiro, apto a colocar em xeque a soberania e a estabilidade nacionais. Essa postura protecionista era aliada a um discurso que propugnava a necessidade da atuação do Estado para garantir a liberdade de concorrência entre os agentes econômicos.

Em junho de 1945 sobreveio o Decreto-lei nº. 7.666, originado de um projeto do próprio Agamenom Magalhães, e que ficou conhecido por “Lei Malaia”, isto porque Agamenom Magalhães, por alguns de seus traços fisionômicos e pela cor de sua pele, possuía algumas características orientais, de forma que apelidaram-no de malaio, decorrendo daí o nome “Lei Malaia”.

Antes, a regulamentação da repressão ao abuso do poder econômico era efetuada por alguns diplomas legais, diluída, inclusive, pela falta de sistematização. Modificando completamente o rumo, a Lei Malaia disciplina a matéria de forma específica, sistemática, voltando-se de forma firme e direta contra o abuso do poder econômico.

Considere-se, por primeiro, que a Lei Malaia tem caráter nitidamente administrativo e não penal, característica esta do Decreto-lei nº. 869/38. Basta notar pelas expressões utilizadas. Já não se refere mais a “crimes contra a economia popular”, mas a “atos contrários aos interesses da economia nacional”.

Apesar de não ter superado três meses de vigência, visto que, com a queda de Getúlio Vargas, o Decreto-lei nº. 7.666 foi revogado em 9 de novembro do mesmo ano pelo presidente provisório José Linhares, esta lei impetrou mudanças importantes. A Lei

Malaia definira as mais importantes formas de abuso do poder econômico e criara a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE.

Desta forma, à administração pública era dado averiguar as práticas contrárias aos interesses da economia nacional, determinar a aplicação de sanções e autorizar as práticas restritivas, ou seja, facultava-se ao Poder Executivo, segundo seu juízo de conveniência e oportunidade, autorizar determinada prática, colocando em suas mãos um instrumento apto a controlar a atividade do poder econômico em território brasileiro, facultando até mesmo a intervenção em empresas que praticassem atos nocivos ao interesse público.

A Constituição de 1946 traz pela primeira vez de forma expressa o princípio da repressão ao abuso do poder econômico em seu art. 148,²⁸ consagrando-o e dando início a uma nova fase no chamado “sistema brasileiro antitruste”,²⁹ onde a tônica deixa de ser simplesmente a defesa da economia popular através dos diplomas legais citados.

Antes de advir a Lei nº. 4.137, de 1962, foram promulgadas as Leis nºs. 1.521 e 1.522, ambas de 26 de dezembro de 1951. A primeira estabeleceu as formas de punição para os crimes e as contravenções penais contra a economia popular e regulou o seu julgamento, determinando a observância das normas processuais penais em caráter subsidiário. Já a segunda autorizava o governo federal a intervir no domínio econômico, nos termos da Constituição e de acordo com as formas previstas. Estas modalidades de intervenção do governo federal consistiam em compra, distribuição e venda de produtos, na fixação de preços e no controle de abastecimento e na desapropriação de bens por interesse social, ou na requisição de serviços considerados necessários à realização dos objetivos previstos na lei.

No dia 10 de setembro de 1962, promulgou-se a Lei nº. 4.137. Cria-se, ou recria-se, por assim dizer (vez que o Decreto-lei nº. 7.666 tivera pouco tempo de vigência), por seu art. 8º, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (note-se que o nome diverge do órgão de mesma sigla criado pelo Decreto-lei nº. 7.666), incumbido da

²⁸ Art. 148 da Carta de 1946: “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.”

²⁹ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

apuração e repressão dos abusos do poder econômico. A promulgação desse diploma finalmente aparta a Lei Antitruste dos dispositivos que tratam da economia popular e do abastecimento.

Em seus termos, a associação de empresas seria considerada ilícita se, e somente se, produzisse determinado resultado ou objetivo que estivesse tipificado em lei de uma forma bastante aberta, mediante a utilização de termos amplos. Transforma-se, assim, a Lei Antitruste em instrumento de legitimação de certas práticas que a economia nacional, por força da política econômica do governo da Revolução de 1964, começava a incentivar, pois, com esse expediente, relativizava-se a aplicação da norma, coadunando sua interpretação com a política vigente.

Este diploma previa não apenas a repressão ao abuso do poder econômico *a posteriori*, mas também colocava a necessidade de aprovação e registro no CADE dos atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito a diminuição do grau de concorrência no mercado em questão (art. 74). Isto é, estabelecia a possibilidade de controle, por parte da autoridade administrativa, dos atos praticados pelos agentes econômicos e que pudessem produzir qualquer dos efeitos tipificados no referido art. 74.

Pode-se ter a impressão que a Lei nº. 4.137 foi utilizada como um eficaz e atenuante instrumento de política econômica, auxiliar no processo de concentração de empresas e fortalecimento da indústria nacional. Todavia, tal conclusão não é correta, pois, em seu período de vigência, a Lei Antitruste de 1962 não encontrou uma maior efetividade na realidade brasileira, não sendo possível identificar qualquer atuação linear e constante de uma política econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência.

Em 1991, o panorama do direito antitruste brasileiro parecia que seria alterado com a promulgação da Lei nº. 8.158. O novo governo alardeava a abertura do mercado brasileiro e a liberalização da economia. A intenção era deixar, na maior medida possível, que o mercado se auto-regulasse, aplicando, para tanto, suas próprias leis. Mas era ao mesmo tempo necessário que fossem evitadas as disfunções ou crises que

poderiam advir do comportamento dos agentes econômicos livres do mercado. Nasce, novamente, daí a necessidade uma nova lei antitruste.

Foi criada a SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, com o escopo de celerizar o procedimento administrativo de apuração das práticas em violação à ordem econômica. Assim, sem a revogação da Lei nº. 4.137, o CADE passa a funcionar junto à SNDE, que lhe dava suporte de pessoal e administrativo.

Entretanto, com o novo governo instalado em 1992, não obstante o CADE continue sua atuação, destinada a coibir o abuso do poder econômico, esta acaba sendo sufocada, na imprensa, pelo triste papel que a Lei Antitruste passa a desempenhar no contexto econômico nacional: instrumento de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia.

Com o advento da Lei nº. 8.884, de 1994, a matéria antitruste é sistematizada, de forma a aperfeiçoar seu tratamento legislativo. Transforma o CADE em autarquia federal, beneficiando-lhe com destinação orçamentária própria e implementa o que se convencionou chamar de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, composto pelo CADE, pela SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico – e pela SDE – Secretaria de Direito Econômico. Sobre o SBDC, explicaremos melhor sua atuação e funcionamento no Capítulo 5 do presente trabalho.

2.3.2. A ordem econômica na Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, no Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, arts. 170 a 192, distribuídos em quatro capítulos, estabelece as bases constitucionais da ordem econômica brasileira. Interessa, particularmente, o exame do Capítulo I, arts. 170 a 181, que trata dos “Princípios gerais da atividade econômica”.

O Título VII contém a Constituição Econômica que estabelece as normas gerais da economia brasileira e sua política econômica, mantendo a tradição constitucionalista

brasileira de integrar no texto de suas Constituições normas programáticas sobre a ordem econômica.

A Constituição de 1934, inspirada na Constituição de Weimar de 1919, contemplou em seu texto normas programáticas de natureza econômica, condenando o abuso do poder econômico e dispondo sobre os monopólios estatais, entre outras questões de igual relevância. O modelo de Constituição Econômica formal foi consagrado pelas Constituições de 1937, de 1946, de 1967 e pela Emenda Constitucional nº. 1 de 1969, que acompanham sua congênere de 1934.

A Constituição de 1988 foi pela mesma trilha, instituindo uma Constituição Econômica formal de natureza diretiva que ordena a vida econômica do país consagrando um sistema de economia de mercado. Nesta Carta, afirma o eminente jurista Eros Grau,³⁰ em seu art. 170, *caput*, tal qual ocorria em relação às Constituições de 1934, 1946 e 1967-1969,³¹ ordem econômica designa realidade do mundo do ser. Quanto à carta de 1937, esta somente usa a expressão como título que engloba seus arts. 135 a 155. Em todas elas, continua o ilustre doutrinador, de qualquer forma, no quanto a expressão apresenta alguma utilidade, só a apresenta na medida em que indica o local, na Constituição, no qual se irá encontrar disposições que, no seu conjunto, institucionalizam a ordem econômica.

Entende-se por ordem econômica a ordem jurídica da economia. É o conjunto de normas e princípios conformadores de um determinado sistema econômico. E, por Constituição Econômica, 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, uma determinada ordem econômica.³²

Em síntese, a Constituição brasileira de 1988 contém em seu corpo uma Constituição Econômica, declarando que a ordem econômica é fundada na valorização

³⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

³¹ Art. 115 da Constituição de 1934, art. 145 da Constituição de 1946, art. 157 da Constituição de 1967 e art. 160 da Emenda Constitucional nº. 1 de 1969.

³² CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

do trabalho humano e na iniciativa privada. Isto significa que a Constituição consagra uma economia de mercado de natureza capitalista, mas dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre os valores do mercado. Trata-se de uma declaração de princípio que irá nortear a intervenção do Estado na economia, a fim de garantir a valorização do trabalho humano.

Por fim, vale ressaltar que a Carta de 1988 contempla inúmeras disposições que, embora não se encontrem englobadas no Título VII, operam a institucionalização da ordem econômica, tais como os preceitos inscritos nos seus arts. 1º, 3º, 7º a 11, 201, 202, 218 e 219, além de outros que a ela aderem mercê de a afetarem de modo específico, entre os quais, por exemplo, os do art. 5º, LXXI, do §2º do art. 103, do art. 140 e do art. 225.

2.3.3. Legislação ordinária

A Constituição Econômica brasileira, traçando o perfil da ordem econômica, enforma a legislação ordinária que dispõe regras de responsabilização de natureza penal, civil e administrativa das empresas.

Quanto à repressão penal, esta se encontra no art. 178 do Decreto-lei nº. 7.903, de agosto de 1945 (em vigor até 15 de maio de 1997, quando entra em vigor a Lei nº. 9.729, de 14 de maio de 1996, relativa à propriedade industrial), que define os crimes de concorrência desleal e nos arts. 4º e 7º da Lei nº. 8.137, de dezembro de 1990, que tipificam os crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo.

Já a repressão civil decorre da aplicação das regras sobre responsabilidade civil, previstas genericamente no art. 159 do Código Civil, por danos causados por atos ilícitos.

No tocante à responsabilidade administrativa, esta é prevista na Lei nº. 8.884, de 1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função

social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, além de transformar, como vimos anteriormente, o CADE em autarquia.

2.3.4. A Lei nº. 8.884/1994: disposições gerais

A Lei nº. 8.884, como sua congênere anterior, regulamenta o dispositivo constitucional, mais precisamente o art. 173, §4º da Carta de 1988. Teleologicamente, o diploma tem por objetivo contribuir com a realização do desenvolvimento humano e da livre iniciativa, a fim de assegurar a todos uma vida digna segundo os ditames da justiça social.

A lei estimula a livre concorrência, fator essencial para o equilíbrio da ordem econômica, reprimindo toda e qualquer prática que possa eliminá-la ou impedi-la.

Em seus arts. 20 e 21, enumera casuisticamente os vários atos caracterizadores das infrações à ordem econômica que possam produzir os seguintes efeitos:³³

- 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.

Prescrevem em cinco anos as infrações à ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração continuada ou permanente, do dia e que tiver cessado (art. 28).

Cabe afirmar que o poder econômico não é punível, mas sim o seu abuso. O delito configura-se pela prática de qualquer ato, sob qualquer forma manifestado, que tenha por objeto ou possa produzir danos à ordem econômica, mesmo que o efeito não seja alcançado. Trata-se, portanto, de delito formal: independe do efeito ou resultado.

³³ Art. 20 da Lei nº. 8.884.

Independente igualmente de dolo do agente, isto é, de sua vontade consciente dirigida ao fim anti-jurídico.

A infração cometida contra a ordem econômica insere-se no campo do Direito Penal Econômico. A lei acolhe o princípio da reserva legal, ou seja, não há crime sem prévia definição legal, e a sua interpretação é sempre restritiva. Essas infrações envolvem a responsabilidade solidária da empresa e de seus administradores.

Segundo o art. 16 da Lei Antitruste, a infração cometida por entidade ou sociedade empresarial corresponde a pelo menos dois agentes ativos, quais sejam o agente da atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços, isto é, o empresário, e o seu dirigente ou administrador. Entretanto, o inciso II do art. 23 estabelece que o administrador ou dirigente somente será considerado devedor solidário da multa se tiver sido direta ou indiretamente responsável pela infração contra a ordem econômica.

A Lei nº. 8.884, em seu art. 18, acolheu a doutrina do *disregard of legal entity*, esboçada nas jurisprudências inglesa e norte-americana, e também já prevista anteriormente no Código de Defesa do Consumidor (art. 28). Este artigo da Lei Antitruste prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da infratora quando a infração consistir em abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração poderá ocorrer ainda em caso de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocadas por má administração.

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica das empresas surgiu no Direito Comercial para tingir e vincular a responsabilidade do sócio em casos de falência, má administração, desonestidade, entre outros. Não se trata de declarar nula a personificação, mas de torná-la ineficaz para determinados atos. O juiz poderá desconsiderar episodicamente a personalidade jurídica para coarctar a fraude ou abuso do sócio que dela se valeu como escudo, sem importar essa medida dissolução da entidade.

A Secretaria de Direito Econômico – SDE – órgão do Ministério da Justiça, desempenha importante papel no processo de repressão das práticas nocivas à ordem

econômica. Suas amplas atribuições estão previstas no art. 14 da Lei nº. 8.884, nomeadamente a de instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infração da ordem econômica e remetê-lo ao CADE para julgamento.

Compete ao CADE, órgão judicante, com jurisdição em todo o território nacional e com sede e foro no Distrito Federal, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei.

A decisão do CADE cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou de não fazer constitui título executivo extrajudicial, cabendo ao infrator, se a decisão for objeto de execução judicial, valer-se dos recursos oferecidos pelo Código de Processo Civil contra os atos processuais do juiz da causa. O art. 65 prevê sobre o oferecimento de embargo visando à desconstituição do título executivo que não suspenderá a execução se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução a ser fixada pelo juízo.

O plenário do CADE tem a faculdade de requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões. A execução do título será promovida na Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede do domicílio do executado, à escolha do CADE (arts. 60 e 64). As multas aplicadas deverão ser executadas segundo o previsto na Lei de Execuções Fiscais (Lei nº. 6.830/80), dependendo, portanto, de sua inscrição na dívida ativa da autarquia.

O juiz do feito poderá decretar a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor (art. 69). Sua função será remunerada e arbitrada pelo juiz e correrá por conta do executado, bem como todas as demais despesas resultantes da intervenção.

A intervenção é medida temporária, cuja duração será subordinada à efetivação da execução *sub judice*. Ocorrendo o cumprimento da obrigação imposta ao infrator, a intervenção deverá ser revogada, esmo que o prazo previsto para sua duração não se tenha esgotado.³⁴

³⁴ A lei prevê o prazo máximo de 180 dias.

Diante do exposto, pode-se concluir que as regras da Lei Antitruste pátria conferem concreção aos princípios elencados na Constituição de 1988, tudo em coerência com a ideologia constitucional por esta adotada.³⁵

2.4. O direito concorrencial na Constituição

O texto da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto ao fato da concorrência ser, entre nós, um meio, um instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

A verdade é que a disciplina da concorrência no Brasil surge, como anotamos anteriormente, em um contexto de proteção da economia popular (cf. Decreto-lei nº. 869/38 e Decreto-lei nº. 7.666/45), o que, sem dúvida, já lhe atribui um caráter instrumental, ainda que vinculado à economia popular e ao consumidor.

O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, §4º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Manda, também, reprimir o aumento arbitrário de lucros (art. 173, §4º), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V).

Vale afirmar, portanto, que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são instrumentais da promoção da dignidade humana. A Constituição brasileira, em seu todo, persegue objetivos mais amplos e maiores do que, singelamente, o do livre mercado.

De seu turno, o art. 193 da Carta Magna, primeiro do título “Da Ordem Social”, estabelece: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

³⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Assim, o empenho em relação à realização da justiça social fez com que comparecesse tanto como princípio da ordem econômica (art. 170) quanto da ordem social (art. 193).

O compromisso com a melhoria das condições sociais da população e sua harmonização em todo o país levou a apresentar a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais que como objetivo fundamental da República (art. 3º, III), quer como um dos princípios da ordem econômica (inciso VII do art. 170). A soberania nacional é mencionada como um dos fundamentos da República (art. 1º, I) e como princípio da ordem econômica (art. 170, I). A livre iniciativa e os valores sociais do trabalho, por sua vez, são referidos como fundamentos da República (art. 1º, IV) e especificamente da ordem econômica (art. 170), sendo que a este último foi atribuída primazia na ordem social. E a função social da propriedade é referida nos princípios da ordem econômica (inciso III do art. 170) e entre os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, XXIII).

Além dos princípios veiculados pelo art. 170 da Constituição acima citados, teremos que todos eles têm por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

À vista dos dispositivos mencionados, é claro a todas as luzes que a Constituição pátria apresenta-se como uma estampada antítese do neoliberalismo, pois não entrega a satisfatória organização da vida econômica e social a uma suposta e, frise-se, nunca demonstrada eficiência do mercado. Pelo contrário, declara que o Estado brasileiro tem compromissos formalmente explicitados com os valores que nela se enunciam, obrigando a que a ordem econômica e a social sejam articuladas de maneira a realizar os objetivos apontados.

Segundo o ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello:³⁶

Com isto, arrasa liminarmente e desacredita do ponto de vista jurídico quaisquer veleidades de implantação, entre nós, do ideário neoliberal. Aliás, uma verdadeira aberração do ponto de vista do neoliberalismo é o disposto no art. 219, de acordo com o qual: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 787.

sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

Os princípios veiculados pelo art. 170 da Constituição e todas as regras que a partir dele se desdobram estão à disposição dos fins enunciados pelo art. 3º da própria Constituição e, desse modo, não podem ser lidos ou tomados apartadamente do sistema ao qual pertencem e ao qual, ao mesmo tempo, dão conformação. Veja-se, a propósito, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal:

Embora a atual Constituição tenha, em face da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº. 1/69, dado maior ênfase à livre iniciativa, uma vez que, ao invés de considerá-la, como estas (arts. 157, I e 160, I, respectivamente), um dos princípios gerais da ordem econômica, passou a tê-la como um dos dois fundamentos dessa mesma ordem econômica, e colocou expressamente entre aqueles princípios o da livre concorrência que a ela está estreitamente ligado, não é menos certo que tenha dado maior ênfase às suas limitações em favor da justiça social, tanto assim que, no art. 1º, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos deste, no inciso IV, não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os valores sociais da livre iniciativa: ademais, entre os novos princípios que estabelece para serem observados pela ordem econômica, coloca o da defesa econômica do consumidor (...) e a redução das desigualdades sociais.³⁷

No Brasil, a tutela da concorrência não é, portanto, um fim em si mesma e poderá ser afastada quando o escopo maior perseguido pelo sistema assim o exigir.

³⁷ ADIn 319/4 – DF. Rel: Min. Moreira Alves. Julgada em 3 de março de 1993.

3. JUSTIFICATIVAS PARA A REGULAMENTAÇÃO DA CONCORRÊNCIA

A preocupação com o nível do bem-estar da sociedade, dada a ação e estratégia empresarial, consiste no objetivo final no âmbito da política antitruste. A partir daí, bases teóricas são construídas e adaptadas para fornecer uma base científica ao que se denomina política de defesa da concorrência ou política antitruste.

Até o momento, a base teórico-normativa utilizada para tal são aquelas ligadas às proposições da teoria neoclássica sobre os mercados. Estas proclamam a condenação aos atos e condutas empresariais que possam enfraquecer a concorrência nos mercados.

Admite-se que, tão mais intensa a competição, mais perto do nível máximo de bem-estar econômico estará a população. Essa é a base na qual tanto se defende a preservação da concorrência para todo e qualquer tipo de mercado. A prática de proteger a concorrência é tão comum nas políticas antitrustes que pode parecer um fim comum. Talvez assim possa-se justificar a política antitruste muitas vezes denominada política de defesa da concorrência, cuja ação é o combate às práticas anticompetitivas horizontais e verticais.

No entanto, a ligação entre concorrência e ganhos de bem-estar não é direta ou mesmo garantida. Em primeiro lugar, a concorrência precisa gerar eficiência e os bons resultados dessa última serem distribuídos entre a sociedade. Em situações em que se verificam falhas de mercado, as proposições de garantia de bem-estar dado à plena concorrência não são verificáveis, isto é, nem sempre mais concorrência implica maior eficiência econômica. Por consequência, nem sempre mais concorrência gera maior bem-estar coletivo.

Espera-se que a ação antitruste, sendo verdadeiro o propósito de manutenção ou elevação do bem-estar geral da sociedade, deva ao longo de sua experiência e amadurecimento se ocupar de relevar as diversas fundamentações teóricas que contribuem para evidenciar as questões relacionadas à eficiência nos mercados. As questões teóricas sobre tais pontos são os principais elementos que este capítulo pretende explicitar.

3.1. As vantagens competitivas no processo concorrencial

Considerando o caráter dinâmico da concorrência, a competitividade pode dar-se por qualquer forma de diferenciação. O êxito em alcançar essa diferenciação dará o formato da vantagem competitiva. Esta, por sua vez, permite o ganho de parcela de mercado, a obtenção de maiores lucros e a possibilidade de auferir poder de mercado.

A diferenciação consiste em qualquer alteração econômica ou técnica em relação aos demais. Gerando uma vantagem sobre as demais firmas, será dita como uma vantagem competitiva. Pode se dar por redução dos custos ou pela diferenciação do produto.

A percepção de que as diferenciações, quando não transferidas aos demais concorrentes, permitem a manutenção ao longo do tempo do adicional de lucro dá origem às vantagens não generalizadas, denominadas barreiras à entrada. Quando se obtém uma vantagem sobre os custos, a expansão de mercados é alcançada através da redução dos preços.

A diferenciação oriunda das vantagens sobre custos permite que as pequenas firmas acumulem capital e expandam suas participações no mercado. Ocorrendo economia de escala, o crescimento é ainda maior e maior também será a dificuldade das demais em reagir a tais vantagens. Cumpre lembrar que vantagens sobre custos refletem, em muitos casos, diferenciais na qualidade do produto e vice-versa.

Por conseguinte, a diferenciação pelos custos pode ou não ser acompanhada por mudanças na qualidade do produto. Os fatores que levam a vantagens sobre os custos podem, portanto, representar vantagens na diferenciação do produto.

As formas de vantagens competitivas pelos custos são: economia de escala e de escopo, acesso facilitado ao mercado de crédito, patentes, relações privilegiadas com fornecedores, ganhos de eficiência na organização da produção, eficiência administrativa, entre outras.

No que tange as formas em que se dão as vantagens advindas da diferenciação de produtos, uma lista de fatores pode ser citada, como especificações ou

descomoditização no produto, geração de confiabilidade na marca do produto, maior durabilidade, vantagens de ergonomia e design, menor custo na utilização do produto, desenvolvimento da marca, melhoria nas formas de comercialização, ganhos de assistência técnica, canais de financiamento à aquisição do produto, e disseminação nos canais de atendimento ao consumidor.

3.2. O papel das inovações na competitividade

Várias são as formas de definir inovação. Tomemos como definição que inovação é qualquer mecanismo que modifica o espaço econômico. Quando o espaço econômico modificado³⁸ leva ao incremento no grau de monopólio, é provável que venha acompanhado de maiores lucros (lucros extraordinários). Desse modo, não necessariamente, inovar significa um rompimento abrupto com o processo produtivo em vigor.

Ganhos em organização administrativa ou comercial se constituem em inovações e podem valer ganhos de mercado para quem as promove ao longo de um processo lento, contínuo e quase imperceptível. Por sua vez, economias de escala e escopo oriundas do progresso técnico seriam formas de inovação cujo acompanhamento por parte dos demais concorrentes exige estratégias de maior profundidade, tendo, portanto, maior impacto nos mercados.

Inicialmente, vale apontar o que se denomina trajetória natural das inovações. Considere que, em uma grande quantidade de casos, uma sequência de pequenas inovações, possivelmente fruto da experiência na produção e utilização do produto ao longo do tempo, precede o surgimento de uma inovação de maior expressão. As primeiras vão modificando os processos de produção e o produto.

Quando as inovações ultrapassam a trajetória natural, o grau de incerteza é maior, surgindo um novo paradigma e uma nova trajetória tecnológica dentro do mercado. Nesses casos, três fatores básicos, denotados por apropriabilidade,

³⁸ Representado por novas formas de produção, processo, organização, comercialização, etc.

cumulatividade e oportunidade tecnológica, se tornam mais evidentes como explicadores do ambiente inovativo.

A apropriabilidade consiste, de certa forma, na relação entre inovação e lucros extraordinários. Os lucros supranormais – ou a expectativa de obtê-los – são importantes para o surgimento de inovações, até porque a incerteza é inerente ao novo produto ou processo e, assim, precisa ser compensada. Sendo o aperfeiçoamento do produto novo de conhecimento das outras firmas, estas se beneficiariam, de modo que haveria menor incentivo ao pioneirismo nas inovações.

Nesse contexto, justifica-se a implantação de patentes ou se verifica a importância do segredo industrial e da propriedade industrial.³⁹ A apropriabilidade pode ser percebida quando o pioneirismo leva à economia de escala e esta gera barreiras às demais firmas do mercado.

A cumulatividade advém da constatação de que o progresso técnico é um processo ocasionado por sucessivos avanços técnicos. A utilização da nova tecnologia amplia a experiência e o conhecimento, intensificando a capacidade de aprimoramento delas próprias.

Isto posto, percebe-se que a cumulatividade tecnológica está diretamente ligada à trajetória tecnológica. Ainda que possa ocorrer em qualquer inovação, a cumulatividade é de maior importância no âmbito do progresso tecnológico, pois no progresso tecnológico as inovações mostram-se as mais importantes e dinâmicas das vantagens competitivas. À medida que a cumulatividade toma forma, as assimetrias de mercado vão se acentuando, isto é, a absorção da experiência revela-se através de mais inovações, e as diferenciações vão permitindo lucros e assimetrias ainda maiores no mercado.

Para fins de política antitruste, esse item de regularidade nas inovações registra evidência anticompetitiva. Uma firma contemplada pela vantagem de economia de escala pode, pela hipótese de cumulatividade, perceber adicionais vantagens de custos, gerando assimetrias suficientes para incapacitar as demais de alcançá-las com base em

³⁹ O que, no contexto da legislação antitruste, justificaria os critérios de confidencialidade das informações recebidas pelas agências de defesa da concorrência junto aos agentes de mercado.

seu próprio crescimento. Essas assimetrias advindas das sucessivas vantagens da economia de escala são naturalmente acompanhadas de lucros extraordinários, que se perpetuam e permitem a concentração de mercado.

O terceiro elemento que responde pelo comportamento inovativo, a oportunidade tecnológica, ocorre no momento em que o mercado ou o ciclo do produto se encontra. O ciclo do produto apresenta-se como o principal fator que explica a oportunidade tecnológica. Em fase inicial do mercado, mais fácil se tornam as relações com fornecedores e clientes, bem como a fixação da marca.

Com o crescimento do mercado já consolidado, tais vantagens diminuem. Pode-se considerar, também, que no lançamento de produtos as oportunidades também se manifestam pela possibilidade de ganhos de escala. Na fase do ciclo maduro, o produto já está estandardizado e as difusões certamente já ocorreram. Assim, as oportunidades tendem a exaurir-se.

De forma alguma essas considerações não permitem concluir que o princípio de defesa da concorrência é um dolo ao bem-estar do mercado e ao objetivo de um sistema econômico com mínimas explorações de mercado. A rivalidade entre firmas ainda assegura a busca pela melhor produção aos menores custos e preços. Todavia, também não se pode cometer a injustiça de não se atentar para situações especiais ou temporárias, em que ações empresariais com reflexos de queda na força competitiva possam estar assegurando inovações e ganhos em alguma das possíveis formas de eficiências.

3.3. A eficiência

A eficiência é o princípio fundamental do direito antitruste na teoria neoclássica. Para alguns, mais do que um dos elementos, a eficiência é o fator central a definir a licitude ou não do poder no mercado.

Na lei brasileira, a eficiência assume também posição de destaque. Ela vem regulada em dois diferentes dispositivos. Quanto às situações de poder já existentes,

prevê o art. 20, §1º da Lei nº. 8.884: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito prevista no inciso II.”⁴⁰ A eficiência aparece aí como excludente absoluta da ilicitude. O poder no mercado, mesmo existente, é incapaz de caracterizar a figura ilícita da dominação dos mercados quando obtido em função de maior eficiência.

A eficiência aparece também na lei antitruste como fundamento para a aprovação das concentrações de empresas. Ela está contida não apenas no art. 54, §1º, I, “c”. Também a alínea “a”, que fala em produtividade é, em última análise, um dos componentes da eficiência. No controle das concentrações, a eficiência não é, no entanto, excludente absoluta de ilicitude. Devem estar presentes também outros fatores para que a concentração seja aprovada.

A teoria neoclássica distingue entre dois tipos de eficiência, quais sejam a eficiência alocativa e a eficiência produtiva.

A primeira relaciona-se com a distribuição dos recursos na sociedade. Não se deve confundir a questão com o problema da distribuição de renda e de riqueza, que para os neoclássicos nada tem a ver com o direito antitruste. Para os neoclássicos, verificar se existe eficiência alocativa é simplesmente determinar se os recursos estão empregados naquelas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam.

No caso de monopólios, as situações de poder de mercado levam a ineficiências alocativas. Sobretudo a passagem de uma situação de concorrência para a situação em que uma firma tem grande poder no mercado gera uma redistribuição de recursos ineficiente. Ainda, a diminuição da produção objetivando o aumento dos preços leva a uma redução do número de potenciais consumidores, que deixarão de consumir o produto. A perda de utilidade para esses consumidores, que deixam de consumir um produto do qual necessitam, representa a ineficiência alocativa.

Dessa ineficiência, que a teoria econômica permite presumir ser consequência natural de qualquer situação de monopólio, deve-se subtrair um outro elemento: a

⁴⁰ Art. 20 da Lei nº. 8.884: “Constituem infração da ordem econômica (...): II – dominar mercado relevante de bens ou serviços.”

chamada eficiência produtiva. Ao contrário da eficiência alocativa, que vê a questão do ponto de vista de mercado, a eficiência produtiva expressa o efetivo uso dos recursos pelas empresas. É, portanto, um dado interno de cada empresa, representando o nível de dispêndio necessário para produzir um determinado bem.

Assim, enquanto a eficiência alocativa se traduz na curva de demanda pelo produto, a eficiência produtiva é representada pela curva dos custos. É também firme a crença na teoria econômica de que as dimensões econômicas induzem naturalmente reduções de custos através das chamadas economias de escala. O aumento da produção faz com que o custo unitário de cada produto se reduza. Isso porque os custos fixos das empresas precisam ser distribuídos por um número muito maior de produtos.

Mas não só na produção direta há economia. Vários outros insumos necessários para a produção e comercialização do produto se tornam mais baratos. Assim, por exemplo, os custos do capital e os custos promocionais.

Ao produzir a custos mais reduzidos, a empresa está, também, economizando recursos sociais, isto é, permitindo que a economia de custos por ela realizada possa ser alocada de outra forma, em outras atividades necessárias ao preenchimento de alguma utilidade. Cabe lembrar que para os neoclássicos pouco importa quem será o beneficiário dessa economia e quem, sejam produtores ou consumidores, poderá realocar os recursos mais eficientemente. Importante apenas é a existência e o montante da economia.

Do ponto de vista neoclássico, avaliar uma situação de poder no mercado se resume, pois, a determinar qual o aspecto que prevalece na formação dessa posição, se a ineficiência alocativa ou a eficiência produtiva.

Entretanto, atualmente está bastante firmado na doutrina o entendimento de que a relação entre eficiência alocativa e produtiva é impossível de ser determinada com precisão.⁴¹ Na verdade, se indícios econômicos existem numa ou noutra direção, eles apontam em sentido exatamente contrário, ou seja, de uma presunção de prevalência da

⁴¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ineficiência alocativa sobre a eficiência produtiva em caso de formação de poder no mercado.

A mais importante de todas as críticas à teoria exposta acima é a crítica externa, isto é, aquela baseada na negação dos pressupostos neoclássicos. A lei, ao definir os consumidores como destinatários diretos e primários das normas antitruste, obviamente não restringe sua tutela à proteção do interesse à maximização da riqueza social, independentemente de quem deva ser seu beneficiário. Se assim fosse, não seria necessário mencionar os interesses dos consumidores especificamente, bastando referir-se ao princípio maximalista neoclássico.

Na lei brasileira, essa necessidade de proteção e via direta do interesse dos consumidores, e não apenas indireta através da procura da maximização da riqueza global, é reforçada pela existência de previsão específica no tocante à eficiência. Bastante reveladora é a comparação entre o art. 54, que regula o controle das concentrações, e o art. 20, §1º, – ambos da Lei nº. 8.884 – que regula as situações de poder adquiridas com base no crescimento interno.

Enquanto o primeiro dispositivo coloca a eficiência entre vários outros elementos justificadores da concentração, o último estabelece um excludente absoluto de ilicitude para as situações de poder de mercado criadas a partir do crescimento interno, com base exclusivamente na eficiência.

A comparação dos dois dispositivos sugere a existência de uma preferência do legislador pelo crescimento interno em detrimento do crescimento através de aquisições de empresas. Essa preferência é óbvia e justifica-se. Não só o crescimento interno tem efeitos macroeconômicos positivos, pois implica aumento do investimento que, potencializado por seu efeito multiplicador, leva a um aumento da própria renda, mas também se pode ter a garantia de que, se esse crescimento foi baseado na maior eficiência, e não na eliminação dos concorrentes, então os ganhos dela decorrentes foram repartidos com os consumidores. Se o produto ganhou licitamente fatias do mercado é porque ou reduziu os preços ou melhorou a qualidade do produto. Essa mesma certeza não é possível ter com relação às concentrações.

Além disso, ao tratar do controle das concentrações, o legislador elabora em termos claros o princípio redistributivo. O art. 54, §1º, II prevê, logo em seguida ao requisito da eficiência, que é preciso também demonstrar que os “benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro.” Não basta, portanto, a existência da eficiência, é necessária a garantia da efetiva repartição de seus benefícios com os consumidores.

3.4. As escolas norte-americanas de políticas de defesa da concorrência

Até os dias de hoje, a base das políticas de defesa da concorrência se sustentam através de duas linhas de propostas e objetivos advindos das escolas de Harvard e Chicago. A distinção básica entre estas escolas está nos itens seguintes.

3.4.1. A política antitruste pela escola de Harvard

Influenciando fortemente a política americana desde a década de 1950 ao início da década de 1980, a escola de Harvard baseou-se principalmente no modelo de estrutura-conduta-desempenho (E-C-D) para advogar que, independentemente de outras considerações, a tarefa central antitruste seria a de impedir concentrações de empresas que pudessem levar ou apontar para criação ou aumento de poder de mercado.

O modelo E-C-D preconiza a relação na qual atributos presentes na estrutura de mercado (estrutura de custos da produção, números de empresas e consumidores, tipos de barreiras à entrada e outros) implicam determinados tipos de conduta empresarial (ações e estratégias sobre preços, vendas, diferenciação de produtos e outros), os quais, por sua vez, determinam o desempenho no mercado (margens de lucro, grau de distribuição de renda, oferta do produto). Ou seja, a configuração da estrutura de um

mercado gera determinados tipos de condutas, e estes propiciam o desempenho das empresas pertencentes àquele mercado.

Fundamentando-se no modelo de equilíbrio competitivo, a eficiência alocativa seria, portanto, obtida no ponto de igualdade entre preço e custo marginal, e a eficiência técnica, quando preço igual ao custo médio, ambas as situações em longo prazo. As condições que geram o modelo competitivo com tais eficiências são as de ausência de influência sobre preços (grande número de agentes, o suficiente para que não sejam formadores de preços) e livre fluxo de empresas ao mercado.

Isso posto, a não observância dessas duas pressuposições poderia levar à criação de poder de mercado com efeitos de imposição de preços acima de custos médios e marginais a longo prazo. Estaria, então, montada a principal base normativa advinda da escola de Harvard: a tarefa da política antitruste seria a de controle preventivo das estruturas de mercado no sentido de impedir a criação e o exercício do poder de mercado oriundo, notadamente, do aumento do grau de concentração das empresas no mercado.

Falhas de mercado como barreiras à entrada poderiam sustentar ou estimular o uso de poder de mercado. Assim, a política de defesa da concorrência deveria atuar preferencialmente nas condições estruturais de mercado. Com efeito, esse foi o enfoque de Harvard: a predominância do controle preventivo via contenção nas concentrações horizontais, em vez de se ater tanto às condutas anticompetitivas de empresas.

A política antitruste de Harvard considera a desconcentração de mercados como uma finalidade em si mesma. A base teórica dada pela formulação da E-C-D, na qual a concentração era a variável-chave a ser controlada, foi abrindo espaço para outras considerações, como as condutas empresariais que teriam efeitos sobre o incremento de barreiras à entrada.

Denominada Nova Escola de Harvard, nas décadas de 1960 e 1970, a ênfase passou a abrigar também questões como os gastos com propaganda, o nível de capacidade ociosa, acordos de exclusividade e fixação de preços de revenda como práticas anticompetitivas entre mercados geradores de poder de mercado.

Em suma, quase uma posição dogmática, a recomendação de Harvard centrou-se na criação de poder de mercado, seja por atos e condutas empresariais, como elemento nocivo e determinante para gerar efeitos perversos à eficiência técnica e alocativa, bem como à distribuição de renda. Daí a ser combatida independentemente de outras considerações que poderiam contrabalançar.⁴²

3.4.2. A política antitruste pela escola de Chicago

A escola de Chicago ou a “*Efficiency School*” surge para destacar a importância no tratamento das eficiências econômicas na análise antitruste, o que era em grande parte negligenciado por Harvard. O enfoque de Chicago teve maior força nos anos 80 junto ao governo americano, na presidência de Reagan.

A vertente de Chicago, que é uma contestação ao receituário dominante de Harvard, apontava que a visão estruturalista não contava com respaldo suficientemente teórico ou empírico para estabelecer que concentrações de mercado reduziam bem-estar econômico por meio de geração de poder de mercado. Mais ainda, elevada concentração, além de não necessariamente gerar poder de mercado e perda de satisfação social, pode, em muitos casos, ser a consequência de desenvolvimento da indústria. Afinal, em um processo competitivo, as firmas mais eficientes acumulam recursos, dada a sua maior lucratividade, e absorvem mercados, enquanto as menos eficientes caminham de forma inversa.

Na “*Efficiency School*”, em geral, a concentração de mercado é fruto de economias de escala, escopo ou de algumas das várias formas de eficiência. Assim, simplesmente coibi-la poderia justamente gerar perda de bem-estar econômico e o castigo a quem se torna eficiente, pois o grau de monopolização mostra justamente os que foram eficientes e conseguiram, através de seu desempenho, adquirir parcela de mercado.

⁴² FORGIONI, Paula Andrea. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Essa manutenção de participação no mercado evidencia a eficiência daquelas empresas em nível superior ao das demais, caso contrário, estas perderiam mercado com a competitividade das rivais.⁴³ Também criticavam o aspecto de que uma ação governamental no sentido da desconcentração do mercado poderia causar mais distorções do que benefícios à economia.

O mérito da escola de Chicago está no fato de que o trabalho de seus defensores evidenciou a importância de se incorporar às políticas antitruste os vários tipos de eficiências econômicas, ainda que às custas de uma maior complexidade analítica, em função dos inúmeros “*trade-offs*”⁴⁴ existentes entre tais tipos.

Pode-se entender que as duas escolas prestaram uma evolução à normatização da política antitruste. Enquanto Harvard, através da E-C-D, chama a atenção para questões estruturalistas que atentam para o perigo do poder de mercado gerado por atos de concentração ou condutas anticompetitivas, a “*Efficiency School*” preconiza a necessidade de uma filtragem na análise, considerando os diversos tipos de eficiência econômica que podem justificar tais atos.

3.5. A política industrial

No sistema brasileiro, os limites da atuação do Estado no estabelecimento e execução da política industrial vêm claramente estabelecidos no art. 174, *caput*, da Constituição. Ali se atribui ao Estado a função de regulamentação da atividade econômica. Exceção é feita ao planejamento econômico, cujas regras são determinantes para o setor público, mas meramente indicativas para o setor privado, procurando o constituinte, assim, afastar a possibilidade de dirigismo estatal da economia.

⁴³ Para chegar a essas conclusões, a “*Efficiency School*” considerava certas condições de difícil verificação no mundo real. Entre essas: previsão perfeita, ausência de preferência ou fidelidade à marca no consumo, baixas barreiras à entrada, ou seja, modelos competitivos neoclássicos.

⁴⁴ Um “*trade-off*” se refere, geralmente, a perder uma qualidade ou aspecto de algo, mas ganhando em troca outra qualidade ou aspecto. Isso implica que uma decisão seja feita com completa compreensão tanto do lado bom, quanto do lado ruim de uma escolha em particular. Com isso, pode-se fazer uma alusão dos “*trade-offs*” como medidas estratégicas, em que o retorno não é imediato, mas sim mediato através de resultados bem mais qualificados ao longo do tempo.

Entretanto, essa afirmação pouco ou nada esclarece a respeito da amplitude da discricionariedade do Estado na fixação da política industrial. Para a resolução dessa questão, parâmetros mais claros encontram-se no art. 170 da Carta Constitucional.

Entre os vários princípios ali previstos, é possível destacar três que se sobrepõem. São eles os mencionados no *caput*, os dois primeiros como fundamento e o terceiro como objetivo da ordem econômica: a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a busca da justiça social. São todos eles limites absolutos a qualquer política industrial.

Dessas observações emerge um critério constitucional importante para avaliação da política industrial. Ela não pode ser direcionada a substituir ou eliminar o sistema concorrencial. Essa afirmação fundamenta-se nos diferentes efeitos que a política industrial pode ter sobre os princípios e objetivos fundamentais da ordem econômica estabelecidos no acima mencionado art. 170.

De um lado, uma política tendente a eliminar a concorrência é claramente contrária à livre iniciativa. Sua instrumentalidade em relação ao objetivo da justiça social é, no entanto, na grande maioria dos casos, no mínimo incerta. Tratando-se de regulamentação pelo Estado da atividade empresarial, não é possível distinguir uma clara e imediata instrumentalidade em relação à promoção da justiça social.

O grande valor da menção ao objetivo da justiça social não é, desse modo, a sua utilização como parâmetro oposto à livre iniciativa, mas sim a afirmação da necessidade de existência de políticas sociais tendentes a eliminá-la. Relativamente à intervenção do Estado no domínio econômico, regulando ou exercendo atividade empresarial, o valor da menção à necessidade de perseguir a justiça social é orientar a intervenção do Estado na economia no sentido de corrigir as imperfeições do sistema concorrencial, e não eliminar ou substituir este último.

Analisando-se agora alguns dos mais importantes instrumentos de política industrial com influência direta no sistema antitruste, a questão da pesquisa tecnológica talvez seja a principal preocupação de uma política industrial eficiente.

Nos países industrializados, o desenvolvimento tecnológico há muito já se transformou em sinônimo de competitividade internacional. Muitas legislações já

contêm em seu bojo disposições que permitem a aprovação de contratos de cooperação ou concentração empresarial desde que sejam benéficos ao desenvolvimento tecnológico. E no Brasil não é diferente.⁴⁵

A lei antitruste brasileira reconhece o desenvolvimento tecnológico como justificativa tanto da cooperação quanto da concentração empresarial. Seu art. 54 aplica-se a ambas as situações. Isso não significa, no entanto, que o desenvolvimento tecnológico possa ser perseguido a todo custo através das concentrações ou das cooperações empresariais. Ele serve como causa justificadora de uma posição de poder desde que a concentração não erija barreiras insuplantáveis à entrada de concorrentes e desde que existam ganhos líquidos de eficiência.

Nesse sentido, o legislador brasileiro agiu bem ao estabelecer no próprio art. 54 que a melhoria tecnológica não é apta sozinha a justificar a concentração, sendo necessária a presença de outros requisitos, como a não eliminação de parte substancial da concorrência e repartição dos benefícios com os consumidores, para a aprovação da concentração ou da cooperação econômica.

O segundo instrumento de política industrial é o auxílio às empresas em crise. É possível sustentar que medidas para enfrentar a crise, mesmo que impliquem certa coordenação da atividade dos agentes econômicos, são necessárias para a própria defesa do sistema de mercado. Permitir a destruição de capacidade produtiva implicaria a diminuição da produção e sua concentração nas mãos de um número menor e mais poderoso de empresas.

O sistema econômico deve dar resposta a esse tipo de situação. Desde que estejam presentes os requisitos do art. 54 da Lei nº. 8.884, é possível aprovar os contratos visando à cooperação econômica entre concorrentes.

Mais simples é a justificação das concentrações em caso de crise estrutural indissolúvel. O direito brasileiro não prevê uma regulamentação especial para a aquisição das empresas em crise. Parece, no entanto, ser possível ao CADE, dentro dos amplos parâmetros da regra da razão estabelecidos no art. 54, aprovar concentrações nos

⁴⁵ Art. 54 da Lei nº. 8.884/94.

casos em que na sua ausência de concentração a saída da capacidade produtiva da firma do mercado seja certa.

Desde que se tome como parâmetro de comparação a situação que se verificaria caso a capacidade produtiva da empresa deixasse o mercado, todos os requisitos do art. 54 estariam cumpridos. Haveria um real ganho líquido de eficiência. Por outro lado, a concentração não cria barreiras adicionais à entrada de concorrentes se comparada com a situação alternativa, de falência da empresa e destruição de sua capacidade produtiva (inciso III).

Enfim, existe um claro ganho líquido de eficiência caso se compare a concentração à sua alternativa, a pura e simples saída da empresa do mercado. A razão para isso é simples. Comparada à sua alternativa, a concentração é eficiente e benéfica ao consumidor. Se é verdade que a concentração implica aumento do poder no mercado, ela proporciona eficiência, decorrente dos ganhos de escala produtiva (inciso II). Já a saída da empresa do mercado proporciona às empresas remanescentes o mesmo aumento do poder no mercado. Seu poder aumenta, ao menos em um primeiro momento, na mesma proporção em que o volume de produção diminui.

A concentração é, portanto, necessária e suficiente para o alcance dos objetivos visados, cumprindo-se os requisitos do art. 54, §1º da lei concorrencial.

No tocante ao apoio à pequena e média empresa, a defesa destas não pode constituir objetivo do direito concorrencial. Essas empresas devem ser defendidas como qualquer outro concorrente e não como concorrentes privilegiados.

É importante que se entenda plenamente o significado dessa afirmação. O que não é admissível é que o direito concorrencial atribua à pequena e média empresa vantagens adicionais em relação àquelas que naturalmente já atribui. Sendo o direito concorrencial formado em grande parte por regras de controle e sancionamento do poder no mercado, as pequenas e médias empresas, normalmente destituídas desse poder escapam de grande parte de suas sanções.

Obviamente, uma fusão entre duas pequenas empresas, sem poder no mercado, não será objeto de preocupação para o direito concorrencial. Também a pequena e média empresa, sem poder no mercado não poderá ser sujeito ativo dos ilícitos que

caracterizam abuso do poder econômico, uma vez que lhes falta o requisito indispensável do poder econômico.

Mas além disso não se pode ir. A pequena e média empresa devem estar sujeitas, como qualquer outra empresa, à punição por concorrência desleal, isto é, por aquelas práticas que por si e independentemente das dimensões do agente, constituem ilícito, como utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de concorrente (art. 21, IX da Lei nº. 8.884).

Questão diversa é o apoio à pequena e média empresa como política industrial autônoma. Mais do que necessário, esse apoio é um dever constitucional, por força do previsto no inciso IX do art. 170 da Constituição Federal. Aqui, também, é preciso que essa política não entre em choque com os princípios concorrenciais.

Outro ponto importante a ser abordado pela política industrial é a questão da regulamentação dos monopólios naturais. Os monopólios naturais constituem o ponto de partida para maioria das teorias que procuram explicar as razões da intervenção do Estado no domínio econômico.⁴⁶ É com relação a eles que a intervenção do Estado ganha sua explicação mais racional, a ponto de sua discussão na doutrina ter sempre assumido um caráter predominantemente dogmático e não político-ideológico.

Para entender as razões dessa afirmação é necessário compreender o conceito econômico de monopólio natural. Duas são as noções existentes. O conceito mais amplo deriva da própria denominação utilizada. Monopólio natural é aquela situação de monopólio criada naturalmente e não em função da ação dos agentes econômicos direcionada à sua constituição. Tal situação se verifica naqueles setores em que a competição é impossível, física ou economicamente.

Outra causa dos monopólios naturais consiste nos chamados retornos crescentes de escala. Sua formulação é bastante simples: quanto maior a produção, maior o nível de satisfação obtido pelo consumidor e, portanto, progressivamente mais difícil e menos lucrativa torna-se a venda de uma unidade adicional do produto. Existem casos, no entanto, em que ocorre exatamente o contrário. Quanto maior o número de usuários,

⁴⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

maior a utilidade do produto para o usuário seguinte e, dessa forma, maiores a probabilidade e a lucratividade da venda sucessiva. Em alguns casos extremos, esses retornos crescentes de escala impõem a existência de um monopólio natural.

A regulamentação dos monopólios naturais faz-se necessária na medida em que o comportamento natural e racional de tal tipo de estrutura será aumentar os preços a níveis supracompetitivos. É a racionalidade da conduta que não torna o comportamento lícito. Sugere, entretanto, que a simples aplicação das regras sobre abuso do poder econômico a essa situação não pode ser suficiente.

A regulamentação é indispensável até para proteger os próprios competidores, pois a introdução de competição em setores que requerem monopólios naturais pode levar à concorrência predatória e à destruição dos competidores.

Se o mercado é dotado de uma imperfeição estrutural, é justificável a intervenção regulamentar do Estado para corrigir ou pelo menos evitar os efeitos danosos dessa imperfeição para os consumidores e concorrentes.

A questão que se coloca é a da modalidade da intervenção. No caso do Brasil, a opção feita pelo legislador quanto a esse ponto foi decidir pelo exercício da atividade pelo Estado em sistema de monopólio. Assim, a opção por esta alternativa envolve considerações de conveniência política, que não serão tratadas neste estudo por envolver aspectos alheios ao tema central que se propôs discutir. Observe-se apenas que, em uma concepção social do Estado, a conformação jurídico-econômica mais eficiente é aquela que concentra capitais nas atividades sociais, retirando o Estado do exercício de atividades econômicas.

3.6. Atuação estatal e concorrência

A análise até agora empreendida visou a determinar a compatibilidade de políticas industriais genericamente consideradas com o sistema constitucional brasileiro. Verificou-se, a partir dos princípios constitucionais de orientação da ordem econômica,

os limites à implementação de políticas industriais pelo Estado através da intervenção regulamentar no domínio econômico.

Diversa é a situação, no entanto, quando para certa indústria ou ramo de atividade a própria Constituição prevê uma regulamentação especial. É necessário nesse caso determinar se e em que circunstâncias essa regulamentação pode desconsiderar os princípios concorrenciais e em que circunstâncias pode eximir o agente econômico a ela sujeito da aplicação do direito antitruste. Importa, portanto, verificar se o constituinte pretendeu criar uma ordem excepcional, não concorrencial, para essas atividades regulamentadas.

Duas são, então, as questões que devem ser analisadas. Em primeiro lugar, é preciso verificar se o exercício do poder regulamentar por parte do órgão governamental que recebeu competência para tal é legítimo do ponto de vista concorrencial. Trata-se, assim, de verificar a possibilidade de prática de ilícito concorrencial por parte do próprio Estado ao regulamentar determinada atividade e de discutir a relação entre poder regulamentar e direito antitruste, verificando até que ponto o primeiro pode substituir o segundo.

A outra questão refere-se ao exercício do poder de fiscalização e à possibilidade de um particular que exerce atividade em setor regulamentado e fiscalizado por órgão governamental tornar-se imune à aplicação do direito concorrencial por força de regulamentação e fiscalização estatal. O problema, dessa forma, não é mais de legitimidade e constitucionalidade de uma intervenção estatal, mas sim de legalidade da conduta de um particular cujas atividades estão sujeitas a regulamentação especial e a fiscalização por órgão governamental específico.

Como já dissemos, sabe-se que os princípios básicos que regem a atuação do Estado na economia encontram-se nos arts. 173 e 174 da Constituição Federal. De sua leitura depreende-se que três são as funções possíveis do Estado na economia: em primeiro lugar como agente direto da atividade econômica, em segundo como agente fiscalizador do exercício da atividade econômica pelos particulares e finalmente como agente normativo da atividade econômica.

No primeiro caso, não há dúvida quanto à sujeição do Estado ao sistema concorrencial. A Carta de 1988 deixou essa sujeição particularmente clara ao incluir, ao contrário das anteriores, a tradicional proteção contra o abuso do poder econômico em um dos parágrafos que tratam da exploração direta da atividade econômica pelo Estado, mais precisamente no §4º do art. 173. A Lei nº. 8.884/94 confirma esse entendimento ao prever a sujeição de todos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, às normas concorrenciais.

Já quanto ao poder fiscal e regulamentar, a questão é mais complexa. É necessário verificar a natureza da atividade que está sendo fiscalizada ou normatizada. É a natureza da atividade realizada que determinará a extensão do poder regulamentar e fiscal. Pode o sistema de regulamentação e fiscalização estatal visar ou não à substituição do sistema concorrencial.

3.6.1. Principais teorias

Essa relação entre poder regulamentar e direito antitruste tem sido recorrentemente discutida na casuística norte-americana. Duas tendências jurisprudenciais paralelas se destacam, cada qual ligada a importantes eventos da história política norte-americana.

3.6.1.1. “*State Action Doctrine*”

A primeira tendência decorre diretamente da própria natureza do federalismo norte-americano, que, ao atribuir relevante nível de autonomia aos Estados, frequentemente coloca em choque a autonomia estadual com a regulamentação antitruste de nível federal.

Para determinar se o ato dos governos estaduais conferia ou não imunidade à aplicação do direito antitruste, desenvolveu-se a chamada *State Action Doctrine*, cuja

melhor e mais recente formulação, sempre citada em decisões posteriores, foi dada pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Estabeleceram-se dois critérios básicos para determinar se a regulamentação estadual conferia ou não imunidade à aplicação do direito concorrencial. Em primeiro lugar, é necessário que a decisão seja tomada ou a regulamentação expedida em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação. Não basta, portanto, que a lei dê poderes para determinação das variáveis empresariais básicas, quais sejam preço e quantidade produzida. É necessário que ela claramente expresse a intenção de substituir a competição pela regulamentação.

Mas não somente isso. Faz-se necessário, ainda, que haja uma supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação.

A aplicação desses dois critérios no sistema brasileiro levaria à conclusão necessária de que apenas quando o Estado permite a alguém a exploração de serviço público mediante concessão haveria a imunidade.⁴⁷ Isto significa que apenas a concessão de serviço público, permite, de um lado, pressupor a existência de interesse em substituição do sistema concorrencial, exatamente por se aplicar ao exercício pelo particular de serviços públicos que não se sujeitam ao regime concorrencial, e, de outro, confiar na existência de poderes suficientes por parte da administração de supervisionar ativamente o cumprimento das obrigações previstas no texto regulamentar.

Pode-se concluir, então, que ausente quaisquer desses dois requisitos, a ação estatal é passível de revisão pelo órgão encarregado de aplicação do direito concorrencial.

⁴⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

3.6.1.2. “*Persuasive Power Doctrine*”

A segunda tendência manifesta-se na análise das competências regulamentares das agências governamentais federais americanas. Não se trata, desse modo, de discutir a competências de Estados Federados para excluir a aplicação da legislação antitruste. Trata-se, pois, de verificar em que hipóteses a atribuição de competência a uma agência federal dotada de poderes regulamentares afasta a possibilidade de aplicação do direito concorrencial.

O raciocínio que aqui se aplica é bastante análogo ao desenvolvido pela teoria anterior. Dois e apenas dois são os casos em que é possível afastar a competência das agências governamentais encarregadas da aplicação do direito antitruste. Em ambos, o poder conferido à agência governamental deve ser amplo o suficiente (“*persuasive*”) para afastar a competência de qualquer outro órgão.

Em uma primeira hipótese, o poder do órgão é extenso o suficiente para afastar qualquer outra competência. Por poder extenso o suficiente entende-se aquele poder que é conferido com o intuito de substituir o sistema concorrencial. O raciocínio é, portanto, idêntico ao desenvolvido para a elaboração do primeiro requisito da *State Action Doctrine*.

A inexistência de um segundo requisito, análogo àquele formulado por esta teoria, relativo à fiscalização suficiente prende-se, provavelmente, à maior confiança das Cortes na competência e independência fiscalizatória das agências federais independentes, se comparada com a ação dos Estados da Federação, frequentemente influenciada por determinantes políticos.

A segunda hipótese é aquela em que, apesar de não dotado de extensão suficiente para afastar a aplicação do direito antitruste, o poder é profundo o bastante para fazê-lo. Nesta hipótese o que ocorre é que o poder conferido à agência governamental independente já inclui a competência para aplicar a lei antitruste. Não há que se pensar em controle do ato do ponto de vista concorrencial pelo órgão encarregado da aplicação do direito antitruste ou pelas Cortes, simplesmente porque

aquelas regras já foram, por hipótese, levadas em consideração quando da regulamentação ou quando da decisão aprovando determinado tipo de procedimento.

A conclusão que pode ser feita é que, tratando-se de agência independente de regulamentação federal, a questão de aplicação do direito concorrencial se resolve em uma discussão de competência dos órgãos envolvidos. A falta de competência da agência governamental responsável por determinado mercado para aplicar a legislação antitruste não exclui sua aplicação, ao contrário, caracteriza a ilegalidade da regulamentação que a desconsidera, por não ser este poder extenso o suficiente.

Da mesma maneira, a existência de competência, mas a falta de seu pleno exercício ou o seu exercício sem levar em consideração os aspectos concorrenciais de uma situação torna a regulamentação ilegal, pois o poder, mesmo sendo profundo o suficiente, não foi exercido (não é “*persuasive*”). Por este motivo é que a casuística existente a respeito resolve o problema da ilegalidade concorrencial de uma determinada regulamentação em termos de excesso no exercício da competência regulatória ou de desvio de finalidade.

3.6.2. O poder regulamentar e o direito concorrencial

As teorias desenvolvidas acima, uma vez retiradas do contexto sócio-político em que apareceram, permitem identificar critérios para avaliação da relação entre poder regulamentar e direito antitruste. Para que o poder regulamentar possa ser exercido sem consideração dos princípios concorrenciais, é necessário que a competência atribuída ao órgão regulamentar seja extensa o suficiente para excluir a aplicação do direito concorrencial. Isso se verifica quando a lei claramente substitui o sistema concorrencial pela regulamentação, declarando expressamente esse objetivo ou oferecendo os meios para tal.

Esse último requisito é fundamental. É preciso que a determinação das variáveis fundamentais econômicas (quantidade e preço) seja posta a cargo do órgão regulamentar. Mas não basta somente isso. É preciso também que haja fiscalização

eficaz do cumprimento das regras sobre preços e quantidades estabelecidas pelo órgão regulamentar.

No sistema brasileiro, alguns institutos de direito administrativo permitem identificar essas hipóteses. Quando a atividade realizada pelo particular tem a natureza de serviço público, então, a regulamentação substitui o sistema concorrencial. É o que ocorre, via de regra, com as concessões de serviço público.

Nelas há normalmente a criação de um verdadeiro monopólio de produção ou prestação de serviço pelo particular. A exemplo, podemos citar o caso do fornecimento de energia elétrica no Estado do Ceará, que se dá exclusivamente através da Companhia Energética do Ceará – COELCE – inicialmente uma empresa estatal e que foi privatizada em 1998.

Contrapartida necessária é a substituição do autocontrole do sistema de mercado pelo sistema regulamentar, que passa a estabelecer as variáveis relevantes, tais como o preço e frequentemente até a quantidade a ser produzida. A qualidade do produto ou serviço é normalmente objeto de fiscalização pelo próprio órgão governamental dotado do poder regulamentar.

Pode-se perceber que não é a noção de serviço público, mas sim os poderes conferidos ao órgão administrativo no ato de concessão que permitem concluir pela não aplicação do sistema concorrencial. Ressalte-se que a noção de serviço público é equívoca no sistema jurídico brasileiro, separando suas definições em formalistas e materialistas. Exemplo desta última é a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem serviço público é “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.”⁴⁸

Sendo assim, a noção de serviço público não pode ser critério para determinar sujeição ou não de uma determinada atividade ao sistema puramente regulamentar e não

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

concorrencial. Para que seja possível presumir essa intenção, é necessário verificar os poderes efetivamente atribuídos pela lei. É preciso que a lei especificamente manifeste a intenção de substituir o sistema concorrencial pelo sistema regulamentar ou então que a lei outorgue ao titular do poder regulamentar poderes para influir nas variáveis fundamentais de orientação da vida da empresa, basicamente preço e quantidade produzida, o que faz presumir a existência da mencionada intenção de substituição.

Ora, nas concessões, via de regra, é isso que ocorre: pode o poder público definir preço e quantidades produzidas e fiscalizar o cumprimento de sua determinação. O poder concedente não só tem o direito, mas a obrigação de fiscalizar o cumprimento do serviço público, que deve estar sendo prestado de acordo com as condições inicialmente previstas.

É possível, por outro lado, que a regulamentação vise não a substituir o sistema concorrencial, mas apenas a tutelar de maneira especial os interesses dos destinatários do produto ou serviço, os consumidores. É necessário, portanto, mais uma vez distinguir entre duas situações: aquela em que o legislador acha suficiente uma proteção antitruste contra abusos e outra em que o legislador parece entender necessária uma proteção mais ampla do que a concorrencial.

O primeiro caso não causa dificuldades interpretativas. Sendo o sistema antitruste o único a reger as relações, não é, então, possível qualquer conflito entre normas administrativas e regras concorrenciais.

Mais difícil, porém, é o segundo grupo de hipóteses. São estes os casos em que o particular interesse público existente na atividade, não suficiente, entretanto, para transformá-la em serviço público, leva à atribuição de poder de polícia a um determinado órgão da administração que não o encarregado simplesmente da proteção contra os ilícitos concorrenciais, qual seja o CADE. Nesses casos, é necessário estabelecer a relação entre o exercício do poder de polícia e as regras concorrenciais.

A análise da construção doutrinária em campo administrativo da noção do poder de polícia demonstra a sua necessária compatibilidade com estas regras. Sua característica básica, que a diferencia do exercício de serviços públicos, diretamente pela administração ou indiretamente pelos concessionários, está em que, quando do

exercício do poder de polícia, a administração não pode intervir diretamente, exercendo a atividade ou determinando as características básicas de seu exercício pelos particulares. A utilidade pública é obtida por via oblíqua, através de uma exigência de abstenção do particular.

Ora, se, assim, é, o exercício do poder de polícia obviamente não é compatível com a substituição do sistema concorrencial. A não aplicação deste só é admissível quando o Estado substitui o mercado à determinação das variáveis fundamentais da empresa e fiscaliza efetivamente o seu cumprimento pelos particulares, ou seja, quando cria diretamente a utilidade pública.

Em consequência, um normativo ou regulamento exarado nas condições supramencionadas, ainda que no exercício de competência legalmente atribuída ao órgão específico, seria inconstitucional e ilegal. Inconstitucional por implicar ferimento ao art. 173, §4º da Constituição Federal e ilegal na medida em que implique infringência a alguns dos dispositivos dos arts. 20 e 21 da Lei nº. 8.884, podendo ser com tranquilidade validamente contestado em juízo ou perante o CADE.

4. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Na doutrina do Direito Econômico, a ação do Estado no domínio econômico recebeu o nome tradicional de intervenção. Explica-se a utilização de tal vocábulo, primordialmente, pela crença liberal de Estado "guarda-noturno", abstencionista, meramente garantidor da liberdade de mercado para que funcionassem as suas leis naturais de auto-regulamentação. Dessa forma, a expressão intervenção apresenta-se nos portadora de um preconceito liberal, quando era vedado ao Estado interferir em qualquer atividade econômica.

Apesar de ter como objetivo principal a obtenção do maior grau possível de autocontrole da ordem privada através das forças de mercado, e exatamente por ter esse objetivo principal, o controle do poder econômico no mercado cumpre importante função na regulação das relações entre ordem econômica privada e Estado.

De um lado, serve de proteção da própria ordem privada com relação ao Estado. Obviamente, uma ordem econômica em que o poder privado não tem limite não pode se autocontrolar. O Estado deve exercer poder de direção constante.

Em alguns casos, como no Brasil, a crença na incapacidade de autocontrole do mercado, somada à aplicação de planos desenvolvimentistas executados pelo setor público, acaba resultando em um açambarcamento pelo Estado de parte da atividade produtiva que normalmente seria exercida pelo setor privado. Quando isso ocorre, acaba sendo necessário incluir o próprio Estado e suas empresas como sujeitos passivos da lei concorrencial.⁴⁹ Com isso não está se desvirtuando a lei antitruste, que continua a se aplicar apenas à regulação do mercado de bens e serviços e fatores de produção. Ocorre que o mercado considerado conta com agentes estatais dotados de apreciável poder e que não podem ser desconsiderados.

De outro lado, o controle do poder econômico serve também como garantia do Estado contra a ordem econômica privada. O poder econômico no mercado, quando

⁴⁹ Art. 15 da Lei n.º. 8.884/94.

excessivo, tende à criação de verdadeiros centros políticos de poder paralelo, com interesse próprio e que procuram influenciar o centro estatal de decisões políticas. A ameaça à ordem democrática é evidente.

A aplicação da legislação antitruste quando a intervenção do Estado na ordem privada é feita por via regulatória é complicada, por envolver diretamente a resolução de um conflito entre normas e entre esferas de competência governamental. Neste caso, a lei antitruste só poderá ser aplicada à atuação estatal quando esta estiver desnaturada e orientada à facilitação de criação de poder sobre o mercado, através da admissão de acordos entre particulares, ou entes estatais exercendo atividade econômica no mercado, que visem à criação de restrições à concorrência.

4.1. Relação entre Direito e Economia

O Estado, desde o século passado, teve acentuado papel no relacionamento entre o domínio jurídico e o econômico. Hoje, essa atuação, que vinha sendo aceita pacificamente, passou a ser questionada, de tal forma a perguntar-se qual deve ser o seu papel na realização do fenômeno econômico, ou, por outra forma, qual será o seu futuro numa economia de mercado.

A indagação deverá fazer-se com maior abrangência, quer diacrônica que sincronicamente, para que se possa ter uma visão mais completa da questão. Essa análise deverá levar em consideração que o fenômeno jurídico, tanto quanto o econômico, não se restringem a contornos lógicos, mas se amoldam também à vivência histórica, ou seja, o relacionamento entre direito e economia não pode se explicar somente à luz da lógica formal, mas receberá luz da experiência vivida.

No Brasil, em particular, o estudo dos efeitos econômicos e políticos do poder econômico nos mercados é de extrema relevância. A estrutura econômica do país foi historicamente construída a partir do poder econômico externo, que de início se sobrepõe ao próprio poder estatal interno. Essa sobreposição do poder econômico

estrangeiro, de origem estatal e não estatal, ao poder governamental interno é, de resto, característica imanente à exploração colonial. Basta lembrar, por exemplo, que a forma básica da exploração do Brasil-colônia era o monopólio da metrópole para o fornecimento dos produtos de consumo.

O grande problema é que essas origens criam raízes e se perpetuam nos sistemas econômicos. A dependência estrutural da economia do poder econômico se perpetua após a independência. No Brasil independente, ainda uma monocultura exportadora inteiramente dependente do exterior, a importação dos bens de consumo, não mais obrigatória da metrópole, passa a ser monopolizada pelos grandes comerciantes de escravos, que impõem preços e que, de tão fortes financeiramente, afugentam do mercado quaisquer potenciais concorrentes. O mercado interno continua, portanto, diretamente dependente de agentes com poder monopolista.

Tampouco a passagem para uma economia industrial traz consigo a democratização da vida econômica. Com efeito, são sobretudo os grandes exportadores que têm capitais suficientes para investir na industrialização. O grande volume de capitais necessários para investir na substituição de importações faz com que o poder financeiro obtido através da exploração da monocultura exportadora transforme-se diretamente em poder econômico na economia industrial brasileira. Essa tendência só se faz acentuar após os planos desenvolvimentistas brasileiros, destinados a proporcionar nosso salto industrial. Sua política mestra é o incentivo da grande empresa brasileira, de modo a proporcionar-lhe poderio econômico e escala suficiente para competir com as empresas estrangeiras. Reforçam-se, portanto, ainda mais, as estruturas de poder econômico no mercado.

Assim, feitas estas considerações históricas, cabe agora fazer uma análise da relação entre direito e economia. Diversos autores se detiveram na análise da interrelação desses dois fenômenos culturais, focalizando aspectos a cada um deles pertinente, segundo sua linha de pensamento.

Utilizando-se da tese de Feuerbach relativa à alienação do homem, afirmou Marx que Hegel somente se interessou pela vida interior do homem, pela vida da ideia,

esquecendo-se de sua vida real, concretamente histórica. Para o professor João Bosco Leopoldino da Fonseca:⁵⁰

Entende Marx que a condição primária de toda a história da humanidade é naturalmente a existência de seres humanos vivos. Por conseguinte, o primeiro estado de fato a verificar é a compleição corpórea destes indivíduos, e as relações que ela lhes cria com o resto da natureza. Para Marx, a base da história será o resultado da atuação da força produtiva.

Segundo essa concepção materialista da história, os homens não são determinados pela sua consciência, mas esta é que é determinada pelo modo de produção da vida material. Fica, assim, evidenciada a influência que as condições materiais da vida humana exercem sobre o pensamento.

Max Weber, por sua vez, procura salientar que a ordem jurídica e a ordem econômica se situam em planos distintos. A primeira tem um sentido ideal e se indaga que sentido normativo logicamente correto deve corresponder a uma formação verbal que se apresenta como norma jurídica. Ao passo que a segunda se pergunta sobre o que de fato acontece numa comunidade em razão de existir a probabilidade de que os homens que participam da atividade comunitária considerem subjetivamente como válida uma determinada ordem.⁵¹

Para ele, a ciência econômico-social considera aquelas ações humanas que estão condicionadas pela necessidade de orientar-se na realidade econômica, em suas conexões efetivas. Por isso, define a ordem econômica como sendo a distribuição do poder de disposição efetivo sobre bens e serviços econômicos que se produz consensualmente segundo o modo de equilíbrio dos interesses, e à maneira como esses bens e serviços se empregam segundo o sentido desse poder fático de disposição que descansa sobre o consenso.

Ainda, segundo Weber, a ordem jurídica ideal da teoria jurídica nada tem a ver diretamente com a esfera da atuação econômica real, pois tais coisas se situam em

⁵⁰ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito econômico**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 242.

⁵¹ LEOPOLDINO DA FONSECA, *op. cit.*, p. 245.

planos distintos, estando uma no campo ideal do dever-ser e a outra no dos acontecimentos reais.

Entretanto, essa distinção de planos não impede que a ordem jurídica e a ordem econômica se relacionem. Assim, nessa relação entre a Economia e o Direito, ressalta Weber que a aceleração moderna do tráfico econômico reclama um direito de funcionamento rápido e seguro, garantido por uma força coativa da mais alta eficácia.

As perspectivas acima apontadas, em que predomina o influxo da força produtiva, da força das idéias e do contexto social, não exaurem a possibilidade receptiva do fenômeno jurídico. A partir de Montesquieu (*“L’Esprit des Lois”*) e de Ihering (*“O Espírito do Direito Romano”*), intensifica-se a tendência de inserção da relação Direito e Economia no contexto histórico.

A ideia fundamental assentada por essa tendência é a de que a vida social não se pode reduzir a um complexo de ações submetidas a leis econômicas ou sociológicas, vez que ela é também expressão da cultura histórica, entendida como manifestação suprapessoal própria de cada época. Pode-se dizer que Economia e Direito são expressões de uma mesma cultura, criações de um único espírito, componentes de um universo de valores e testemunhos do estilo de um povo e de uma época.

Assim é que o liberalismo econômico pode afirmar-se radicado numa fé quase religiosa na harmonia do todo e na racionalidade da ordem imanente a esse todo. É esse mesmo espírito de racionalidade, de liberdade e de ordem rigorosa e indefectível que domina as leis constitucionais do início do século XIX. As teorias iluministas foram buscar o fundamento para essa crença na filosofia estóica, que acreditava numa ordem universal suprapessoal e supralegal, na qual os indivíduos se integravam e que os mesmos não deveriam jamais perturbar.

O ordenamento jurídico liberal manifestava-se como garantidor de uma ordem econômica existente. Sua atuação não podia dizer-se abstencionista porque se caracterizava pela força de garantia. Hoje, contudo, a função do Direito passou a ser a de criar, a de dar forma a uma nova realidade. O Direito manifesta-se como força prospectiva, como força impulsionadora.

A partir de meados do século XIX, o capitalismo se transforma. As unidades se unem, formando grupos e dando origem ao novo Estado industrial. Com os grupos econômicos surgem os primeiros questionamentos sobre a plena liberdade de comércio. A crise se instaura e provoca, no período entre as duas grandes guerras, o surgimento de um novo Direito e a imperiosidade da atuação no domínio econômico.

4.2. Conceito de atividade econômica na Constituição de 1988

Afirma Eros Grau:⁵²

Porque nutrida na linguagem natural, a linguagem jurídica apresenta textura aberta, na qual proliferam as chamadas palavras – e expressões – “camaleão”, que constituem um perigo tanto para o pensamento claro quanto para a expressão lúcida. A expressão “atividade econômica” é uma delas.

A busca da determinação da conotação das palavras e expressões em certo contexto normativo configura um ato de interpretação. Quando essa busca é empreendida em razão de a palavra ou expressão apresentar um largo arco de denotação, o ato de interpretação é praticado no nível do contexto linguístico. Esse exercício de interpretação é que cumpre desenvolver, neste momento, em torno da expressão “atividade econômica”.

O art. 173 da atual Constituição enuncia as hipóteses em que é permitida a exploração direta de “atividade econômica” pelo Estado, além de, no §1º deste mesmo artigo, indicar o regime jurídico a que se sujeitam empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem “atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”. Não obstante, o art. 174 dispõe sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador da “atividade econômica”.

⁵² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 99.

Em seu livro *Direito, conceitos e normas jurídicas*,⁵³ Eros Roberto Grau afirma que a expressão “atividade econômica” comporta dois sentidos, classificando-a em gênero, quando empregada em sentido amplo, e espécie, quando utilizada em sentido estrito. Isto posto, a determinação dos sentidos que assume a referida expressão nos arts. 170, 173 e seu §1º e 174 da Carta de 1988 pode ser operada.

Coloquemos para objeto de uma melhor explicação o art. 173 e seu §1º. Neste parágrafo, por certo que a expressão conota atividade econômica em sentido estrito, uma vez que “atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços” refere-se a uma atividade específica.

Já no que tange ao art. 174, no entanto, a expressão “atividade econômica” é utilizada noutro sentido, aludindo à atividade econômica em sentido amplo. Respeita à globalidade da atuação estatal como agente normativo e regulador. A atuação normativa reclama fiscalização que assegure a efetividade e eficácia do quanto normativamente definido, daí porque, em rigor, nem seria necessária a ênfase que o dispositivo adota ao expressamente referir a função de fiscalização.

A atuação reguladora há de, impõe a Constituição, compreender o exercício das funções de incentivo e planejamento, mas não apenas isso. Atuação reguladora reclama também fiscalização e, no desempenho de sua ação normativa, cumpre também ao Estado considerar que o texto constitucional assinala, como funções que lhe atribui, as de incentivo e planejamento. Este, por outro lado, não abrange apenas a atividade econômica em sentido estrito, porém toda a atividade econômica em sentido amplo. Tanto é assim que o preceito determina ser ele (o planejamento) “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. O art. 174 reporta-se nitidamente, nestas condições, à atividade econômica em sentido amplo.

Finalmente, no que concerne ao art. 170, parágrafo único, nele a expressão “atividade econômica” conota o gênero, e não a espécie. Tal dispositivo constitucional afirma que toda a atividade econômica, inclusive a desenvolvida pelo Estado, deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, estando em consonância

⁵³ GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceito e normas jurídicas**. São Paulo: RT, 1988.

com o *caput* deste mesmo artigo. Não resta, portanto, nenhuma dúvida quanto à circunstância de, aí, a expressão assumir a conotação de atividade econômica em sentido amplo.

4.3. Os limites constitucionais da intervenção do Estado na ordem econômica

Complicada e há muito discutida é a questão da correta interpretação dos artigos da Constituição referentes à ordem concorrencial. A aparente amplitude e o generalismo dos dispositivos constitucionais, com frequência, justificam as interpretações mais díspares do texto constitucional.

O primeiro dos dispositivos de relevância aplicativa é o art. 174, *caput*, da Constituição Federal, que atribui ao Estado a função de regulamentação da atividade econômica. A expressa menção do referido dispositivo ao fato de o planejamento econômico ser meramente indicativo para o setor privado elimina apenas a possibilidade de dirigismo econômico. Pouco ou nada esclarece, porém, com relação ao grau de intervencionismo. Para essa definição o art. 174 é de pouco auxílio. A competência normativa e reguladora atribuída pelo Constituinte ao Estado é ampla o suficiente para incluir intervenções bastante brandas ou bem extremadas na ordem econômica.

Essa incerteza não desaparece uma vez analisados os princípios gerais estabelecidos no art. 170. De sua dicção não é possível definir com exatidão a extensão nem os limites do intervencionismo. A exata medida em que os princípios como “livre iniciativa” e “justiça social”, bem como “propriedade privada” e “função social da propriedade” devem conviver é deixada ao trabalho interpretativo do aplicador do Direito.

A pergunta que se segue é: dentro desse quadro constitucional, não totalmente claro com respeito aos limites da intervenção estatal na economia, quais os limites da atuação do Estado na ordem concorrencial?

Do ponto de vista positivo, a questão centra-se na interpretação a ser dada ao §4º do art. 173 da Constituição Federal, pedra fundamental do direito antitruste. O texto

constitucional dispõe: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

É importante que se entendam as consequências desse dispositivo constitucional, que é frequentemente mal interpretado. Em primeiro lugar, é preciso que fique claro que a concentração do mencionado dispositivo na figura do abuso do poder econômico não implica que essa figura seja a única ilícita para a ordem concorrencial. Se assim fosse, não haveria razão para a previsão expressa da liberdade de concorrência no inciso IV do art. 170. É nesse dispositivo que se baseia, por exemplo, a regulamentação da concorrência desleal, que prescinde da existência de poder econômico.

A mudança operada no texto constitucional de 1988 é, de resto, muito eloquente nesse sentido. Na Carta Constitucional de 1967, o abuso do poder econômico e a dominação do mercado surgiam como figuras centrais. O aumento arbitrário dos lucros e a eliminação substancial da concorrência surgiam como meras consequências do ilícito principal e único.

Essa redação era ainda consequência da gênese do direito concorrencial brasileiro, que, como vimos no Capítulo 2 deste estudo, teve origem nos dispositivos constitucionais e penais de proteção à economia popular. Em função dessa origem, a ideia de proteção direta do consumidor através da concorrência destacava-se, transparecendo de maneira clara na prevalência exegética da fórmula “abuso do poder econômico”.

Na Constituição de 1988, esta expressão não tem mais esse sentido. Serve, na verdade, para introduzir os princípios relevantes e informadores do direito concorrencial – daí a expressão “que tenha como consequência” ter sido substituída por “que vise a”. Fundamentais passam a ser os “atos tendentes à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência”. São eles que reaparecem como locuções centrais dos dois pilares da lei concorrencial brasileira: o controle das condutas (art. 20 da Lei nº. 8.884) e o controle das estruturas (art. 54 da Lei nº. 8.884).

Admitida a proteção institucional da concorrência, o controle da forma de sua obtenção passa também a ser indispensável. Portanto, controle da formação de

estruturas anticoncorrenciais e controles de condutas tendentes à formação de posições de poder passam a ser temas de relevância imediata.

Para bem compreender o §4º do art. 173 da Constituição brasileira, não basta ater-se à sua parte final. A permanência no texto constitucional da locução “abuso do poder econômico” não permite considerá-lo um mero elemento de ligação, ou introdutório, aos valores que devem ser verdadeiramente protegidos. Esse tipo de interpretação esvaziaria totalmente o sentido do termo, o que é contrário à boa regra exegetica.

Na verdade, a expressão “abuso do poder econômico” é dotada de uma riqueza interpretativa muito maior. Sua descoberta, no entanto, só é possível concentrando as atenções sobre a defesa da concorrência como garantia institucional.

E note-se que a defesa da concorrência aparece como garantia institucional no próprio texto constitucional. Na estrutura da Constituição, a disciplina econômica não se restringe às regras de cunho eminentemente negativo ou defensivo, típicas das liberdades individuais, cujo objetivo precípua e histórico é o de proteger o indivíduo contra agressões a seus direitos por parte do Estado. O que se pretende nesses casos é uma não-ação ou uma abstenção do Estado.

Já a disciplina da ordem econômica é de caráter eminentemente afirmativo. Exige-se uma atuação do Estado no sentido de garantir a correta atuação no mercado. Estando há muito tempo ultrapassado o modelo liberal do século passado da mão invisível do mercado, nos tempos pós-keynesianos a atuação positiva do Estado, no sentido da proteção da ordem econômica, revela-se a mais branda das intervenções.

Os direitos de ordem econômica já não mais são dotados de características típicas dos direitos fundamentais individuais, quais sejam a concentração de atenções no indivíduo e o caráter negativo ou de não-intervenção. Por esse motivo são denominados pela doutrina de direitos fundamentais de segunda geração.⁵⁴ São eles direcionados a coletividades, determinadas ou não, de indivíduos e têm caráter, via de regra, positivo, ou seja, estabelecem ditames de comportamento concreto para o Estado e, quando necessário, também para os particulares.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Tratando-se de ordem concorrencial, mais do que de direitos fundamentais, pode-se afirmar que sua defesa é, no sistema da Constituição, uma garantia institucional. Essa classificação explica muito do conteúdo da disciplina.

Em primeiro lugar, tratando-se de garantia institucional, perde interesse a estrutura direito objetivo/direito subjetivo. Muitos mais adaptável à garantia de uma instituição que se quer proteger é a estrutura do poder-dever ou direito-função. Isso explica à perfeição o conteúdo do art. 173, §4º, que claramente atribui ao poder econômico ou faz dele uma função pública, ou melhor dizendo, social.

O caráter da norma esclarece também a razão, tão cogitada pela doutrina, de sua inclusão em um dispositivo que trata dos poderes e deveres da atuação estatal no campo econômico. Incluir nesse dispositivo a repressão ao abuso do poder econômico tem um duplice objetivo. Explica-nos o professor Calixto Salomão Filho,⁵⁵ que, em primeiro lugar, serve para equiparar os deveres do detentor de poder econômico aos deveres do agente estatal, deixando clara, portanto, a existência de um direito-função. Em segundo lugar, deixar claro o dever de intervenção do Estado para proteção dessa importante garantia institucional.

Ora, entendido direito concorrencial como garantia institucional, a expressão “abuso do poder econômico” deixa de ter uma interpretação gramatical e lógica tão óbvia e passa a ter uma interpretação teleológica mais útil. Desse modo, o que importa é garantir aquela instituição contra quaisquer potenciais lesivos, sendo necessário que a punição a abusos do poder econômico que possam ferir a ordem concorrencial se faça a partir da análise dos possíveis efeitos das condutas sobre o objeto jurídico protegido (a instituição).

É isso que a Constituição procurou deixar claro ao enumerar as consequências do abuso do poder econômico. Os efeitos das condutas são, no texto constitucional, os objetivos visados pelo ato abusivo. O ilícito configura-se na presença do objetivo de atingir aquelas consequências econômicas. Por outro lado, a existência desse objetivo só pode ser admitida quando há ao menos a possibilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais.

⁵⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Há, ainda, outra utilidade importante da expressão “abuso do poder econômico”, qual seja a de trazer à tona toda a discussão sobre a função dos agentes econômicos no mercado. “Abuso” significa uso anormal, além da finalidade (do latim *abutere*). Esta expressão, entendida como desvio de função do poder, sem dúvida significa conduta estratégica, visando à obtenção dos efeitos anticoncorrenciais (dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros). Nesse contexto, a mencionada expressão serve não apenas como conceito normativo, mas também para dar destaque à intenção de produção dos efeitos sobre a ordem econômica.

4.4. Modos de intervenção do Estado no domínio econômico

O tema da atuação do Estado no domínio econômico exige prévia distinção entre serviços públicos, especialmente os de conteúdo econômico e social, e atividades econômicas, distinção que tem fundamento na própria Constituição, respectivamente art. 21, XI e XII, e arts. 173 e 174.

A atividade econômica, conforme afirma o eminente constitucionalista José Afonso da Silva,⁵⁶ no regime capitalista, como é o nosso, desenvolve-se no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores da empresa privada. É claro que, consoante já foi explicitado, numa ordem econômica destinada a realizar a justiça social, a liberdade de iniciativa econômica privada não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo Poder Público. É, sim, um direito fundamental, enquanto exercido no interesse da realização da justiça social, da valorização do trabalho e do desenvolvimento nacional.

O serviço público é, por natureza, estatal, tendo como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público. Portanto, o que se tem que destacar neste momento é que não cabe titularidade privada nem

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

mesmo sobre os serviços públicos de conteúdo econômico, como são, por exemplo, os serviços referidos nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição.⁵⁷

Considerando-se panoramicamente a interferência do Estado na ordem econômica, percebe-se que esta pode ocorrer de três modos, a saber: ora dar-se-á através de seu poder de polícia, isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, como agente normativo e regulador da atividade econômica, caso no qual exercerá funções de fiscalização e em que o planejamento que conceber será meramente indicativo para o setor privado e determinante para o setor público, tudo conforme prevê o artigo 174 da Carta Constitucional; ora ele próprio, em casos excepcionais, como foi dito, atuará empresarialmente, mediante pessoas que cria com tal objetivo; e ora o fará mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no mesmo art. 174), estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido.

Em todos os casos, necessariamente, a interferência estatal terá que estar volvida à satisfação dos fins dantes aludidos como sendo os caracterizadores do Estado brasileiro, jamais podendo expressar tendência ou diretriz antinômica ou gravosa àqueles valores.

Diante do acima exposto, o Estado pode atuar diretamente ou indiretamente no domínio econômico, como veremos a seguir. No primeiro caso, assume a forma de empresas públicas, nome genérico que compreende no sistema jurídico brasileiro as empresas públicas propriamente ditas e as sociedades de economia mista, assim mencionadas no art. 173, §§1º, 2º e 3º da Constituição Federal. No segundo caso, o Estado o faz através de normas, que têm como finalidade fiscalizar, incentivar ou planejar. Esta forma de atuação está prevista no já tão citado art. 174 da Constituição.

⁵⁷ Art. 21 da Constituição: “Compete à União: XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.”

4.4.1. A intervenção direta

Inicialmente, é fundamental sabermos que intervenção pressupõe agir na esfera do privado. Tem o Estado seu campo de atuação gizado na prestação de serviços públicos. O domínio econômico, em princípio, é-lhe vedado. Todavia, bem diz o art. 173 de nossa Constituição que a exploração direta da atividade econômica só será permitida em face da presença dos valores “segurança nacional” e “relevante interesse coletivo”, tal como definidos em lei. O limite de atuação, pois, é a lei, podendo somente esta habilitar o Estado a intervir no domínio econômico.

Desta feita, a organização da intervenção direta do Estado no domínio econômico tem embasamento legal no Decreto-lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967, e na legislação subsequente, que o modificou substancialmente. O art. 4º daquele diploma legal, após distinguir a Administração Pública Federal em direta e indireta, enumera, dentre as categorias de entidades que compõem esta última, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas, preocupando-se em definir cada uma delas.

Há duas formas de exploração direta da atividade econômica pelo Estado no Brasil. Uma é o monopólio e a outra, embora a Constituição não o diga, é a necessária, isto é, quando o exigir a segurança nacional ou interesse coletivo relevante, conforme definidos em lei (art. 173).⁵⁸

Neste caso, não se trata de participação suplementar ou subsidiária da iniciativa privada. Caso aquelas exigências ocorram, será legítima a participação estatal direta na atividade econômica, independentemente de cogitar-se de preferência ou de suficiência da iniciativa privada.

E isso não cabe só à União. A expressão “exploração direta da atividade econômica pelo Estado” abrange todas as entidades estatais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Quando a Constituição emprega a palavra “Estado”, no sentido de ordenação jurídica soberana, refere-se a todas as unidades integrantes da República

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Federativa do Brasil. Quando assim não quer, menciona especificamente a União, ou qualquer outra unidade da Federação.

Assim, como qualquer entidade estatal pode explorar diretamente atividade econômica, bem se vê que União, Estados, Distrito Federal e Municípios podem, sempre por lei específica, criar e manter empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades destinadas à exploração das respectivas atividades econômicas, evidentemente segundo suas competências.

Quanto ao monopólio, este somente pode ocorrer sobre a matéria discriminada no art. 177 da Constituição. Caso assim não fosse, teríamos a exclusividade sobre todo o domínio econômico, o que daria como consequência a alteração do regime de governo, esvaindo-se a economia privada, passando-se a regime tipicamente socialista.

Segundo Hely Lopes Meirelles, “monopólio é a exclusividade de domínio, exploração ou utilização de determinado bem, serviço ou atividade. Característica do monopólio é a privatividade de algum direito ou de alguma atividade para alguém. Monopólio estatal é a reserva para o Poder Público de determinado setor do domínio econômico”.⁵⁹

Observa Régis Fernandes de Oliveira⁶⁰ que o monopólio somente pode ocorrer em atividade que não seja própria do Estado. Ao referir-se a monopólio, ele afirma que o Estado pode prestar atividade típica dos particulares e não monopolizar as próprias. Daí que não tem cabimento falar em monopólio no caso de serviço público.

4.4.2. A intervenção indireta

Ao atuar indiretamente na condução, no estímulo e no apoio da atividade econômica empreendida pelos particulares, o Estado adota determinadas formas de política econômica, peculiares a cada campo de atuação.

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁶⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

A política econômica tem como objetivos fundamentais, nos países desenvolvidos, assegurar o crescimento sustentado da economia, o pleno emprego dos fatores de produção, particularmente da mão-de-obra, uma relativa estabilidade de preços e garantir o equilíbrio da balança de pagamentos. Para garantir a consecução desses objetivos, deverá o Estado adotar uma série de medidas de política econômica que podem dizer-se instrumentos para alcançar aqueles objetivos fundamentais, mas que não têm por isso sua importância diminuída.

É imperioso notar que a adoção de uma determinada medida não exclui outras, até porque a utilização isolada de certa medida terá efeitos negativos em outros setores, de tal forma que se pode e se deve afirmar que a situação de equilíbrio buscada como perfeita continuará sendo sempre uma meta a ser alcançada.

Não se pode desconsiderar também a necessidade do planejamento que tem como finalidade conferir racionalidade, coerência às políticas econômicas adotadas. O planejamento tem como finalidade fixar metas que servem de orientação para os esforços empreendidos. Somente um planejamento global, que preveja todo o contexto econômico e social, será capaz de conferir coerência e compatibilidade às medidas de política econômica a serem adotadas.⁶¹

Assim, da mesma forma com que o Estado pode condicionar comportamentos, tem importante atribuição de incentivar e planejar o desenvolvimento da atividade econômica. Como ressaltou Eros Grau, o planejamento é “forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos”.⁶² O planejamento, portanto, não significa que o Estado possa intervir no fator produtivo, mas vai apenas orientá-lo.

⁶¹ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito econômico**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁶² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

4.5. Agências reguladoras e as relações de concorrência

Embora se possa dizer que exista uma tendência para afastar a aplicação dos pressupostos da teoria keynesiana e uma tentativa muito forte para reabilitar a economia de mercado, substituindo-se assim os instrumentos de regulação estatal do mercado por outros existentes dentro do próprio mercado e que seriam capazes de atuar como reguladores, é evidente que o Estado não pode omitir a sua função de ator dentro do mercado.

Dessa maneira, a criação das agências reguladoras está relacionada à autorização, concessão ou permissão de prestação de serviços públicos por empresas privadas (art. 175 da Constituição), competência de estudo do Direito Administrativo. Mas, por outro lado, essas mesmas empresas passarão a concorrer no mercado, com a finalidade de prestar ao consumidor um serviço mais eficiente, de menor custo, de melhor qualidade, de menor preço. Essa dupla perspectiva se insere no contexto de interdisciplinaridade, característica essencial do Direito moderno e, principalmente, do Direito Econômico.

A concorrência no mercado sujeitará essas empresas, por um ângulo diferente, mas correlato, à competência fiscalizadora dos órgãos legalmente habilitados para essa função. É natural, portanto, que na lei criadora de cada uma dessas agências reguladoras se encontrem dispositivos pertinentes à concorrência e, por isso mesmo, à compatibilização da atuação de todos os agentes interessados na regulação e fiscalização. Serão dispositivos legais que se situam num contexto de ligação e de coerência, pois que objeto de estudo de dois ramos do Direito.

Como bem afirma Edgard Silveira Bueno Filho:⁶³

Há dois tipos de regulação econômica. Um amplo, que compreende o acompanhamento e direcionamento das fusões e aquisições e a repressão dos cartéis. Outro tipo, mais estrito, destina-se a garantir a competitividade em mercados determinados.

⁶³ BUENO FILHO, Edgard Silveira. **Agências reguladoras e concorrências e controle jurisdicional dos atos.** *Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários.* Brasília, n. 23, p. 26-30, out./dez. 2003.

Note-se que regular é diferente de regulamentar. Regular é disciplinar a atuação de agentes de um determinado mercado por meio de normas. Já regulamentar, segundo a Constituição Federal, significa expedir normas que possibilitem a fiel execução da lei.

Para dar exequibilidade ao fundamento estabelecido no art. 175 da Carta Magna, vieram a lume a Lei nº. 8.987, de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e a Lei nº. 9.074, também de 1995, que estabeleceu normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

Relativamente ao objeto que deve constituir a finalidade das agências reguladoras, deve-se dizer que têm elas por finalidade a regulação de setores sensíveis e ao mesmo tempo a proteção dos administrados, ou, na linguagem adotada pelo legislador brasileiro, a proteção do consumidor.

Quanto à sua natureza jurídica, a lei brasileira as caracteriza como autarquias especiais, desprovidas de poder jurisdicional. Elas não têm, diferentemente do que a lei concede ao CADE, no Brasil, o poder judicante.

Como autarquias especiais, possuem personalidade jurídica e estão vinculadas às mutações da pessoa jurídica que é constituída pelo Estado, mas participam da atividade de comando e de controle decorrentes da competência e da responsabilidade do Estado.

Seus membros são independentes e gozam de autonomia de gestão. A independência das agências se confirma pelo fato de seus dirigentes terem mandato. São nomeados pelo Presidente da República, com prévia aprovação do Senado Federal.

Elas estão sujeitas somente a controles jurisdicionais sobre suas atividades, estando ausente todo controle hierárquico ou de tutela.

Ainda, dispõem de uma vasta gama de poderes, desde um simples poder de influenciar até poderes repressivos.⁶⁴

⁶⁴ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito econômico**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

5. O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Alicerçado no comando constitucional, o Poder Executivo criou em sua estrutura administrativa o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), formado pelos três órgãos encarregados da defesa da concorrência, quais sejam:

- a) o Conselho de Administração de Defesa Econômica (CADE), uma autarquia ligada ao Ministério da Justiça com competência para julgar e decidir sobre os casos pertinentes ao SBDC;
- b) a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda, cuja principal função dentro do SBDC é a de instruir o CADE a respeito dos aspectos econômicos envolvidos nos casos, fornecendo pareceres econômicos;
- c) a Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, com função de construir um parecer principalmente de ordem legal, visando a subsidiar o julgamento e a decisão do CADE.

O objetivo principal do SBDC é a promoção de uma economia competitiva por meio da prevenção e da repressão de ações passíveis de limitar ou prejudicar a concorrência. A atuação dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência subdivide-se em três tipos: preventiva, através do controle de estruturas de mercado, via apreciação de atos de concentração (fusões, aquisições e incorporações de empresas); repressiva, através do controle de condutas ou práticas anticoncorrenciais, destinada a verificar a existência de infrações à ordem econômica (dentre outras, as vendas casadas, os acordos de exclusividade e a formação de cartel); e educacional, destinada à difusão da cultura da concorrência.

Inicialmente, faz-se necessário uma breve descrição administrativa desses órgãos.

5.1. O SBDC

Um marco histórico possível para caracterizar os primeiros elementos de construção de uma política antitruste nacional seria o ano de 1962, ano de promulgação

da Lei nº. 4.137, que criou o CADE. No entanto, foi a Constituição Federal de 1988 que, estabelecendo os princípios gerais da ordem econômica (artigos 170 a 173 da Carta Magna), forneceu a base legal para o desenvolvimento de uma política antitruste de maior solidez através da criação da Lei nº. 8.884 em 1994.

Neste ano, o ambiente econômico favorecia a implementação da defesa da concorrência como uma questão de interesse nacional e desenvolvimento social. O Brasil terminava seu período de alta inflação, de economia bastante fechada ao mercado exterior e abolia-se em definitivo o mecanismo de controle de preços. A Lei nº. 8.884/94, construída por 93 artigos, dispunha sobre as atribuições dos três órgãos constituintes da defesa da concorrência, além, é claro, das questões mais diretas sobre a normatização referentes aos procedimentos para a investigação, o julgamento e a decisão de atos pertinentes à defesa da concorrência.

Duas emendas à Lei nº. 8.884 permitiram ao SBDC um maior aperfeiçoamento em suas funções. Foi estabelecida, em janeiro de 1999, a taxa processual (fixada em R\$ 15 mil) em razão da notificação de atos de concentração, cujo recolhimento final destinou-se ao CADE, sendo posteriormente reajustada (para R\$ 45 mil) e dividida igualmente entre os três órgãos do SBDC.⁶⁵ Por fim, a Lei nº. 10.149, de dezembro de 2000, instituiu um programa de leniência para ampliar os mecanismos investigativos em casos de cartéis, o que de fato resultou numa elevação no número de casos apurados referentes a essas práticas horizontais.

Do conjunto de artigos que constituem a Lei nº. 8.884, os de número 20, 21 e 54 são os de orientação mais incisiva sobre a atuação do exame e o julgamento dos casos nos quais o SBDC deve se debruçar. Os artigos 20 e 21 dizem respeito aos tipos de condutas de natureza anticoncorrencial, podendo resultar também de efeitos de concentrações de mercado, enquanto o artigo 54 trata mais especificamente dos atos de concentração, como fusão, aquisição, *joint ventures* e similares.

Desse modo, o plano de trabalho do SBDC, em sua principal tarefa de atuar na defesa da concorrência, é desmembrado em investigações sobre condutas de efeitos anticoncorrenciais e atos de concentrações entre empresas que possam restringir a

⁶⁵ Os recursos são enviados para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Posteriormente, são alocados para o CADE, Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça. Nesses dois últimos, os valores que em tese seriam, respectivamente, para a SEAE e a SDE, na verdade, vão para orçamento geral daqueles ministérios que os alocam entre os seus diversos departamentos.

concorrência. No primeiro caso, a ação é investigativa e punitiva; no segundo, investigativa e preventiva. Atos que possam implicar dominação de mercado, aumento arbitrário de lucro e exercício abusivo da posição dominante são enquadrados como infração à ordem econômica, segundo o artigo 20. O patamar a partir de 20% do mercado relevante define o que seja a posição de mercado presumida, ainda que, legalmente, o CADE possa alterar essa fronteira, dependendo do setor que esteja em análise. Entretanto, o CADE jamais alterou esse percentual, seja para os casos de conduta ou de atos de concentração.

Por conseguinte, observa-se na análise de cada um dos três órgãos da defesa da concorrência que qualquer concentração com parcela inferior a 20% de participação atesta a inexistência de poder de mercado. Com efeito, qualquer ação entre pequenas empresas, entendidas como aquelas que, individualmente ou somadas, não alcançam a parcela de 20% de mercado, está isenta da ação antitruste, ou seja, não estão enquadradas nos artigos 20, 21 e 54 da Lei nº. 8.884/94.

5.2. O CADE

Criado em 10 de setembro de 1962 pela Lei nº. 4.137 e reformulado pela Lei nº. 8.884, o CADE é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça em questões orçamentárias, composta por um presidente e seis membros-conselheiros, todos nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal.

Para cada um desses exige-se a idade mínima de 30 anos e o reconhecimento de “notório saber jurídico ou econômico”. O mandato é de dois anos, com direito a uma recondução.

Os trabalhos de análises sobre casos de Conduta e Atos de Concentração são desenvolvidos por um dos seis conselheiros, que é designado como Conselheiro-Relator por intermédio de sorteio, de forma aleatória, depois que o CADE recebe o parecer da SDE. O Conselheiro-Relator estuda, analisa e, nos termos do que foi apurado, produz um relatório⁶⁶ e um voto por escrito (de sua autoria) e o submete ao plenário. A decisão

⁶⁶ Constitui-se de uma exposição argumentativa sobre o conteúdo econômico e legal sobre o ato considerando os pareceres e a argumentação de todos os agentes envolvidos no processo. O relatório deve ser encaminhado para cada um dos conselheiros em até cinco dias antes da sessão de julgamento.

é dada por maioria simples no plenário do CADE. Da decisão não cabe recurso em nenhuma instância do poder executivo,⁶⁷ apenas no Judiciário.

Há também a função de Procurador Geral do CADE, cargo de características idênticas às dos conselheiros quanto a mandato, recondução e nível de qualificação, aprovação e nomeação, sendo apenas a indicação proferida pelo Ministro da Justiça. O Procurador do CADE tem como função principal a responsabilidade de tomar todas as medidas legais cabíveis, de forma a assegurar a execução das decisões do Plenário.

Por fim, há um representante do Ministério Público Federal indicado pelo Procurador Geral da República para os trabalhos de defesa dos interesses difusos da sociedade e averiguação de ações legais nas operações do CADE.

A sessão do julgamento é pública e contempla, para o representado e para o Procurador do CADE, a possibilidade de manifestarem-se oralmente em plenário.

O orçamento para pagamento de pessoal é de responsabilidade do Ministério da Justiça. Os recursos para gastos não-salariais provêm de duas fontes: uma de alocação orçamentária do governo e a outra de receitas próprias e a da parcela da taxa de notificação de atos que cabe ao CADE. As receitas próprias são as taxas por prestação de consultorias (Resolução nº. 18/CADE), serviços de fotocópia e venda de publicações.

5.3. A SEAE

A Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE – no seu papel de agência antitruste, tem a função de realizar pareceres econômicos acerca dos processos de conduta e controle de concentração de mercados. A elaboração desses pareceres não adquire caráter vinculante, apenas auxilia a instrução da análise nas questões econômicas pertinentes aos processos objetos de julgamento pelo CADE.

As investigações são geralmente executadas por expedições de ofícios às partes afetadas (empresas analisadas pela operação, empresas concorrentes e outras ligadas direta ou indiretamente na cadeia de produção do mercado relevante), onde podem constar questionamentos acerca de situação econômica tida como útil à análise.

⁶⁷ Há alguns dispositivos legais, como o pedido de reconsideração da decisão, que pode ser aceito quando surgem novas informações ou o Conselheiro-Relator admite a solicitação como razoável e oportuna.

Também são frequentes contatos telefônicos para elucidar alguma questão não devidamente esclarecida ou outras que possam surgir no decorrer do parecer.

Basicamente, os pareceres são construídos através das informações prestadas pelas requerentes, as quais são então interpretadas, organizadas e condensadas, chegando-se ao final a uma conclusão, a qual se constituirá na recomendação da SEAE.

Essa Secretaria também contribui com assessoria econômica aos processos relacionados a casos de *dumping* e concorrência desleal em atividades de importações. Esses casos são de responsabilidade do Departamento de Defesa Comercial (DECOM) do Ministério do Desenvolvimento, da Indústria e do Comércio Exterior. Em casos de *dumping*, o parecer é elaborado de forma conjunta entre a SEAE e a Secretaria para Assuntos Internacionais.

Os recursos da SEAE são oriundos da alocação orçamentária do Ministério da Fazenda e de taxas cobradas em razão de serviços de autorização de loterias promocionais de empresas privadas.

5.4. A SDE

Cabe à Secretaria de Direito Econômico – SDE – a tarefa de, após o recebimento do parecer econômico da SEAE, realizar um parecer de natureza do Direito da Concorrência para, conjuntamente com o parecer da SEAE, posterior envio ao CADE.

A SDE é composta por dois departamentos: o Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) e o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. O primeiro trata das questões antitrustes e o segundo corresponde às ações gerais de defesa do consumidor.

Uma denúncia ou requerimento de uma parte interessada pode desencadear uma investigação preliminar por parte da SDE. Analisadas as evidências disponíveis, a investigação preliminar pode dar origem a um processo administrativo, o qual envolverá a participação da SEAE e do CADE, conforme prevê o Direito da Concorrência na Lei nº. 8.884.

Vale assinalar que, por ser um órgão de instrução econômica, caberia mais precisamente à SEAE, e não à SDE (órgão que cuida da instrução legal), a execução das atividades propostas para esse novo setor do DPDE. Apesar disso, as duas Secretarias têm redesenhado entre elas a distribuição de questões ligadas aos processos, de maneira

a propiciar maior eficiência à produção dos pareceres, como é o caso da recente decisão de elaboração de parecer conjunto entre elas.

Os recursos para gastos da SDE são oriundos de uma parcela das taxas de notificação alocadas pelo Ministério da Justiça àquela Secretaria.

5.5. Casos de Condutas

As infrações à ordem econômica, dispostas no artigo 21, são pertinentes às práticas empresariais horizontais ou verticais, incluindo-se as ações unilaterais de poder de mercado.

As práticas anticoncorrenciais horizontais são as que, mediante acordos entre concorrentes, seja por fixação de preços ou outros instrumentos, visam à redução ou eliminação do número de concorrentes no mesmo mercado ou à exploração abusiva do mercado. São exemplos os cartéis de fixação de preços, de produção entre as empresas, de divisão de mercado geográfico. Outra prática horizontal objeto de ampla investigação antitruste é a implementação de preços predatórios, isto é, a estratégia de uma grande empresa de fixar o seu preço abaixo do custo variável médio para retirar as concorrentes do mercado, visando à dominância e ao exercício do poder de mercado.

Por sua vez, as práticas anticoncorrenciais verticais são aquelas em que uma ou mais empresas de um nível da cadeia produtiva impõe restrições à outra(s) empresa(s) de outro nível da mesma cadeia produtiva. A direção da prática vertical pode ser a montante ou a jusante ao longo da cadeia produtiva.

O artigo 21 destaca exemplos de práticas anticoncorrenciais horizontais e verticais. São mencionados: acordos e fixação de preços ou condições de venda, acordos de limitação de mercado, imposições sobre condições de venda na cadeia produtiva, venda injustificada economicamente de mercadoria abaixo do custo de produção, imposição de seção de preços abusivos, dentre outros.

Os procedimentos de análise de práticas que possam ser enquadradas como restritivas à concorrência são semelhantes aos casos envolvendo operações de concentração de mercado. O primeiro passo consiste em levantar evidências suficientemente claras para que seja crível a existência da prática. Em seguida, segue-se a determinação do mercado relevante, da participação de mercado da empresa investigada, do grau de concentração das empresas inseridas no mercado relevante, do

grau de barreiras à entrada e do efeito líquido do cruzamento entre as possíveis eficiências geradas e os também possíveis danos anticoncorrenciais gerados.

Quando a decisão sobre um caso de conduta é dada por ilegal, é produzido um relatório constando os pontos que conduziram àquela decisão, acompanhado por uma descrição dos procedimentos que devem ser adotados para reverter a conduta infrativa, estabelecimento de multa pecuniária e uma multa diária para os casos em que a acusada não cessar a conduta desaprovada.

Os procedimentos impostos para sanar os problemas causados pela conduta podem ser de ordem estrutural, como a transferência de bens ou a cessação de atividades comerciais, ou por meio de punições pontuais, como a de não habilitar o infrator para participar de licitações públicas por até cinco anos e/ou a publicação em jornais de grande circulação, em tamanho expressivo, do resumo da decisão do CADE, à custa do infrator.

Segundo a *Organization for Economic Cooperation and Development*⁶⁸ – OECD – desde o ano de 2000, o CADE tem tratado práticas verticais como casos de abuso de posição dominante. Ainda segundo a OECD, acordos verticais são classificados dessa forma em virtude de o CADE não fazer distinção entre o grau de poder de mercado que classificaria como prática de natureza vertical e o grau que identificaria como abuso de poder de mercado. Portanto, desde aquela data, o SBDC tem distinguido os casos de conduta como casos de conduta horizontal e casos de abuso de poder dominante.

5.6. Atos de concentração

Em conformidade com o artigo 54, §4º da Lei nº. 8.884, no caso de qualquer operação entre empresas, como fusão, aquisição, *joint ventures*, franquia, licenciamento ou consórcio, é necessário que a mesma seja notificada ao SBDC se qualquer das empresas partes tiver apurado, no ano anterior, faturamento bruto no valor mínimo de R\$ 400 milhões, ou que o ato resulte em uma empresa com pelo menos vinte por cento em um mercado relevante. Nesses casos, a notificação tem o prazo de até 15 dias da

⁶⁸ *Organization for Economic Cooperation and Development. Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares.* 2005. 143 p. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae>>. Acesso em: 28 de agosto de 2010.

ocorrência do ato. Esta é protocolada na SDE, que imediatamente encaminha cópias para a SEAE e o CADE.

A SEAE tem o prazo de 30 dias para retornar à SDE um parecer econômico sobre o caso.⁶⁹ A partir disso, a SDE passa a ter igual prazo para elaborar parecer técnico de ordem legal (ainda que não lhe seja negada a produção de questões econômicas em relação ao caso) e remete ao CADE. Por sua vez, este órgão é incumbido de analisar, julgar e decidir em um prazo de 60 dias. Assim, o SBDC tem o prazo legal de 120 dias para sua função de defesa de concorrência.

Não se prevê qualquer consequência para o não-cumprimento dos prazos para os trabalhos da SEAE e da SDE. No caso do CADE, se a decisão não ocorrer até os 60 dias previstos, o ato de concentração será considerado aprovado.⁷⁰ No entanto, há previsão legal para a suspensão do prazo se qualquer um dos órgãos solicita novas informações às requerentes até o momento em que as recebem. Outras questões, como pedido de audiências ou incorporação de novas informações e estudos aos autos do processo, podem levar a uma extensão de prazo.

Em relação ao critério de notificação pela receita das empresas, é importante observar que até o final de 2004 o critério do faturamento bruto era considerado o do faturamento global do grupo. O CADE, através de observação de casos passados, concluiu que não haveria mudança no teor das decisões entre casos aprovados ou não se o critério fosse medido apenas em relação ao faturamento nacional. Por outro lado, essa mudança acarretaria uma diminuição de casos (os que se mostraram aprovados), de forma a permitir melhor redirecionamento de recursos para os casos de maior relevância. Dessa forma, a partir de 2005, o CADE alterou o critério de vendas globais equivalentes a R\$ 400 milhões, mantendo-se o mesmo valor, porém limitado ao faturamento de vendas realizadas no mercado nacional.

Em agosto de 2001, uma portaria emitida conjuntamente pela SEAE e SDE lançou o Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração, que, baseado nos provimentos do artigo 54 da lei antitruste, objetiva explicitar os procedimentos de

⁶⁹ Em 2004, foi empreendido método de análise conjunta entre a SEAE e a SDE na elaboração de seus pareceres. Os dois órgãos examinam o caso ao mesmo tempo, construindo um parecer conjunto a ser encaminhado ao CADE. Dessa forma, reduz-se o tempo em relação ao procedimento de cada uma das Secretarias trabalhar separadamente na emissão de pareceres, proporcionando maior celeridade ao exame antitruste, um dos principais desafios da ação da defesa da concorrência.

⁷⁰ Art. 54, §7º da Lei n.º. 8.884/94.

investigação de análise econômica para os casos notificados de concentração horizontal. Composto por cinco etapas de avaliação investigativa,⁷¹ o guia tem sido adotado praticamente em todos os pareceres elaborados pelos dois órgãos que o criaram, seguido, inclusive, pelo CADE.

Em geral, os tipos de recomendações finais sugeridos pelo Guia e praticados pelo CADE seguem o mesmo formato. São constituídas por três possibilidades: aprovação integral do ato, aprovação com restrições (ou condicionais), ou a não-aprovação. A aprovação é adotada quando a conclusão do julgamento (ou do parecer, no caso da SEAE ou SDE) é a de que a operação não diminui o bem-estar do consumidor, tampouco causa danos ao mercado concorrencial maior que os benefícios em eficiência econômica gerados. A aprovação com restrições visa a impedir que o ato reduza o bem-estar do consumidor ou a garantir a existência de ganhos de eficiência econômica. A reprovação é proferida diante de um caso tido como de significativo risco à perda de bem-estar e dano à concorrência, e não houver outra alternativa de proteção ao mercado senão o impedimento da operação.

As restrições podem ser de ordem estrutural ou comportamental. As restrições estruturais são aquelas envolvendo alterações na dotação de ativos das empresas requerentes. As compensatórias visam a compensar os danos anticompetitivos através de medidas que proporcionem ganhos de eficiência econômica ou outras de caráter social, como a preservação de empregos, o compromisso de manter em atividade determinadas fábricas ou de imposição de metas de produção ou de investimento, entre outras.

5.7. O SBDC e as agências reguladoras

Em uma interpretação pura e simples da Lei nº. 8.884, o SBDC tem legitimidade para aplicação da defesa da concorrência em todo e qualquer setor da atividade econômica. Contudo, existem alguns limites ou conflitos de atuação quando se observa a existência de setores econômicos regulados por agências que cuidam da regulação

⁷¹ São elas: 1) identificação do mercado relevante; 2) determinação das parcelas de mercado das firmas e do nível de concentração; 3) a probabilidade de ação de poder de mercado com o ato; 4) avaliação das eficiências geradas com o ato; 5) avaliação do efeito líquido entre os custos anticoncorrenciais e as eficiências previstas com o ato.

técnica (especificação do que, como e em que condições deve ser a produção) e econômica (definição de tarifas e regras para reajustes) de empresas sob sua competência.

Atualmente são vários os setores sob o sistema de regulação. Em grande parte, as empresas foram reguladas a partir do ano de 1995, através do processo de privatização implementado como integrante da política governamental de reforma do Estado. O quadro abaixo resume as agências reguladoras e seus respectivos setores de atuação. Dos setores regulados, o bancário é o único em que há uma expressa exclusão do SBDC em casos de atos de concentração e condutas anticoncorrenciais. Em todos os outros, o SBDC analisa os casos de concentração, enquanto questões ligadas à conduta são objetos de decisão das agências reguladoras.

| Agência | Lei e ano de criação | Mercados |
|---|-----------------------------|--------------------------|
| ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil | 11.182/2005 | Aviação civil |
| ANTAQ – Agência Nacional de Transporte Aquaviário | 10.223/2001 | Portuário |
| ANTT – Agência Nacional para Transporte Terrestre | 10.223/2001 | Ferroviário e rodoviário |
| ANA – Agência Nacional de Águas | 9.984/2000 | Meio ambiente |
| ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar | 9.961/2000 | Saúde |
| ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária | 9.782/1999 | Saúde |
| ANP – Agência Nacional de Petróleo | 9.478/1997 | Petróleo e gás natural |
| ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações | 9.472/1997 | Telecomunicações |
| ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica | 9.427/1996 | Energia |

De forma geral, a divisão dos trabalhos entre agências reguladoras e o SBDC consiste em que as primeiras atuam averiguando sobre violações à lei da defesa da concorrência. Ocorrendo irregularidades, as reguladoras apresentam relatórios e pareceres para exame do CADE, com vistas à aplicação da lei. O órgão antitruste

elabora a adoção de ações complementares previstas em seus estatutos, de forma a preservar o sistema de regulação e defesa da concorrência como um todo.

Alguns exemplos podem ilustrar a atuação do SBDC em setores regulados. Por exemplo, a Lei nº. 9.478, que criou a ANP, determina a notificação para a SDE e para o CADE em casos de infração à Lei nº. 8.884. Uma sanção imposta pelo CADE deve ser notificada à ANP, propiciando a esta a possibilidade de adoção de outras medidas complementares aplicáveis às empresas do setor por ela regulado. A ANP, que faz o monitoramento de preços dos combustíveis, pode acionar a SDE para a investigação de casos em que houver suspeita de violação da lei da defesa da concorrência. Em relação a operações de concentração, o CADE decide sobre transações envolvendo concessões.

Em outro exemplo a Lei nº. 9.472/97, que criou a ANATEL, permite à reguladora atuar sobre qualquer violação da ordem econômica, porém sem prejuízo da ação do CADE.⁷² Por conseguinte, o SBDC ou a ANATEL podem analisar os casos previstos na lei da defesa da concorrência. Uma determinação normativa da ANATEL exige a notificação de atos de concentração antes de sua consumação para as operações de empresas sob sua regulação. Dessa forma, tendo em vista a possível duplicação de trabalho, o CADE e a ANATEL possuem, desde 2000, um acordo de trabalho em que a ANATEL, em operações de concentração, substitui a SEAE e a SDE no papel de investigar e produzir pareceres técnicos, enquanto o CADE realiza o seu papel tradicional de julgar e decidir.

Como dito anteriormente, o setor bancário é, sem dúvida, o setor regulado onde a relação com o SBDC é a mais distante e conflituosa. O Banco Central, como autoridade monetária, exerce a competência legal de regular todas as empresas pertencentes ao sistema monetário. Com efeito, tem executado no setor em que regula o controle das questões que estão contempladas na lei da defesa da concorrência.

5.8. Advocacia da concorrência

A função de advocacia da concorrência diz respeito à tarefa de informar, auxiliar e promover nas instituições públicas e privadas e demais setores da sociedade os assuntos relacionados à defesa da concorrência.

⁷² Artigos 7º e 17 da Lei nº. 9.472/97.

O SBDC tem servido como consultor do governo, das agências reguladoras e de empresas privadas em que afloram relações de defesa da concorrência. Em complemento, os órgãos antitrustes entendem ser importante aproximar o debate da concorrência com os mais diversos ramos representativos da sociedade. Desse modo, realiza seminários, cursos e palestras, promove intercâmbio com universidades, entre outras atividades.

Segundo a SEAE, o propósito principal é o de arraigar a cultura da concorrência, evidenciando a importância de a sociedade reconhecê-la como mecanismo de geração de bem-estar econômico e social. Em várias ocasiões, a SEAE e a SDE auxiliaram as agências reguladoras e o governo quando estes visavam ao instrumento do controle de preços.⁷³

O SBDC tem buscado a promoção da concorrência nos mercados regulados através de análises sobre os critérios propostos para as empresas reguladas. Ainda que admitindo não ter sido de forma tão intensa como desejado, o SBDC tem produzido estudos de concorrência⁷⁴ voltados para determinados setores regulados e realizado debates e seminários com integrantes de agências reguladoras. Cumpre registrar a significativa atuação na função de advocacia da concorrência desempenhada pela SEAE e SDE no setor farmacêutico. Os produtos farmacêuticos⁷⁵ têm seus preços máximos fixados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). A SEAE e a SDE prestam ajuda técnica para a metodologia de determinação da fixação dos preços máximos e realizam estudos de formação de preços para novos mercados. De forma semelhante, a SEAE e a SDE também auxiliam a regulação no mercado de planos de saúde.

A advocacia da concorrência tem ação instrutiva em situações de privatização de empresas. Apesar das Leis n^{os}. 8.031/90⁷⁶ e 8.884/94, bem como do Decreto n^o.

⁷³ São exemplos uma tentativa em 2003 de estabelecer o controle de preços do gás liquefeito de petróleo e no setor de revenda de combustível, quando promotores procuraram medida judicial para impor preços máximos e mínimos de venda. Nesses casos, o SBDC argumentou que a aplicação da lei para condutas abusivas era mais eficaz do que o controle de preços.

⁷⁴ Em 2001, a SEAE produziu diversos documentos técnicos defendendo a liberalização de linhas aéreas, cuja ação do Departamento de Aviação Civil (órgão regulador de linhas aéreas) era de não liberalização do mercado.

⁷⁵ Esse é o único setor em que o governo ainda exerce o controle de preços.

⁷⁶ Lei que criou o Programa Nacional de Desestatização – PND.

1.024/94,⁷⁷ que dão prerrogativas ao CADE para examinar operações de privatização visando a assegurar a preservação do ambiente concorrencial nos mercados relevantes envolvidos, o SBDC tem seu papel na advocacia da concorrência quando auxilia a elaboração de leilões, buscando gerar efeitos pró-competitivos, ou seja, de maneira a impedir aquisições que levem a monopólios ou de outras formas de mercado de natureza claramente anticoncorrenciais.

⁷⁷ Criado em 29/7/94, visava regulamentar no PND a observância da aplicação da Lei nº. 8.884 para os projetos de privatização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, um dos maiores desafios da atualidade do Direito Econômico é a identificação de paradigmas que traduzam, concretamente, a moderna relação do Estado com a economia. Com efeito, exemplo desta nova dinâmica é a difícil identificação das fronteiras entre regulação e concorrência tratada neste trabalho. Se, por um lado, o direito antitruste pressupõe certa margem de liberdade para a sua efetividade, de outro, a moderna regulação ocupa um espaço que não se sabe ainda claramente precisar.

O principal objetivo da política de defesa da concorrência consiste em contribuir para o desenvolvimento econômico através da preservação das condições de concorrência nos mercados. As principais atividades exercidas por ela são centradas na repressão de práticas anticompetitivas e no controle preventivo de operações de mercado que possam causar problemas ao ambiente concorrencial.

A reforma do Estado, ocorrida no Brasil ao longo da década de 1990, permitiu a alguns autores identificar a passagem de um Estado burocrático e intervencionista a um Estado “regulador” da atividade econômica. O paradigma teórico sobre a regulação e a atuação do Estado na economia encontra-se profundamente influenciado pela visão neoclássica associada à Escola de Chicago.

Ao lado da valorização do mercado como instância mais eficiente de coordenação da atividade econômica e da concorrência como principal fator dinamizador da economia, as críticas à ingerência estatal deram embasamento aos processos de abertura, desregulação e privatizações, colocando em destaque a necessidade de ação do Estado para assegurar as condições de competição, por meio da prevenção e repressão aos abusos de poder econômico.

Passados mais de uma década desde a realização destas reformas no Brasil, e havendo o país acumulado experiência e maturidade institucional no tratamento de questões concorrenciais, há mais elementos, inclusive mais consistentes, para analisar o espaço e o alcance da disciplina antitruste. Sem descurar da importância e utilidade desse mecanismo de controle sobre a atividade econômica, vez que a existência de estratégias empresariais anticompetitivas é real e acarreta prejuízos sobre o bem-estar,

seu papel não deve tampouco ser superestimado. O direito da concorrência complementa, mas não substitui outros instrumentos de política pública necessários à coordenação dos mercados e à promoção da competitividade.

A distinção feita por diversos autores entre regulação econômica e regulação social permite ressaltar as situações nas quais o mercado é incapaz de promover determinados valores não-econômicos julgados relevantes para o bem-estar da coletividade. Com a regulação social, procura-se promover ou incentivar determinados valores e princípios julgados de interesse público, ainda que isso implique certo sacrifício de valores econômicos como lucratividade e eficiência.

O Brasil gere constitucionalmente a ordem econômica do Estado baseado em uma série de princípios, regras e instituições. O direito à livre concorrência e à livre iniciativa estão tutelados de forma clara principalmente na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº. 8.884/94. Já as instituições são aquelas integradas ao Sistema Brasileiro de Controle da Concorrência.

O conjunto normativo brasileiro estabelece em que ocasiões o direito da livre concorrência é de alguma forma violado e permite, com base na interpretação singular de cada caso, a punição dos responsáveis. Nos últimos anos, o fortalecimento da autoridade antitruste permitiu uma persecução dos eventuais infratores acrescido de uma disciplina preventiva e educativa.

Neste sentido, a utilização das normas concorrenciais como principal forma de se reconhecer o princípio constitucional da livre iniciativa, não como uma liberdade econômica absoluta, é um significativo avanço no sentido de se buscar a forma de Estado proclamado pela Constituição Federal de 1988.

Afinal, conclui-se que nenhuma conjuntura neoliberal ou princípio constitucional da livre iniciativa justifica que sejam esquecidos os princípios que regem nossa Constituição, como a proteção ao consumidor, ao meio ambiente, à função social da propriedade e demais princípios, elencados principalmente no artigo 170. Assim, considera-se ilegítima a exploração da atividade econômica com puro objetivo de lucro e satisfação pessoal do empresário, dados os valores de justiça social e bem estar coletivos, implícitos na Constituição Federal.

Ainda, este trabalho abordou os principais marcos de referência que têm conduzido a prática da defesa da concorrência no Brasil, focalizando as disposições previstas na Lei nº. 8.884/94. Anteriormente a esta lei, outras foram editadas visando a disciplinar as relações de concorrência, mas tiveram um alcance extremamente limitado, sobretudo em função do modelo de política de desenvolvimento adotado no país, que contava com forte apoio do Estado.

O direito antitruste apresenta-se, assim, como um mecanismo flexível de regulação da atividade econômica, em que o formalismo jurídico, estabelecendo uma distinção precisa entre lícito e ilícito, cede espaço a categorias abertas, cabendo ao intérprete recorrer a critérios de razoabilidade para decidir cada caso concreto. Essa margem de interpretação, por sua vez, é o que possibilita a instrumentalização da disciplina da concorrência a diferentes objetivos de política considerados relevantes para um determinado momento histórico.

Vale ressaltar que, sendo a mudança o traço fundamental dos processos de desenvolvimento econômico e industrial, a possibilidade de adaptação e adequação da aplicação da norma à transformação da economia mostra-se crucial, evidenciando tratar-se de uma instituição onde há espaço e possibilidade para a evolução e a aprendizagem.

Por fim, observa-se que no ordenamento jurídico brasileiro a concorrência é valorada enquanto meio, e não como fim em si mesma, sujeitando-se a aplicação da legislação antitruste à observância de outros princípios constitucionais voltados à configuração da ordem econômica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto; PASQUINO, G.; MATTEUCI, N. **Dicionário de Política**. 13ª Ed. Brasília: UNB, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. **Agências reguladores e concorrências e controle jurisdicional dos atos**. *Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários*. Brasília, n. 23, p. 26-30, out./dez. 2003.

CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARVALHO, Leonardo Arquimino de. **Manual de Direito da Concorrência**. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

CASTRO, Ramsés Maciel de. **Controle jurisdicional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, nº 1572, 21 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10455>>. Acesso em 18 de agosto de 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os Fundamentos do Antitruste**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Direito, conceito e normas jurídicas.** São Paulo: RT, 1988.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito econômico.** 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARINS, Vinicius. **Direito concorrencial e concentração empresarial: aspectos atuais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, nº 161, 14 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4566>>. Acesso em 18 de agosto de 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas.** São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro.** 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Organization for Economic Cooperation and Development. **Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares.** 2005. 143 p. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae>>. Acesso em: 28 de agosto de 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas.** 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito concorrencial: as estruturas.** 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. **Direito da concorrência e regulação dos serviços públicos.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 18 de agosto de 2010.

SOUZA, Neomésio José de. **Intervencionismo e direito: uma abordagem das repercussões.** Rio de Janeiro: AIDE, 1984.

VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência.** 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WEISZFLOG, Walter. **Dicionário Michaelis On-line.** Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br>>. Acesso em 6 de setembro de 2010.