

DA INTERVENÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NO ÂMBITO DO DIREITO CONCORRENCIAL

Ronaldo Felipe Rolim Nogueira

Resumo: Este trabalho procura analisar os aspectos jurídicos e econômicos que envolvem a intervenção do Estado brasileiro no Direito Concorrencial. Para isso, aborda as bases constitucionais da ordem econômica, focando na liberdade de iniciativa econômica e na livre concorrência. Trata da concorrência como instituto jurídico, averiguando as disposições gerais da lei anti-truste nacional: a Lei nº 12.529/2011. Faz-se, também, o exame das justificativas para a regulamentação da concorrência, como o papel das inovações e da eficiência na competitividade empresarial, bem como a política industrial. Aborda, ainda, a relação entre atuação estatal, poder regulamentar e direito concorrencial. Por fim, verificam-se os modos de intervenção do Estado no domínio econômico, os limites constitucionais dessa intervenção e a relação entre concorrência e agências reguladoras.

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

THE INTERVENTION OF THE BRAZILIAN STATE IN COMPETITION LAW

Abstract: This paper seeks to analyze the legal and economic aspects involving state intervention in the Brazilian Competition Law. It broaches the constitutional basis of the economic order, focusing on freedom of economic initiative and on free competition. It deals with competition as a law institute, investigating the general arrangements of the national antitrust law: the Act 12.529/2011. It also examines the justifications for

regulation of competition, focusing on the role of innovation and efficiency in business competitiveness, as well as the industrial policy. Nevertheless, it verifies the relationship between state action, regulatory power and competition law. Finally, it analyzes the ways of state intervention in the economic domain, its constitutional limits and addresses the connection between competition and regulatory agencies.

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

INTRODUÇÃO



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.

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.

Este trabalho analisa a disciplina jurídica da concorrência no Brasil, enfocando aspectos da Lei nº 12.529/2011 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.

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.

Partindo para a questão dos elementos socioideológicos, José Afonso da Silva (2008, p. 787) 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 di-

reitos 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.

1.1. 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. É certamente o princípio básico do liberalismo econômico. 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. 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.

1.2. 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.

Anota Eros Roberto Grau (2010, p. 210) 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.

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.

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 (GRAU, 2010, p. 212).

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. 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.

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 insopitalmente 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 anticoncorrenciais, estabelecendo as respectivas sanções.

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. 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.

2.1. O DIREITO CONCORRENCIAL NA CONSTITUIÇÃO

O texto da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto ao fato de a 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 em um contexto de proteção da economia popular¹, o que, sem dúvida, já lhe atribui um caráter instrumental, ainda que vinculado à economia popular e ao consumidor, caráter este que 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”. 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 quer 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

¹ Cf. Decreto-lei nº. 869/38 e Decreto-lei nº. 7.666/45.

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 (2009, p. 787):

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 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.²

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.

2.2. A LEI Nº 12.529/2011: DISPOSIÇÕES GERAIS

A Lei nº 12.529/2011 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 essenci-

² ADIn 319/4 – DF. Rel: Min. Moreira Alves. Julgada em 3 de março de 1993.

al para o equilíbrio da ordem econômica, reprimindo toda e qualquer prática que possa eliminá-la ou impedi-la. Em seu art. 36, enumera casuisticamente os vários atos caracterizadores das infrações à ordem econômica que possam produzir os seguintes efeitos³:

- 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. 46).

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. Independe igualmente de dolo do agente, isto é, de sua vontade consciente dirigida ao fim antijurídico.

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. 32 da Lei Antitruste, a infração cometida por entidade ou sociedade empresarial corresponde a pelo menos dois agentes ativos, quais sejam o agente da ativi-

³ Art. 36 da Lei nº 12.529/2011. Cabe aqui afirmar que esse artigo condensou os arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/1994, atualmente revogada.

dade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços, isto é, o empresário, e o seu dirigente ou administrador. Entretanto, o inciso III do art. 37 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 12.529, assim como a sua antecessora, a Lei 8.884, em seu art. 34, 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 provocados por má administração, conforme se lê do parágrafo único do art. 34.

A Superintendência-Geral do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, desempenha importante papel no processo de repressão das práticas nocivas à ordem econômica. Suas amplas atribuições estão previstas no art. 13 da Lei nº 12.529/2011, notadamente a de promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica (inc. II), e a de instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica (inc. V).

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 Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão 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. 98 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 Tribunal 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 (art. 97). 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. 102). 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, mesmo que o prazo previsto para sua duração não se tenha esgotado.⁴

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

⁴ A lei prevê o prazo máximo de 180 dias (art. 106 da Lei nº 12.529/2011).

constitucional por esta adotada (GRAU, 2010, p. 213).

3. JUSTIFICATIVAS PARA A REGULAMENTAÇÃO DA CONCORRÊNCIA

A preocupação com o nível do bem-estar da sociedade, dada a ação e estratégia empresariais, 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.

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 crescimen-

to 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.

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 modificado⁵ 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

⁵ Representado por novas formas de produção, processo, organização, comercialização, etc.

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.

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. 36, §1º da Lei nº 12.529: “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”.⁶ 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. 88, §6º, 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.

3.4. A POLÍTICA INDUSTRIAL

⁶ Art. 36 da Lei nº 12.529: “Constituem infração da ordem econômica (...): II – dominar mercado relevante de bens ou serviços”.

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.

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.

A lei antitruste brasileira reconhece o desenvolvimento tecnológico como justificativa tanto da cooperação quanto da concentração empresarial. Seu art. 88, §5º se aplica 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.

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.

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 (SALOMÃO FILHO, 2007b, p. 222). 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.

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 supra-competitivos. 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.

3.5. ATUAÇÃO ESTATAL E CONCORRÊNCIA

Quando para certa indústria ou ramo de atividade a própria Constituição prevê uma regulamentação especial, faz-se necessário determinar se e sob quais condições 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.

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 12.529/2011 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. O PODER REGULAMENTAR E O DIREITO CONCORRENCIAL

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. 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.

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 o que

ocorre.

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.

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. 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. 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 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.

4.1. 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.

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 exegética. 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 (BONAVIDES, 2011, p. 564). 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.

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. Muito mais adaptável à garantia de uma instituição que se quer proteger é a estru-

tura 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 (2007a, p. 109), 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. 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.

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 ob-

tenção 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.

4.2. MODOS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

A atividade econômica, conforme afirma o eminente constitucionalista José Afonso da Silva (2008, p. 801), 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 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.⁷

⁷ 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 infraestrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiri-

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.

4.2.1. A INTERVENÇÃO DIRETA

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, prevista no art. 173, isto é, quando o exigir a segurança nacional ou interesse coletivo relevante, conforme definidos em lei (MELLO, 2009, p. 788). 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. 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

ras 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”.

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 (2004, p. 546):

“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”.

Observa Régis Fernandes de Oliveira (2008, p. 52) 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.

4.2.2. 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.

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 (LEOPOLDINO DA FONSECA, 2004, p. 337).

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 (2010, p. 309), 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”. O planejamento, portanto, não significa que o Estado possa intervir no fator produtivo, mas vai apenas orientá-lo.

4.5. AGÊNCIAS REGULADORAS E AS RELAÇÕES DE CONCORRÊNCIA

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 passaram 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 (2003, p. 27):

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.

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 (LEOPOLDINO DA FONSECA, 2004, p 297).

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.

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.

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.

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*. 13. ed. Brasília: UNB, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- 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.
- 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.
- FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *Direito, conceito e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. 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*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007a.
- _____. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007b.
- _____. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOUZA, Neomésio José de. *Intervencionismo e direito: uma abordagem das repercussões*. Rio de Janeiro: AIDE, 1984.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.