

PANORAMA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Pedro Aurélio de Queiroz

Procurador da Fazenda Nacional

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO)

SUMÁRIO: 1 Livre Concorrência – origens históricas, tendências e contexto atual; 2 Evolução do Direito da Concorrência no Brasil; 3 Livre Concorrência no Cenário Pós-Desestatização; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Como princípio instrumental à garantia do bem estar econômico e social, a livre concorrência tem aplicação geral sobre a economia e tem como destinatários tanto agentes privados como agentes públicos. De um lado, a livre atuação dos agentes privados garante uma autoregulação concorrencial segundo as regras naturais de mercado. De outro lado, a atuação do Estado na defesa da concorrência objetiva prevenir e coibir lesões à ordem econômica e, assim, garantir a livre concorrência.

PALAVRAS-CHAVE: Livre Concorrência. Estado Social. Livre Mercado. Isonomia. Ordem Econômica.

ABSTRACT: As principle that guarantees the welfare economic and social, the free competition has general purpose on the economy and has as addressees in such a way private agents as public agents. Of a side, the free performance of the private agents guarantees the competition according to natural rules of market. Of another side, the performance of the State in the objective free market defense to prevent and to restrain injuries to economic order e, thus, to guarantee the free competition.

KEY WORDS: Free Competition. Welfare State, Free Market, Isonomy and Economic Order.

1 LIVRE CONCORRÊNCIA – ORIGENS HISTÓRICAS, TENDÊNCIAS E CONTEXTO ATUAL

A defesa da concorrência, desde há muito, tem sido identificada como um meio de contenção de abusos dos agentes econômicos pela manipulação das leis do livre mercado em detrimento de concorrentes e consumidores. O antitruste norte-americano é considerado a “matriz histórica” das legislações surgidas no mundo sobre o tema e das principais reflexões teóricas já produzidas. Curiosamente, a própria postura antitruste norte-americana não se apresentava como uma novidade absoluta, mas, de certa forma, corolário do conjunto de teorias, elaboradas no seio da *common law*, cujo objetivo era reprimir as práticas que produzissem restrições ao comércio *-restraint of trade*.¹

Nas raízes da edificação do arcabouço concorrencial norte-americano, destacam-se três diplomas legislativos: o *Sherman Act*, de 1890, o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*, ambos, de 1914. O primeiro apresenta preocupação marcadamente com os efeitos do monopólio sobre o bem-estar do consumidor, sem se consubstanciar em um mecanismo técnico efetivo na análise das eficiências das concentrações econômicas², nem tampouco num meio de defesa do concorrente contra práticas desleais do outro concorrente.³ O *Clayton Act*, por sua vez, representou a tentativa de especificar condutas consideradas anticompetitivas, tais como contratos de exclusividade, discriminação de preços etc.⁴ O último diploma teve por mérito a criação da *Federal Trade Commission* - agência reguladora responsável pela aplicação das leis de defesa da concorrência dos EUA.

Como fundamento para a promulgação do *Clayton Act* e do *Federal Trade Commission Act* estava a então nascente percepção de que a concorrência não deveria apenas ser livre, mas também leal para garantir os próprios interesses dos consumidores contra o poder econômico no mercado. Nesse sentido, passa-se a combater com mais vigor as práticas destrutivas que colocavam em xeque a permanência e a entrada de concorrentes no mercado.⁵

¹ BERNINI, Giorgio. *Um Secolo di Filosofia Antitrust*. Bologna: Editrice, 1991, p. 91-93.

² HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*. 2. ed. West Group, 1999. p. 48-49.

³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998. p.63.

⁴ GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. St. Paul: West Group, 1994. p. 27-29.

⁵ SALOMÃO FILHO, op. cit., 1998, p. 64.

Nos países continentais, a defesa da concorrência ganha relevo especialmente após a Segunda Guerra Mundial. A expectativa da unificação da economia europeia criada no pós-guerra pressupunha a eliminação de barreiras legislativas e administrativas impostas pelos Estados ao livre mercado. Ao mesmo tempo, porém, temiam-se os efeitos negativos do exercício abusivo da livre iniciativa. É nesse contexto que a concorrência passa a exercer papel central no processo de integração europeia.⁶ Por ser um mecanismo natural de limitação do poder econômico-empresarial, a competição é eleita como instrumento crucial para o avanço da União Europeia. O interessante aqui é notar que países com tradição na *Civil Law* adotaram, justamente, o antitruste da *Common Law* como vetor na política comunitária. Pode-se dizer que tal opção provocou verdadeiro alinhamento jurídico-econômico entre Europa e EUA.

Nos blocos regionais, a eleição da livre concorrência como pedra de toque da integração representa, em certa medida, a substituição de um *direito rígido*, pautado em normatizações estatais, por um *direito flexível*, “de textura aberta”,⁷ uma vez que enseja tomada de decisão a partir de “valores” extraídos do próprio sistema econômico (competição, eficiência, redução de custos de transação etc). Daí se falar que, no direito econômico, os órgãos responsáveis pela sua operatividade necessitam de amplos poderes discricionários, ou seja, de reconhecida competência para manipular quer as normas quer os fatos da forma que considerem mais adequada, tendo em conta os diferentes campos sociais, em constante mutação, e as suas respectivas necessidades de regulação. Nesse aspecto, haveria possibilidade de uma legalidade negociada, uma legalidade efêmera e intersticial onde o dualismo norma/fato desaparece quase completamente.⁸

Com efeito, a introdução da concorrência nos mercados, em substituição às barreiras legais específicas dos Estados, é resultado da própria relativização de suas soberanias em nome de um direito supranacional pautado em menos regulação.⁹ As perspectivas estáticas-estatocêntricas não responderiam mais aos desafios do direito “individualizante” e “flexível”, uma vez que presente a necessidade de *desconcentração* e *descentralização da regulação jurídica* e a indispensabilidade de se articular em moldes inovadores o direito interno com os fenômenos da *internacionalização e supranacionalização*.¹⁰

6 BERNINI, op. cit., p. 30.

7 ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização. Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 152.

8 SANTOS, Boaventura de Sousa. São Paulo: Cortez, 2000. p.152.

9 ARNAUD, op. cit., p. 155.

10 CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 652-653.

O direito econômico da sociedade global expande-se em um ambiente de crescente complexidade. De um lado, dá-se a crise regulatória do direito estatal, frequentemente acusado de não garantir expectativas de direitos e de não se ajustar às possibilidades de ação e escolha geradas pela revolução tecnológica. De outro lado, mas não menos importante, os modos de produção do direito são difusos, policêntricos, auto-regulativos.¹¹ Filósofos do Direito referem-se a este fenômeno como a crescente substituição da “pirâmide” normativa kelseniana por séries normativas dispostas na forma de “teias de aranha” emaranhadas, descentralizadas e, em larga medida, surgidas apenas para estabelecer premissas de decisões flexíveis. Em razão disso, boa parte da teoria do direito retoma a linha do pluralismo jurídico.¹² Visto desse ângulo, o direito antitruste da globalização tem pouca afinidade com a concepção formal de sistema.

A escolha da concorrência como princípio geral da integração dos blocos regionais guarda relação estreita com a própria crise do Estado do Bem-Estar Social. O *Welfare State* vinculou a realização de seus objetivos a uma lógica distinta da produtividade e do mercado, o que acabou, na realidade, por comprometer sua própria capacidade para produzir e distribuir riqueza.¹³ O livre mercado e a defesa da concorrência assumiriam, em parte, o papel de promotores do bem-estar social. É certo, porém, que

la vuelta al mercado y a la eficiencia, no es la vuelta a un mundo sin fricciones en el que el sistema jurídico actúe de registro de los acuerdos espontáneos del mercado [...] Reconocida la existencia de costes de transacción, reconocida la inexistencia de mercados sin fricciones, *el sistema jurídico ha de asumir las funciones de asignación y distribución en base a la eficiencia que corresponderían al mercado*. Y este reconocimiento de la función del derecho como mecanismo de asignación y distribución de recursos no significa sino convertir a este en el mecanismo decisivo através del qual la eficiencia económica pasa del orden de la posibilidad al orden de la legalidad.¹⁴

É exatamente por tal razão, que o direito antitruste cumpre a importante função de fazer prevalecer a concorrência nos mercados, impondo limitações ao exercício abusivo da livre iniciativa. Nessa linha, as regras de concorrência da comunidade cumprem dupla função. Por um lado, têm função negativa

11 CAMPILONGO, Celso. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 39.

12 Idem, p.40.

13 PACHECO, Pedro. Mercado. *El Analisis Económico del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 160.

14 Ibidem, p. 160-165.

caracterizada pela punição rigorosa dos atos tendentes à proteção dos mercados nacionais por meio de práticas anticoncorrenciais. De nada adiantaria a remoção das barreiras ao comércio de iniciativa governamental - tarifas, quotas, proteção aos estabelecimentos nacionais - se essas fossem substituídas por barreiras ao comércio de iniciativa dos próprios agentes econômicos por meio de cartéis, boicotes e discriminação de produtos estrangeiros.¹⁵ Há também uma função positiva consubstanciada na utilização das regras naturais de concorrência para o estímulo e funcionamento do mercado comum de forma eficiente. Assim, os órgãos encarregados de sua aplicação procuram encorajar as práticas geradoras de efeitos positivos à inovação, integração e à competitividade.^{16 17}

Outra importante questão é a introdução da competição nos serviços públicos antes sob o monopólio do Estado. A questão da desoneração do Estado na esfera econômica e nos serviços públicos é, em grande parte, resultante da nova articulação entre o serviço público e a economia de mercado.¹⁸ Mais do que um compartimento distinto, como tradicionalmente sucedia, os serviços públicos de hoje tendem a ser submetidos também à lógica de mercado, da empresa privada e da concorrência, somente com a exceção dos “monopólios” naturais e com as limitações derivadas das exigências incontornáveis do serviço público, nomeadamente a acessibilidade econômica, a universalidade, a igualdade, a continuidade.¹⁹

A internacionalização da concorrência e sua defesa são fenômenos recentes que não se devem, entretanto, apenas a motivos de integração regional. Com a queda das economias socialistas e as reformas liberalizantes promovidas, nomeadamente, nos países em desenvolvimento, a competição passa a ser nuclear na estratégia de desenvolvimento econômico desses países. Por tal razão, proliferam leis antitruste por todo o mundo. Segundo a UNCTAD, no final dos anos 90, mais de 80 países tinham legislações de defesa da concorrência em vigor, o que representa o dobro do que havia nos anos 80.²⁰ Trata-se, por outro lado, de uma demanda do próprio capital estrangeiro que pretende ver a substituição de regramentos rígidos e protetivos da economia nacional por leis, pretensamente, “imparciais” e “flexíveis”. Nesse sentido,

15 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica - o Controle de Concentração de Empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 98-99.

16 Ibidem, p. 98-99.

17 CELLI JR., Umberto. *O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição ao Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 62.

18 MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *Constituição Econômica e Integração*. 1998. Disponível em: <http://www.fid.pt> p. 21.

19 Ibidem, p. 21.

20 *Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo*, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 1.

guardadas as diferenças entre os ordenamentos estatais, pode-se falar em uma convergência das leis nacionais sobre concorrência. Alguns autores falam na formação de normas efetivas que promovam a padronização do direito por câmaras comerciais internacionais, tais como *Unidroit* e *Uncitral*, criando-se relações jurídicas baseadas em regras emanadas espontaneamente pelos agentes comerciais internacionais, sem intervenção estatal e sem vínculo com a política, também denominada “nova *lex mercatoria*”.²¹

Na medida em que as barreiras ao livre mercado forem derrubadas, vislumbra-se a substituição das leis nacionais de defesa comercial (*antidumping*) por uma legislação uniforme de defesa da concorrência, a exemplo do que já ocorre no direito comunitário europeu. Como aponta Gabrielle Marceau,

within the common market of the EEC, where a high level of integration and harmonization of domestic economic policies exists, anti-dumping measures have been phased out. Currently a central competition law, parallel to the national competition laws, regulates restrictive business practices which affect trade between member States.²²

O grande significado dessa mudança está no fato de que problemas comerciais deixariam de ser resolvidos a partir do confronto entre-Estados (“um país contra outro”) para serem tratados como uma questão empresarial comum aos países, resolvida com a aplicação da lei supranacional. Esse processo caminha na mesma velocidade em que avança a interdependência econômica entre os países, perspectivando-se a possibilidade de uma espécie de fusão das economias nacionais - *deep integration*.²³

Outro aspecto é a tendência à aplicação extraterritorial do direito antitruste. Tal fato coloca em conflito as jurisdições dos países. Um ato praticado em determinado território, por empresa situada em outro, pode ter efeitos econômicos num terceiro território. Surge, assim, a questão de se saber como uma legislação nacional de defesa da concorrência poderia reprimir o comportamento dessa empresa. Tal questão insere-se numa perspectiva mais geral que é a dos critérios pelos quais os Estados reivindicam a aplicação da sua legislação nacional à luz do direito

21 NUSDEO, op. cit., p. 152.

22 MARCEAU, Gabrielle. *Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas*. Clarendon Press Oxford, 1994, p. 311.

23 ARNAUD, op. cit., p. 162.

internacional público.²⁴ Posner e Easterbrook realçam as implicações políticas da extraterritorialidade:

The foreign commerce cases are complicated, moreover, by political questions. What role should the courts play in making decisions that may affect the foreign relations of the United States? Should some limiting principle be employed when a case presents a substantial hazard of political embarrassment?²⁵

A análise dos casos de concorrência nas jurisdições nacionais tem, cada vez mais, contemplado a verificação das relações econômicas no âmbito global, v. g. nos mercados de *commodities*. Neste aspecto, a própria globalização influencia a análise casuística do direito interno.

Na necessidade de fazer interagir, harmonicamente, *direito e economia*, talvez resida a maior riqueza do antitruste na atualidade. Um dos desafios do direito nessa seara é o de dialogar com o sistema econômico sem que isso acarrete o comprometimento de sua própria operatividade ou, o reverso, sem que comprometa a autonomia operativa da economia. Nesse sentido, o direito da concorrência não pode sucumbir diante do mercado, mas também não pode substituí-lo ou comprometer o seu regular funcionamento. Nesse particular, devem-se reconhecer os limites operativos do direito na ordenação do sistema econômico. O desafio dos processos de integração que atribuem ao direito da concorrência papel central é o de, a um só tempo, fazer prevalecer a concorrência no mercado, mas, em contrapartida, limitar sua aplicação de modo a não comprometer o funcionamento livre e eficiente do sistema econômico. Concretamente, na defesa da operatividade do direito da concorrência, ganha importância o exame cuidadoso da plausibilidade das exceções à competição (redução de custos de transação, subsídios governamentais, regulações, aumento de barreiras artificiais ao comércio fitossanitárias e ambientais etc.). De outra parte, na busca da preservação do funcionamento eficiente do sistema econômico, cumpre identificar os limites à própria aplicação do direito antitruste.

2 EVOLUÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

A evolução do direito antitruste no Brasil está intimamente ligada ao histórico econômico do país.

24 ASSIS DE ALMEIDA, José Gabriel. A Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência Brasileiro. *Revista Archê Interdisciplinar*; Rio de Janeiro: UCAM/IPANEMA, 2001, p. 64.

25 POSNER, Richard A.; EASTERBROOK, Frank H. St. Paul: West Group, 1981. p. 59.

Durante um longo período, o Estado brasileiro aderiu a uma política de intervenção intensa nas atividades privadas, a qual foi marcada por duplo perfil. De um lado, exacerbou a proteção da economia popular, utilizando-se técnicas de amplo controle de preços e substituição de importações e, de outro, o Estado passou, com intensidade jamais vista, a atuar na economia como um empresário, centralizando grande parte das atividades econômicas. Consequência lógica de uma tal configuração econômica foi o abandono da opção concorrencial cujo pressuposto de aplicação se funda em um patamar mínimo de liberdade aos agentes de mercado.

Tal período, que se inicia com a criação do CADE pela Lei 4.137/62²⁶, pode ser definido, sob o prisma da eficácia normativa, como a “Era perdida” do direito antitruste.²⁷ Como sublinha Paula Forgioni,

em seu período de vigência, sem embargo de alguns breves ‘surto’ ou ‘ondas’ de aplicabilidade, a Lei Antitruste de 1962 não encontrou 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.

A partir do final da década de 80, com a gênese do processo de abertura da economia e o abandono das técnicas tradicionais de intervenção, o direito da concorrência, gradativamente, adquire maior efetividade. Do controle da economia popular passa-se a uma intensificação da tutela concorrencial. Marco desta mudança foi a edição da Lei nº 8.158/91, que, em certa medida, simbolizou o nascimento (ou renascimento) da defesa da concorrência. Esta nova etapa, que antecedeu à promulgação da Lei 8.884/94, foi marcada, entretanto, por um certo hibridismo, já que não representou o total abandono das práticas ortodoxas de intervenção nos mercados. Como assinala Gesner de Oliveira,

de um lado, do ponto de vista da estabilização, exigiu-se das autoridades brasileiras papel centralizador no sentido de coordenar

26 FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 1998. p.131. A escolha da Lei 4.137/62 como o marco temporal sobre o qual se inicia esta análise histórica não olvida toda a dimensão fática e normativa do direito econômico brasileiro que lhe precede.

27 Gesner de OLIVEIRA destaca que 74% das decisões do CADE, no período de 1962 a 2000, foram tomadas entre 1996 e 2000. Mas pondera: “Este quantitativo não diminui, no entanto, a importância qualitativa da experiência obtida nas mais de três décadas anteriores.”, *Concorrência – Panorama no Brasil e no Mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 09.

as expectativas em direção a uma taxa de inflação moderada (...). De outro lado, as reformas liberalizantes aceleradas durante a administração Collor indicavam a necessidade da adoção de regras típicas de defesa da concorrência.²⁸

Com efeito, este período de transição foi encerrado com o advento da Lei nº 8.884/94. A nova Lei da Concorrência trouxe como uma de suas principais inovações a transformação do CADE em autarquia, conferindo-lhe maior autonomia.²⁹

Outra grande inovação foi a introdução do controle concorrencial preventivo. A possibilidade de análise de atos de concentração pelo CADE, em compasso com as tendências mundiais modernas, ofereceu nova configuração ao direito da concorrência brasileiro. Do perfil eminentemente repressivo passa-se a contemplar uma atuação prévia cuja essência é a de impedir a ocorrência de situações anticompetitivas em momento futuro à operação analisada. Interessante notar que o controle de estruturas surge em um cenário de crescente concentração dos mercados, o que o torna ainda mais relevante.

Paralelamente ao desenvolvimento do direito antitruste, todo um processo de desregulamentação econômica (desestatização e introdução da concorrência) é engendrado. Importante sublinhar, no entanto, que este processo não constituiu a razão determinante para o fortalecimento da defesa da concorrência. Este fato deve ser atribuído especialmente à abertura econômica, à estabilização e ao fim da regulação protetiva da economia popular. Apesar de ter suas bases fixadas já na metade dos anos 80 com a edição do chamado Programa de Privatização (Decreto 91.991), a desregulamentação somente ganha corpo nos setores mais expressivos da economia (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, gás, transporte, etc.) na metade da década de 90 – momento em que, como referido, as inovações trazidas pela Lei da Concorrência já tinham ocorrido.³⁰ As emendas constitucionais que autorizavam as reformas só foram aprovadas pelo Parlamento a partir de 1995.

28 OLIVEIRA, op. cit., p. 03.

29 Suas decisões não são mais suscetíveis de revisão, uma vez que não há entre o Conselho e a Administração Direta relação de subordinação hierárquica. Além disto, os Conselheiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal, passaram a possuir estabilidade em seus cargos, não podendo ser demissíveis *ad nutum* (livremente).

30 O Plano de Desestatização foi posteriormente aprimorado pelo Programa Federal de Desestatização (Decreto 95.886/88). O governo Collor, por sua vez, editou um “pacote” de medidas provisórias que autorizavam a alienação do controle do capital social de empresas estatais federais, mas ainda com exclusão daquelas previstas como de exploração exclusiva pela União (v. g., petróleo, telecomunicações,

Com a desestatização dos serviços públicos e a implementação da competição, setores inteiros da economia passaram a não ser mais imunes à aplicação do direito antitruste.³¹ Pode-se dizer que um novo campo material se abriu à defesa da concorrência. Nesse sentido, o princípio da livre concorrência passa a ser instrumentalizado para o alcance de fins constitucionais antes buscados por outros meios.

3 LIVRE CONCORRÊNCIA NO CENÁRIO PÓS-DESESTATIZAÇÃO

O desenvolvimento da moderna regulação da economia e o surgimento das agências reguladoras trouxeram à tona novos dilemas na esfera concorrencial. Pode-se afirmar que a desregulação gerou uma re-regulação de diferente natureza.³² Agora não mais pautada no intervencionismo estatal, mas, principalmente, na adoção de mecanismos indiretos de intervenção pautados, fundamentalmente, no princípio da livre concorrência. Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld:

quando, especialmente na doutrina norte-americana, fala-se em ‘desregulação’ como sendo (ou devendo ser) a tendência da postura estatal relativamente aos lá denominados ‘serviços de utilidade pública’, *está-se tratando justamente do movimento de introdução da competição nesses serviços*, eliminando-se a parte da regulação que, tendo sido criada para controlar os monopólios (controle das tarifas, p. ex.), passou a ser apontada como a grande responsável pela própria manutenção deles. Mas essa ‘desregulação’ não elimina, antes supõe, a intervenção estatal via ‘regulação’, só que *agora com outras técnicas e novos objetivos*, todos coerentes com o projeto de eliminação dos monopólios (grifos nossos).³³

Dessa forma, a desregulação dos serviços públicos está intimamente relacionada à adoção da livre concorrência como princípio geral da economia em clara oposição, portanto, à planificação de setores pelo Estado. Assiste-se, hoje, à queda ou à mitigação do chamado

energia elétrica). Estas medidas provisórias foram revogadas pela Lei nº 8.031/90 que criou o Programa Nacional de Desestatização. Novas medidas provisórias se seguiram até que o Governo Fernando Henrique Cardoso, após também uma série de diplomas normativos, editou a Lei 9.491 de 09.09.1997.

31 Para Eduardo J. Rodríguez CHIRILLO, “la competencia no sólo no es incompatible con la mayoría de los fines públicos que se pretendan conseguir, sino que es el instrumento más idóneo para alcanzarlos”. *Privatización de La Empresa Pública y Post Privatización*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 466.

32 MOREIRA, Vital. *A Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 43.

33 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Global*, São Paulo: Max Limonad, 1999, p.161.

modelo estatocêntrico, ou seja, à supressão de uma realidade em que as decisões do Estado são tomadas do modo mais centralizado possível – como se o poder brotasse de uma só fonte ou de um Estado soberano monocentrista. Vislumbra-se, em oposição a este modelo, o advento de um Estado com perfil policêntrico, é dizer, cujas decisões são tomadas, cada vez mais, de forma descentralizada, multiplicando-se os núcleos de onde emana poder. Nesse sentido, a “autoregulação” dos agentes econômicos pelas próprias regras naturais da concorrência *substitui o controle rígido efetuado pelo direito estatal monocêntrico (controle tarifário, participação do Estado como prestador do serviço, etc). Ao Estado caberia intervir indiretamente no mercado por meio de uma regulação de nova índole, encorajando as práticas econômicas que promovam maior competitividade por meio da promoção, introdução e defesa da concorrência (prevenção e repressão ao abuso do poder econômico).*

As agências reguladoras, fruto desse processo, situam-se em um sistema específico de regras composto por uma linguagem técnica específica (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, saneamento etc). Por tal razão, estão muito mais próximas dos setores regulados, possuindo maiores condições para a aquilatação das informações necessárias dos problemas concorrenciais ocorridos na área específica. Sobre o fenômeno no direito norte-americano, afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

A proliferação das agências nos Estados Unidos encontra uma de suas explicações na alta complexidade da atividade administrativa, impossível de ser dominada por saberes genéricos e formais. Daí a idéia de especialização em áreas de atuação demarcadas, nas quais o conhecimento técnico exige uma formação especial.³⁴

O surgimento da nova regulação colocou em questão a aplicabilidade do princípio da livre concorrência nesses setores, o que foi, rapidamente, rechaçado. Como demonstra Calixto Salomão Filho,

todos os setores cuja regulação tem um fundamento concorrencial mínimo não escapam ao controle concorrencial. Ocorre que a aplicação dos princípios concorrenciais constitucionais e da própria lei concorrencial é diversa tratando-se de setores regulados. Isso é decorrência do caráter mais interventivo exigido do direito antitruste em mercados mais concentrados.³⁵

34 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 8, n.º 35, p. 54, nov./dez. 2000.

35 *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 71.

O fato de que a maioria dos setores regulados é dotada de imperfeições estruturais se, por um lado, legitima a própria regulação, por outro, não pode afastar a aplicação do princípio da livre concorrência. Este é que precisa ser aperfeiçoado com o aprimoramento das técnicas de defesa da concorrência. O direito europeu orienta-se, exatamente, pelo reconhecimento da livre concorrência como princípio geral, cujas limitações decorrem de casos excepcionais. O Tratado de Roma (com as posteriores alterações) prevê, exatamente, a livre concorrência como o princípio a ser seguido pelos países da União Européia. O artigo 86, 2o. (antigo art. 90, 2o.) permite, contudo, a não aplicação cabal das regras de concorrência aos serviços de interesse geral quando isto possa comprometer as finalidades de interesse público que lhe foram confiadas. A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia vem confirmando esta equação, o que, se por um lado, reforça a incidência do direito da concorrência nos setores regulados, por outro, mantém viva a noção material de serviço público concernente à realização dos interesses sociais. Para os juristas portugueses Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira (1999: p. 21): “a questão de desoneração do Estado na esfera econômica e nos serviços públicos é em grande parte resultante da nova articulação entre o serviço público e a economia de mercado. Mais do que um compartimento distinto, como tradicionalmente sucedia, os serviços públicos de hoje tendem a ser submetidos também à lógica de mercado, da empresa privada e da concorrência, somente com a exceção dos ‘monopólios’ naturais e com as limitações derivadas das exigências incontornáveis do serviço público, nomeadamente a acessibilidade econômica, a universalidade, a igualdade, a continuidade.”

Vislumbrou-se, também, a possibilidade de setorização do direito concorrencial, o que, de certa forma, ensejaria a quebra da unidade da política concorrencial. Porém, entende-se que o princípio da livre concorrência e a Lei Antitruste (Lei 8.884/94) são aplicáveis à economia como um todo.

Com efeito, o suposto risco na segmentação do direito da concorrência foi superado pela constatação de que a atuação específica das agências por mecanismos preventivos de introdução e promoção da concorrência não afasta a intervenção dos órgãos de defesa da concorrência pelos mecanismos tradicionais.³⁶ Além disso, a articulação

36 Bolívar Moura ROCHA, em um dos primeiros estudos sobre a questão, já prenunciava o “risco de fragmentação e desvirtuamento da política da concorrência no País”. “Articulação entre Regulação de Infra-Estrutura e Defesa da Concorrência”, *Revista do Ibrac*, São Paulo, vol. 5, n.º 7, 1998, p. 47.

de competências concorrenciais entre agências reguladoras e os órgãos concorrenciais mitigou conflitos entre a política setorial e a aplicação do antitruste.

Assim, a atuação setorial das agências deve obedecer às linhas gerais da política concorrencial. Os setores regulados se entrecruzam e estão conectados aos demais setores da economia. A convergência tecnológica entre os serviços tem promovido integração jamais vista entre atividades antes completamente distintas. Uma especialização exacerbada poderia aumentar os riscos da “captura”³⁷ da agência reguladora e distanciá-las da noção constitucional de livre concorrência.

Gesner de Oliveira alerta para os riscos deste processo:

a experiência internacional e a literatura sugerem que a existência de uma agência central preocupada com a obediência das regras da concorrência é mais eficaz do que a fragmentação em vários órgãos setoriais. A consideração desses elementos se reveste de importância em um momento no qual o governo cogita rever a legislação de defesa da concorrência. Se a missão de zelar pela competição for fatiada entre os vários setores da economia, o Brasil estará na contramão das tendências regulatórias do século 21.³⁸

O crescimento da nova regulação para além da esfera dos serviços públicos desestatizados, demonstrando autêntico reposicionamento do Estado face à economia, demanda uma nova postura dos órgãos de defesa da concorrência. A questão não é a de simplesmente articular competências entre as agências e o CADE,³⁹ que de resto constitui apenas o primeiro passo neste processo, mas de inserção dos órgãos de

37 Para Floriano de Azevedo Marques, a *captura* pode ser definida como a “possibilidade de mitigação da imparcialidade do agente regulador em função da influência nas suas decisões exercida pelos agentes de mercado, pelos consumidores ou pela política circunstancial de governo. Não se trata de prática de atos (clara e diretamente) coibidos pela legislação, como corrupção, prevaricação ou concussão. Na verdade, são muito sutis os desvios da regulação em favor de um ou outro interesse, de maneira que se torna um tanto nebulosa a percepção da quebra da imparcialidade ou da independência do ente administrativo”. “A Nova Regulação dos Serviços Públicos” in *Revista de Direito Administrativo - RDA*, vol. 228, p. 25.

38 OLIVEIRA, op. cit., 2001, p. 18.

39 Nesse sentido, Gesner de Oliveira, considera que “a transferência da propriedade pública para a privada é menos importante do que a radical mudança no modelo regulatório que vem ocorrendo na maioria dos países maduros. Tal processo, que parece ainda mais complexo em um país como o Brasil, com escassa tradição e quadros técnicos na área transcende o escopo deste livro.” Op. cit. p. 37.

defesa da concorrência na nova configuração regulatória do Estado e da necessidade de atuação das agências na promoção da concorrência.

Nas palavras de RIVERA URRUTIA:

la persistencia de los organismos reguladores y la multiplicación de las agencias de competencia parecen demostrar que más que desregulación se necesita una activa política de *promoción de la competencia*.⁴⁰

Se é verdade que não há uma restrição setorial à aplicação do princípio da livre concorrência, não há, com maior razão, uma restrição material e subjetiva.

4 CONCLUSÃO

O livre mercado, em sua conformação constitucional, é definido pela ponderação das liberdades econômicas (liberdade de iniciativa e de concorrência), ou seja, por uma espécie de equação entre tais princípios. O princípio da livre concorrência representa a tutela coletiva (ou difusa) da liberdade de iniciativa no mercado e se apresenta como uma limitação ou contraponto à liberdade de iniciativa individual do agente que detém poder de mercado.

A concorrência propicia o bem estar econômico e social, uma vez que é, por meio dela, que é possível garantir preços competitivos, acesso ao mercado, pluralidade de produtos e melhores opções ao consumidor. A concorrência funciona hoje como autêntico mecanismo de inclusão social e desenvolvimento econômico, sendo aplicável, via de regra, a todos os setores da economia.

REFERÊNCIAS

OCDE, Mergers. In Financial Services, Disponível em: <<http://www.ocde.org>>. Acesso em> 25 de mar. 2001.

Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário. Brasília: 1999, CADE – Publicação Interna. 422p.

40 RIVERA URRUTIA, Eugenio. “Teorías de la regulación en la perspectiva de las políticas públicas”. *En publicación: Gestión y Política Pública*, vol XIII, no. 2. CIDE, Centro de Investigación y Docencia Económica, D.F., México. 2004. Disponível em: <http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_anteriores/Vol.XIII_No.II_2dosem/Rivera.pdf>.

ASSIS DE ALMEIDA, José Gabriel. *A Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência Brasileiro*. Revista *Archê Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: UCAM/IPANEMA, 2001.

_____. *La notion d'entreprise en droit communautaire de la concurrence*. Lille: Atelier National de Reproduction des Thèses, 1994.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização. Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AZEVEDO MARQUES, Floriano. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, vol. 228.

_____. Universalização de Serviços Públicos e Competição: o Caso do Gás Natural, *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 8, n. 4, 2001.

BARRIONUEVO, Arthur et. all. *Postes e Dutos - O Monopólio Natural das Infra-estruturas Analisado sob a Ótica do Direito da Concorrência e da Teoria Econômica*. São Paulo: ABTA, 2001.

BERNINI, Giorgio. *Um Secolo di Filosofia Antitrust*. Bologna: Editrice, 1991.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Agência da Concorrência e Agências Reguladoras. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. A2, 01 de jan. 2001.

_____. *Direito e Democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. Tributos, Liminares e Concorrência. *Valor Econômico*, São Paulo, 23 fev. 2006.

CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CELLI JR., Umberto. *O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição ao Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CHIRILLO, Eduardo J. Rodriguez. *Privatización de La Empresa Publica y Post Privatización*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

COELHO, Fabio Ulhôa. *Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei Antitruste*. São Paulo: Saraiva, 1995.

CREMADES, Javier (coord.) *Derecho de las Telecomunicaciones*. La Ley-Actualidade.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DEZALAY, Yves. *I Mercanti del Diritto - Le Multinazionali del Diritto e la Ristrutturazione dell'Ordine Giuridico Internazionale*. Milano: 1997.

DUTRA, Pedro. *A Concentração do Poder Econômico*. v. 2, São Paulo: Renovar.

_____. Órgãos Reguladores Futuro e Passado. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, p. 62, jul./dez. 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 8, n. 35, nov./dez. 2000.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 1998.

GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. St. Paul: West Group, 1994.

GRAU, Eros Roberto GRAU. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. Celso Bastos, 2000.

HOVENKAMP Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*. 2. ed. West Group, 1999.

LEON, Jose Maria Baño. *Potestades Administrativas y Garantías de las Empresas em el Derecho Español de la Competencia*. Madrid, 1996.

MACHADO, Santiago Muños. *Servicio Público y Mercado*, v. 1. Madrid, Civitas, 1998.

MARCEAU, Gabrielle. *Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas*. Clarendon Press Oxford, 1994.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação dos Serviços Públicos*. 1999. Disponível em: <<http://www.fd.pt>>

_____. *Constituição Econômica e Integração*. 1998. Disponível em: <<http://www.fd.pt>>.

MAZZUCATO, Paolo Zupo. Do Conflito de Competência na Análise de Atos de Concentração no Sistema Financeiro Nacional. *Revista do IBRAC*, São Paulo, Singular, v.8, n. 02, maio 2001.

MORENO, Alfonso Perez (Org.). *Administración Instrumental*. Madrid: Civitas, 1994.

MOREIRA, Vital. *A Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica - o Controle de Concentração de Empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Gesner. CADE 35 Anos. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, CADE – Publicação Interna, n° 26, 1997.

_____. Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Globalização, Abertura e Concorrência. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, CADE – Publicação Interna, n° 23, 1996.

_____. Regime Especial para os Bancos?. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 08 de maio 2001, Opinião Econômica.

PACHECO, Pedro Mercado. *El Analisis Económico del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PALARES, LLuis Cases. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

PAULA, Daniel Giotti de. A Constitucionalização da Neutralidade Concorrencial dos Tributos. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Oliveira Rocha, v. 153, junho de 2008.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008.

POSNER, Richard A. ; EASTERBROOK, Frank H. St. Paul: West Group, 1981.

PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. Agências Reguladoras e Defesa da Concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, Singular, v.8, n° 02, maio de 2001.

_____. As Telecomunicações e o Desafio da Concorrência. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, p.2, ago. 2001, Legal e Jurisprudência.

RIVERA URRUTIA, Eugenio. Teorías de la regulación en la perspectiva de las políticas públicas. *En publicación: Gestión y Política Pública*, v. XIII, n.. 2. CIDE, Centro de Investigación y Docencia Económica, D.F., México. 2004 Disponível em: <http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_anteriores/Vol.XIII_No.II_2dosem/Rivera.pdf>

ROCHA, Bolívar Moura. Articulação entre Regulação de Infra-Estrutura e Defesa da Concorrência. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 5, n. 7, p. 47, 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SABBAG, Eduardo M. *Direito Tributário*. 8. ed. São Paulo: Premier, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. São Paulo: Cortez, 2000.

SOUZA, Hamilton Dias de Souza. *Desvios Concorrenciais Tributários e a Função da Constituição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2006-set->

21/desvios_concorrenciais_tributarios_funcao_constituicao, acesso em 14 de jun. de 2009>.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. e Oscar Vilhena Vieira (coord). “Direito Global”, São Paulo, Max Limonad, 1999

_____. *Direito Administrativo Ordenador*. 2. tiragem, São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *O CADE e a Competição nos Serviços Públicos*. mimeo.

_____. *Regulação - Papel Atual e Tendências Futuras*. mimeo.

TESAURO, Giuseppe; D' ALBERTI, Marco (coordenadores). *Regolazione e Concorrenza*. Il Mulino, Bologna, 2000.

TEUBNER, Gunther. *Global Law Without a State*. England: Dartmouth, 1997.

VENANCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1968.