

A proteção e regulamentação da concorrência

Análise do caso brasileiro

Melissa Ferreira Gasparini

Sumário

1. A reforma do Estado. 1.1. O papel do Estado. 2. Da livre concorrência. 2.1. Tipos de concorrência. 2.2. Proteção e regulamentação da concorrência.

1. A reforma do Estado

O Estado, na sua forma atual, é o resultado de uma série de mudanças sofridas ao longo do tempo e, para que se o compreenda, torna-se necessária uma análise de sua trajetória evolutiva, pesquisando como se portava a Administração Pública do liberalismo, do intervencionismo e quais são as propostas do neoliberalismo. O Estado Renovado não deve e nem pode ser estudado isoladamente, posto que ele é fruto de longas transformações.

Tem-se como principal pressuposto da transformação estatal a crise desencadeada, fundamentalmente, pelo fenômeno da globalização, que exige a abertura e integração dos mercados nacionais, evolução da tecnologia (automoção, robotização) e dos mecanismos de informação, o que levou a adoção de algumas medidas como as privatizações, as desregulamentações e as terceirizações.

Note-se que toda reforma do aparelho estatal foi precedida de uma crise estrutural, como se pode verificar na passagem do Estado liberal para o Estado intervencionista e deste para o modelo estatal do qual surge o Estado Renovado.

Melissa Ferreira Gasparini é Mestra em Direito pela UNESP/Franca. Servidora pública federal junto ao TRF/3ª Região.

Para melhor vislumbrar tais acontecimentos, analisar-se-á, de forma sucinta, o liberalismo econômico e a evolução econômico-política do Estado até o presente.

O liberalismo surge em meados do século XVIII como fruto das revoluções inglesa, norte-americana e francesa, caracterizando-se pela reivindicação da liberdade em todas as suas formas de expressão, ou seja, o *laissez-faire*, tão proclamado pela revolução francesa. A doutrina liberal defende, basicamente, a liberdade individual, a democracia representativa, a separação e independência dos poderes (executivo, legislativo e judiciário), o direito à propriedade, à livre iniciativa e livre concorrência. O Estado deve ater-se somente às suas atividades típicas, preocupando-se em manter e garantir as liberdades individuais – o Estado de direito. O processo econômico funciona livremente de acordo com as leis da economia. Entende-se que o funcionamento da *mão invisível* do mercado é capaz de gerar o máximo de benefício para a coletividade; desde ADAM SMITH (1776), no seu livro *A riqueza das nações*, já estava presente a contraposição entre um funcionamento desejável dos mercados, na qual se geram resultados que são decorrência não intencional da conduta de seus agentes, e os riscos de que as empresas possam controlar os desdobramentos das suas interações, determinando-os, intencionalmente, com vistas a incrementar seus lucros.

Com o crescente desenvolvimento da economia capitalista e a formação dos monopólios, devido ao acúmulo de dinheiro e concentração do poder econômico, o liberalismo entra em contradição com a nova realidade econômica, social e política, resultando, desse modo, no nascimento do Estado Providência, de caráter manifestamente keynesiano.

O Estado passa, assim, a participar diretamente da esfera econômica, por meio das empresas públicas por ele dirigidas, e ainda atua de forma maciça na área social, visto que chamou para si a obrigação de proporcionar para seus cidadãos os denomi-

nados serviços sociais, com o fim específico de lhes garantir condições essenciais de existência. Esse Estado Assistencial entra em colapso, no final da década de setenta, principalmente devido ao seu elevado custo de manutenção, deflagrando-se em crises fiscais, recessão econômica e desemprego generalizado.

São esses acontecimentos que levam, mais uma vez, à necessidade da revisão do papel do Estado, que se inicia nos anos oitenta e perdura até os dias atuais, visto que a nova ordem econômica ainda não está completamente delineada. Inicialmente foram adotadas medidas de redução do tamanho do Estado, o que levou a crer que seria perfilhada uma política típica do neoliberalismo – doutrina que representa tentativa de adaptar os princípios do liberalismo clássico às condições do capitalismo moderno.

Desse modo, os neoliberais acreditaram que alcançariam seu objetivo de transformar o Estado em um Estado mínimo, porém, constatou-se, nos anos noventa, a inviabilidade de tal proposta, destacando-se a necessidade de uma reforma estatal no sentido de reconstruir o Estado, para que este pudesse realizar, além de suas tarefas clássicas, como garantir a propriedade e os contratos, a garantia dos direitos sociais e promoção da competitividade no seu país (PEREIRA, 1997, p. 12).

É justamente nesse ponto que se apresenta uma grande celeuma ideológica na doutrina específica, posto que existem alguns autores que defendem a idéia de que o Estado contemporâneo é indubitavelmente neoliberal¹ e outros que acolhem a tese de que estamos diante de um Estado híbrido, ou seja, de um Estado inovador no que se refere a sua maneira de atuação política, econômica e social.

O Estado Renovado combina sua própria atuação com a do mercado, não seguindo padrões pré-estabelecidos, chegando a um caminho mediano em que há uma “forma sem formas e um modelo sem modelos”.

A Pós-Modernidade desenvolve-se nos territórios econômicos do capitalismo e ideológicos do neoliberalismo. O capitalismo precisa de liberdade extrema de movimentar os seus capitais, de trocar e de competir. A filosofia neoliberal retoma os seus temas clássicos, afirma que o valor supremo do mercado lhe corresponde como visão do mundo e como arauto. Essa combinação entre mercado e Estado caracteriza a sociedade atual, que não absolutiza meios de coordenação e controle, mas sim é maleável nas suas formas de combinação (ZAIDSN AJDER, 1998, p. 21-35)².

Delineiam-se, assim, as características primordiais do Estado Renovado.

Não será, provavelmente, o Estado-Social, porque foi esse modelo de Estado que entrou em crise. Não será também o Estado Neoliberal, porque não existe apoio político nem racionalidade econômica para a volta a um tipo de Estado que prevaleceu no século dezenove. Prevê-se que o Estado do século XXI será um Estado Social Liberal: social porque continuará a proteger os direitos sociais e a promover o desenvolvimento econômico; liberal porque o fará usando mais os controles de mercado e menos os controles administrativos, porque realizará seus serviços sociais e científicos, principalmente, através de organizações públicas não estatais; competitivo porque tornará os mercados de trabalho mais flexíveis e promoverá a capacitação dos seus recursos humanos e de suas empresas para a inovação e a competição internacional (PEREIRA, 1997, p. 18).

Cumprе ressaltar que, independentemente do modelo estatal que será adotado na era Pós-Moderna, o regime democrático perdurará, pois conta como uma das maiores conquistas sociais da história da humanidade (FERREIRA FILHO, 1979, p. 29)³.

1.1. O papel do Estado

O Estado é apontado pelo artigo 174 da Constituição Federal como agente normativo e regulador da atividade econômica, in-

cumbindo-lhe, na forma da lei, o exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento voltado para reprimir o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (§ 4º do artigo 173 da CF).

A exploração direta da atividade econômica recebe o tratamento de exceção, distinguindo-se da prestação dos serviços públicos. A primeira será permitida somente quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, definida em lei ou nas hipóteses constitucionalmente ressalvadas, e a segunda será tratada como inafastável dever do Estado, diretamente, ou sob regime de concessão ou permissão.

Dessa forma, a exploração direta da atividade econômica passa a ser atribuição da iniciativa privada como regra geral, deixando ao Estado os casos de excepcionalidade (suprir falhas de estrutura ou impor um desempenho consentâneo com metas de política econômica), submetendo-se ambos, poder público e iniciativa privada, ao cumprimento das finalidades constitucionais.

O Estado exerce, então, funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo, este, determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Fiscaliza o cumprimento das disposições normativas incidentes sobre as atividades dos agentes econômicos, podendo ainda atuar no fomento a determinados setores da atividade econômica. O planejamento, contido pelos parâmetros constitucionais, deverá ser relativizado, de forma a evitar os rigores de uma racionalização da economia estritamente vinculante, que vem a contrapor-se ao sistema econômico fundado na regulação pelas leis de mercado.

Nosso modelo de Estado, pela opção constitucional, é o Estado Democrático de Direito, de regime capitalista, que tem na livre iniciativa um princípio fundamental, complementado por um dos princípios ge-

rais da atividade econômica, o da livre concorrência, que

“só encontra condições de adequada aplicação à medida que se assegura aos agentes econômicos um mercado protegido de ações abusivas da parte de grupos econômicos poderosos, um mercado que garante opções ao consumidor” (CARVALHO, 1994).

É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, impelindo-as a um constante aperfeiçoamento que ensejará maiores opções de bens ou serviços, com melhor qualidade e a preços mais justos, beneficiando o consumidor. A prevalecerem condições monopolísticas, o privilégio desloca-se para o produtor em detrimento da coletividade.

Sinteticamente, o Estado atua para assegurar um mercado saudável e propício à regulação pelas forças naturais, reprimindo as práticas abusivas, preservando e estimulando o meio ambiente de forma a torná-lo mais competitivo, utilizando-se dos instrumentos que lhe são disponíveis, uma vez que as realidades econômicas, por sua própria dinâmica, tendem sempre a produzir distorções que obstam o livre confronto entre os seus agentes.

Nesse contexto, faz-se extremamente necessária a atuação do Estado no sentido de regular e fiscalizar as atividades econômicas, como já aludido exaustivamente, em prol não só do próprio mercado e de seus agentes, que precisam de segurança para atuar, mas também do consumidor que se beneficiará com preços mais competitivos.

Assim, pode-se dizer que a livre concorrência é aquela que espontaneamente se cria no mercado, porém derivada de um conjunto de normas de política econômica, ou seja, o regime normativo da defesa da concorrência, voltado ao restabelecimento das condições do mercado livre. O princípio constitucional autoriza essa sorte de intervenção ativa no mercado, sem falar na negativa consistente na eliminação das disfunções e imperfeições.

O nosso regime normativo da defesa da concorrência é informado pelos princípios gerais da atividade econômica (que visam assegurar a todos existência digna e socialmente justa), não permitindo ao seu aplicador desconsiderar o conteúdo econômico e os elementos de política econômica na sua aplicação.

Temos que a concreção dos princípios constitucionais não é só garantida pelas normas legais de repressão ao abuso do poder econômico, coibindo condutas que visem à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, da Constituição Federal), mas também pela atuação pró-ativa dos órgãos governamentais competentes, buscando prevenir distorções nas estruturas de mercado e harmonizar as políticas antitruste com as demais.

Segundo Vieira de CARVALHO, “a prática abusiva do poder econômico, o seu uso anti-social, é o que a Constituição condena, e, ao assim fazer, considera tal prática como causa justificadora da atuação interventiva indireta do Estado na economia, uma atuação que se dará – enfatize-se – em favor da livre concorrência, da não dominação dos mercados. Esses, como integrantes do patrimônio nacional serão incentivados de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da Lei Federal”.

As políticas de defesa da livre concorrência realizam-se mediante um conjunto de normas e de instituições, que facultam ao Poder Público a repressão das condutas abusivas dos agentes econômicos no mercado e o controle prévio das estruturas de mercado, embora neles não se esgotem.

Assim, a repressão ao abuso do poder econômico, instrumento de proteção aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, tem como fonte direta a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, transforma o

Conselho Administrativo de Defesa Econômica em Autarquia e revoga as Leis nº 4.137/62, nº 8.158/91 e nº 8002/90.

2. Da livre concorrência

Antes de mais nada, cumpre ressaltar o que seja concorrência e quais as suas principais classificações.

Assim, concorrência é a situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze de supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos. Nessas condições, os preços de mercado formam-se perfeitamente, segundo a correção entre oferta e procura, sem interferência predominante de compradores ou vendedores isolados. Os capitais podem, então, circular livremente entre os vários ramos e setores, transferindo-se dos menos rentáveis para os mais rentáveis em cada conjuntura econômica. De acordo com a doutrina econômica liberal, propugnada por Adam SMITH (1776), a livre concorrência entre capitalistas constitui a situação ideal para a distribuição mais eficaz dos bens entre as empresas e consumidores. Com o surgimento de monopólios e oligopólios, a livre concorrência desaparece, substituída pela concorrência controlada e imperfeita.

A livre concorrência está prevista na legislação brasileira, no artigo 170, IV, da Constituição Federal de 1988, como um dos princípios da ordem econômica, e para sua garantia a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

A concorrência é o mecanismo por meio do qual os excedentes gerados são apropriados e a valorização dos ativos de capital realizada, gerando ganhadores e perdedores, e tendo portanto natureza conflitual; o seu objetivo e resultado – ainda que nem sempre garantido e por vezes temporário – são a intensificação das posições de poder e

a criação de situações monopolísticas, e não a volta a um suposto estado de equilíbrio e à harmonia de interesses.

A livre concorrência é o resultado da somatória dos efeitos das condutas dos agentes detentores de poder econômico que contribuem para a manutenção e o incremento das pressões competitivas na economia. A lei aproveita assim o sentido “natural” da dinâmica capitalista, embora nela separando de maneira artificial – para fins de valoração e aplicação – os seus dois momentos constitutivos, a saber, a diminuição e o aumento estratégicos das pressões competitivas, de cuja inter-relação depende a realização efetiva da finalidade definida normativamente.

2.1. Tipos de concorrência

Entre os vários tipos de concorrência encontrados na doutrina específica, destacam-se:

Concorrência perfeita – número elevado de empresas produtoras e compradoras agindo independentemente de tal forma que, pela pequena importância de cada uma, nenhuma possa reunir condições efetivas ou poder suficiente para modificar os padrões e níveis da oferta e da procura e, conseqüentemente, o preço de equilíbrio prevalecente juntamente com a inexistência de diferenças entre os produtos ofertados, não existindo, pois, barreiras à entrada de novas empresas.

Concorrência imperfeita – situação de mercado entre a concorrência perfeita e o monopólio absoluto. É o que, na prática, corresponde à grande maioria das situações reais. Caracteriza-se sobretudo pela possibilidade de os vendedores influenciarem a demanda e os preços por vários meios (diferenciação de produtos, publicidade, *dumping*, etc.) (DICIONÁRIO..., 1987, p. 81).

Concorrência praticável – ou *workable competition* defendida pela doutrina norte-americana. Como visto acima, a concorrência perfeita não existe, sendo tão-somente um modelo teórico, idealizado, especialmente

te no esteio do liberalismo. Assim, a concorrência praticável é aquela possível ou desejada. “Seria aquela que proporcionasse maior ganho social (e não só econômico), ainda que efetivamente isto representasse a existência de pouca ou nenhuma concorrência em determinado mercado” (BRUNA, 1997, p. 71).

Concorrência monopolística – estrutura de mercado em que há grande número de empresas concorrentes e em que as condições de ingresso são relativamente fáceis, todavia, cada uma das empresas concorrentes possui sua própria patente, ou então é capaz de diferenciar o seu produto de tal forma que passa a criar um segmento próprio de mercado que dominará, ou procurará manter.

2.2. Proteção e regulamentação da concorrência

A abertura econômica, além de expor alguns cartéis, monopólios e oligopólios à competição internacional, e com isso aumentar a concorrência no mercado doméstico, evidenciou a necessidade de uma ação reguladora do Estado em defesa da concorrência nos mercados de bens e serviços. Assim, o fortalecimento das instituições ligadas à defesa da concorrência é fruto da preocupação de que uma economia globalizada não pode prescindir de uma legislação eficaz e de uma atuação eficiente de seus órgãos.

O objetivo da regulação de setores específicos na economia tem sido normalmente o de corrigir as chamadas falhas de mercado. Cabe ressaltar que a falta da regulação pró-concorrencial pode inviabilizar a concorrência em determinados setores, em que a estrutura que emergia da ação do livre mercado seria desnecessariamente concentrada ou, por qualquer outro motivo, anti-competitiva. Nesse sentido, a existência de uma regulação adequada se torna condição necessária para viabilizar um ambiente concorrencial em setores específicos.

A intervenção do Estado na organização da economia, em doses diferentes de

acordo com as situações concretas, operou-se a partir do momento em que as grandes concentrações passaram a ser um perigo para a organização do mercado, e principalmente em perspectiva de dano potencial para as demais empresas. Os processos de concorrência e concentração econômica não são absolutamente antinômicos, pode-se afirmar assim que não há concentração sem concorrência. Concentrar é restringir o espaço do mercado. A concentração pode não viabilizar a concorrência, mas com certeza, muda o patamar de competição, sobrepondo à questão dos mercados relevantes também a questão do avanço tecnológico com vantagens competitivas e vantagens para o consumidor.

A regra do mercado não é a da concentração, mas sim a da concorrência. Devido a essa concorrência, as empresas buscam padrões cada vez mais qualificados para bens e serviços destinados aos consumidores. Entretanto, essa busca de melhoria visa, mesmo que indiretamente, a restrição das possibilidades dos concorrentes.

Podemos tomar como exemplo o que ocorre com as privatizações. Empresas que por muitos anos detiveram grande controle do mercado são entregues nas mãos do capital privado, livre para dominar e manipular os preços e eliminar a concorrência.

O remédio para essa situação veio por meio da legislação antitruste, que procura preservar e garantir a concorrência.

A política antitruste tem por finalidade coibir, mediante ameaças e punição, as condutas empresariais com intuito de restringir ou eliminar a atuação de empresa concorrente. Essas condutas são basicamente divididas em práticas restritivas horizontais, que reduzem a intensidade da concorrência afetando as interações entre as empresas ofertantes de um mesmo mercado, e práticas restritivas verticais, que abrangem ampla variedade de condutas e reações contratuais entre compradores e vendedores. De modo geral, a política antitruste consiste em limitações impostas pelo fabricante aos

produtos ou serviços entre as ações dos agentes econômicos, nas etapas anteriores ou posteriores à sua, na cadeia de produção.

O Estado, no desenvolvimento de sua atividade antitruste, objetiva, essencialmente, a preservação da livre concorrência e, por conseguinte, a livre iniciativa. Não se trata, pois, de restringir a liberdade daquele que abusa de seu poder econômico, já que ninguém tem liberdade para abusar. Em caso de abuso, a atividade do sujeito econômico terá extrapolado os limites de suas liberdades. Vê-se que não há restrição de liberdade, mas sim restauração da liberdade dos demais agentes do mercado, violada pelos atos abusivos (BRUNA, 1997, p. 137).

Caberia ao CADE – mais do que controlar e autorizar as concentrações econômicas, até porque as concentrações não necessariamente ensejam o abuso do poder econômico, ao contrário, não raramente proporcionam eficiências econômicas oferecendo ao consumidor produtos mais baratos e de melhor qualidade – estabelecer, preventivamente, regras e condições de mercados que motivem essas eficiências nos atos de concentração econômica e evitem o abuso do poder de mercado. Há que se verificar as nuances entre o que seja a defesa da concorrência e a defesa da livre iniciativa, ambas matérias relevantes, alvo inclusive de dispositivos constitucionais.

A administração gerenciada do Estado está submetida a um ordenamento jurídico que tutela a livre iniciativa e a defesa da concorrência visando à plenitude econômica, e esta só será atingida com o respeito e a adequada atribuição de competências dessas normas reguladoras.

Notas

¹ Pensamento reforçado após o Consenso de Washington (Seminário Econômico realizado em 1990) que pregava a necessidade de efetivação de medidas econômicas de caráter neoliberal voltadas para a reforma e estabilização das economias emergentes, notadamente as latino-americanas.

² Na opinião de FARIA (1998, p. 11-12), o Estado Renovado sofre uma crise de identidade, conforme se depreende de suas palavras: “Incapazes de assegurar uma efetiva regulação social, no âmbito de uma economia globalizada, despreparados para administrar conflitos coletivos pluridimensionais por meio de sua engenharia jurídico-positiva concebida para lidar basicamente com conflitos unidimensionais e inter-individuais, impotentes diante da multiplicação das fontes materiais de direito e sem condições de deter a diluição de sua ordem normativa gerada pelo advento de um efetivo pluralismo jurídico, os Estados nacionais encontram-se, assim, em crise de identidade”.

³ Diz o autor que “a opção pela Democracia a fim de estruturar um Estado que procure a liberdade com o bem-estar não é arbitrária. Nem apriorística. Procede da idéia de que essa forma de governo é a mais capaz de realizar os objetivos fundamentais do Estado contemporâneo”.

Bibliografia

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceitualização do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CARVALHO, C. E. V. de. Apuração de práticas restritivas da concorrência. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA, 2., 1994.

DICIONÁRIO de Economia. São Paulo: Best Seller, 1987. (Os Economistas).

FARIA, J. E. *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERREIRA FILHO, M. G. *A reconstrução da democracia: ensaio sobre a institucionalização da democracia no mundo contemporâneo, em especial no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1992.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. (Cadernos MARE da Reforma do Estado, 1).

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. [S. l.: s. n.], 1776.

ZAISNAJDER, Luciano. O caminho do meio: nem só Estado, nem só mercado. In: PEREZ, Augusto Martinez (Coord.). *Transformações do Estado: caráter das mudanças*. Franca: Unesp, 1998. p. 21-35.