
PODER ECONÔMICO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: REFLEXÕES SOBRE A REALIDADE BRASILEIRA

Vinicius Marques de Carvalho
Doutor em Direito Comercial pela USP e em Direito Comparado pela Universidade Paris
I (Pantheon-Sorbonne). Conselheiro do Conselho Administrativo de
Defesa Econômica – CADE

RESUMO: O equilíbrio das relações de poder econômico em uma sociedade manifesta-se como um objetivo que pode abrigar várias dimensões da ação do Estado. Seu fundamento consiste na consolidação de uma estrutura social, política e econômica que alicerce o desenvolvimento de uma sociedade de forma a conciliar a produção de riquezas com a sua distribuição. Com base nessa premissa procuramos identificar no controle e na (de)limitação do poder econômico uma tarefa central do Estado. O direito da concorrência é uma das formas pelas quais esse controle se expressa e está diretamente relacionada à capacidade do Estado intervir na economia. O presente artigo apresenta um panorama da política de defesa da concorrência no Brasil estruturado a partir de uma perspectiva histórico-institucional envolvendo as relações entre controle do poder econômico e a ação do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: concorrência, poder econômico, história econômica, política industrial, regulação.

1 INTRODUÇÃO

O equilíbrio das relações de poder econômico em uma sociedade manifesta-se como um objetivo que pode abrigar várias dimensões da ação do Estado. Seu fundamento consiste na consolidação de uma estrutura social, política e econômica que alicerce o desenvolvimento de uma sociedade de forma a conciliar a produção de riquezas com a sua distribuição.

Com base nessa premissa procuramos identificar no controle e na (de)limitação do poder econômico uma tarefa central do Estado. O direito da concorrência é uma das formas pelas quais esse controle se expressa e está diretamente relacionada à capacidade do Estado intervir na economia.

Nossa contribuição visa apresentar, a partir de uma abordagem contextual, um panorama da política de defesa da concorrência no Brasil estruturado da seguinte forma: (i) controle do poder econômico e a ação do Estado; (ii) industrialização brasileira e poder econômico; (iii) defesa da concorrência e regulação; (iv) defesa da concorrência e política industrial; (v) e defesa da concorrência como função executiva.

2 CONTROLE DO PODER ECONÔMICO E A AÇÃO DO ESTADO

Se, para a economia clássica, o mercado apresentava-se como um processo de interação entre sujeitos privados regulado pelo pressuposto da concorrência perfeita, com o aperfeiçoamento dos mecanismos de intervenção do Estado, que caminhou *pari passu* com o movimento de concentração do capital, o mercado perde seu caráter de instituição livre. Tais mecanismos envolvem tanto medidas de cunho generalizante e global para o desenvolvimento do mercado como ações específicas de bem-estar social para a obtenção de determinados resultados.

O conjunto das técnicas e instituições de intervenção estatal se aperfeiçoou exatamente para responder às novas tarefas que se apresentavam ao Estado. No sistema de economia política clássico, reservava-se ao Estado funções negativas em relação ao bem-estar social. O interesse público decorria da capacidade do Estado para realizar a missão de garantir o sistema de livre concorrência, cuja prevalência asseguraria o equilíbrio econômico e social. Já no Estado pós-liberal, o principal objetivo da política econômica era a expansão da renda nacional e o desenvolvimento das forças produtivas por meio da ação propulsiva do Estado. Como afirma Fábio Konder Comparato, em estudo pioneiro sobre o direito econômico no Brasil, “a ação do Poder Público com vistas à expansão procura atingir as próprias estruturas do sistema econômico, no sentido do seu aperfeiçoamento, ou mesmo de sua transformação, como é o caso notadamente em países subdesenvolvidos”¹.

1 “O Indispensável Direito Econômico”. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. São Paulo: Forense, 1978, p. 464.

Nesse contexto, o mercado, enquanto instituição social, passou a ser entrecortado por uma série de objetivos de políticas públicas. Seus atores estariam subordinados a estratégias de ação pública que dificilmente consideravam os ditames da livre iniciativa e da busca do equilíbrio. Ao contrário, a própria expansão da idéia de desenvolvimento foi absorvida no debate econômico pelo aperfeiçoamento de processos de desequilíbrio. Estes eram gerados pela inovação técnica promovida por setores econômicos estimulados por políticas industriais ou por choques de expansão na oferta de bens e serviços que desencadeavam uma onda de investimentos e direcionavam a expansão econômica.

Durante o auge da economia de mercado auto-regulada, esta era tomada como sinônimo de uma luta “pacífica” em que a competição entre a multiplicidade de atores ensejaria ações cuja racionalidade conduziria ao equilíbrio, à eficácia e à felicidade coletiva. Segundo essa perspectiva, o sistema econômico se reproduziria de acordo com um movimento pendular, retornando sempre a um ponto ótimo, de equilíbrio, demarcando o início e o fim de uma duração reversível, perfeitamente reproduzível, por modelos extremamente formalizados².

Vê-se que o problema da atuação do Estado era visto como um não-problema. O papel do Estado na constituição do bem-estar social era proporcional ao seu distanciamento das questões relacionadas à organização da vida econômica. Como afirma John Kenneth Galbraith³, “suprimir a importância do exercício do poder privado e especialmente a possibilidade de seu abuso, era privar de quase toda justificação o exercício da autoridade do governo sobre a economia”⁴.

Embora se destinem quase exclusivamente a um estudo da economia americana, suas análises podem, em alguns aspectos, assumir um caráter generalizante. Para Galbraith, a causa das transformações na postura do Estado frente à organização econômica e ao mercado deriva da decadência de uma teoria do capitalismo. Tratava-se do sistema de economia clássica construído em fins do século XVIII e durante o século XIX, principalmente na Inglaterra. Na economia estruturada com base nesse sistema, todos os estímulos incitavam ao emprego de homens, capital e recursos naturais para produzir com a máxima eficiência o que a população mais desejava. O pressuposto básico para alcançar os melhores níveis de eficiência fundava-se na inexistência ou irrelevância do poder econômico privado. Restaria ao Estado o papel “insignificante” de garantir esse requisito. Diz-se insignificante porque, apesar de conter um componente normativo, o caráter pouco ameaçador do poder econômico era visto como regra geral, decorrência automática do ambiente concorrencial que prevalecia na vida econômica. Dessa forma, como havia uma coincidência, para a teoria

2 FIORI, José Luis. *Vão da Coruja*. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 46 e 47.

3 GALBRAITH, John Kenneth. *Capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964. p. 38-39.

4 GALBRAITH, John K. *Capitalismo*. Op. cit., p. 38. Atualmente sabe-se que, devido ao caráter pouco excepcional do poder econômico, é exigido do Estado um papel interventivo intenso no âmbito da regulamentação da concorrência.

clássica, entre o pressuposto fático e normativo, não eram exigidas maiores intervenções do Estado.

Esse contexto insinua que a intensificação da atuação do Estado na órbita econômica esteve associada ao questionamento não apenas teórico, mas acentuadamente prático, do que Galbraith convencionou chamar de *modelo baseado na concorrência*. No âmbito da economia real, observou-se um processo de concentração e internacionalização do capital que aumentou as formas assimétricas de desenvolvimento do capitalismo. Um número cada vez menor de grandes companhias passou a responder por uma parte substancial de toda a atividade industrial. A força desse processo era tanta que se verificou uma reviravolta na teoria econômica: a concentração de capital, que deveria ser exceção, virou regra ou, pelo menos, tendência do desenvolvimento capitalista⁵. Como atesta José Luis Fiori, “o inquestionável movimento real do capital que, concentrando-se e centralizando as decisões por meio de movimentos cíclicos periódicos, oligopoliza a estrutura produtiva de forma crescente, altera as regras de competição e amplia a intervenção estatal na economia”⁶.

Esse movimento levou ao questionamento teórico da economia clássica, formulado principalmente por John Maynard Keynes. Para ele, a teoria econômica liberal (do *laissez-faire*) era de uma simplicidade e beleza tão grandes que freqüentemente se desprezava o fato de ela não decorrer da realidade, mas de uma hipótese incompleta formulada com a finalidade de simplificação. Segundo Keynes, a idéia de que os indivíduos que agem de maneira independente para seu próprio bem produzem maior volume de riqueza estava assentada em pressupostos irrealistas. Isso ocorre porque os economistas geralmente postergam a discussão das complicações que surgem: (i) quando as unidades de produção eficientes são grandes em relação às unidades de consumo; (ii) quando ocorrem custos indiretos e conjuntos; (iii) quando as economias internas tendem à concentração da produção; (iv) quando o tempo necessário para os ajustamentos é longo; (v) quando a falta de informação impera e (vi) quando os monopólios e os cartéis interferem no equilíbrio dos negócios. Enfim, os economistas guardam para um estágio posterior a sua análise dos fatos reais. Como afirma Keynes, “muitos dos que reconhecem que as hipóteses simplificadas não correspondem precisamente aos fatos concluem, apesar disso, que elas representam o que é ‘natural’ e, portanto, ideal. Eles consideram saudáveis as hipóteses simplificadas, e doentias as demais complicações”⁷.

Contra a idéia de uma economia de mercado “natural”, emerge a contribuição teórica de Karl Polanyi. Segundo ele, a história econômica mostra que a emergência de mercados nacionais não foi, de forma alguma,

5 Embora a tendência à concentração econômica já tivesse sido identificada por Karl Marx, foi só quando os seus resultados começaram a aparecer no século XX que o *mainstream* do pensamento econômico passou a enfrentar a questão, seja para justificar o processo do ponto de vista do bem-estar social, seja para pensar soluções heterodoxas para controlar e arrefecer seus efeitos mais perversos, e assegurar ao capitalismo o *status* de um sistema socialmente eficaz.

6 FIORI, José Luis. *Vôo...* op. cit., p. 48.

7 KEYNES, John Maynard. “O Fim do Laissez-Faire...” Op. cit., p. 117.

o resultado da emancipação gradual e espontânea da esfera econômica do controle governamental. Na verdade, natural, no sentido de não excepcional, seria a intervenção da sociedade, por meio de suas instituições, na produção e alocação dos bens produzidos. O “mercado livre” seria sim produto da “intervenção consciente, e às vezes, violenta, por parte do governo que impôs à sociedade a organização do mercado, por finalidades econômicas”⁸. Daí a afirmação de que “o liberalismo econômico explodiu como uma cruzada apaixonante, e o *laissez-faire* se tornou um credo militante”⁹.

O objetivo de Polanyi era demonstrar, olhando para a civilização do século XIX - que ruía e com ela seu sistema institucional baseado na livre economia de mercado -, que a idéia de um mercado auto-regulável implicava uma rematada utopia:

[...] uma tal instituição não poderia existir em qualquer tempo sem aniquilar a substância humana e natural da sociedade; ela teria destruído fisicamente o homem e transformado seu ambiente num deserto. Inevitavelmente, a sociedade teria que tomar medidas para se proteger, mas, quaisquer que tenham sido essas medidas elas prejudicariam a auto-regulação do mercado, desorganizariam a vida industrial e, assim, ameaçariam a sociedade em mais de uma maneira.¹⁰

A autopreservação seria sempre a motivação das sociedades ao longo da história. Se, de um lado, por meio do Estado, criou-se um padrão institucional de mercado auto-regulável e autônomo, fazendo da busca da realização do interesse pelo lucro o elemento estabilizador das relações econômicas, de outro, o Estado foi o instrumento que a sociedade encontrou para realizar a intervenção política de proteção contra os efeitos do mercado auto-regulado. E essa intervenção política, apesar de preservar o próprio capitalismo como modo de produção, desenvolveu uma série de instrumentos capazes de aproximar a política da economia, aumentando a regulação.

Já emergem nesse momento formas e instituições diversas de delimitação do poder econômico, como mecanismos de regulação e ação direta do Estado.

O serviço público, por exemplo, é uma instituição que nasceu dessa reação social, em favor da intervenção estatal. Ele contribuiu tanto para diminuir a importância do padrão de comportamento típico da economia formal¹¹, baseado no intercâmbio e na barganha, quanto para que o próprio

8 *A Grande Transformação. As Origens da Nossa Época*. 3ªed. São Paulo: Campus, 2000, p. 290. Em síntese, o autor afirma que: “Enquanto a economia *laissez-faire* foi o produto da ação deliberado do Estado, as restrições subsequentes ao *laissez-faire* se iniciaram de maneira espontânea. O *laissez-faire* foi planejado; o planejamento não.” (Ibid., p. 172).

9 Ibid., p. 168.

10 Ibid., p. 18.

11 Polanyi, no texto “L’Économie en tant que Procés Institutionnalisè”, parte da distinção entre o conceito de economia formal e de economia substantiva para chegar a uma definição do termo “econômico” que possa ser utilizado uniformemente por todas as ciências sociais. A conceituação corrente, dita formal e ligada ao sistema de mercado, coloca este como quadro geral de referência para a análise histórica, o que naturaliza uma forma de integração específica que não é a única, perdendo a dimensão institucional do processo econômico. Para Polanyi, o sentido substantivo tem origem na dependência do homem em relação à natureza para assegurar sua sobrevivência, nos remetendo à troca entre o homem e seu ambiente natural e social, que garante a satisfação de suas necessidades materiais. Já o sentido formal, que teria aplicação somente na

trabalho, enquanto mercadoria, passasse a ter sua reprodução garantida por outros meios que não só o valor ficticiamente atribuído a ele.

No primeiro caso, ganha vigor, com os serviços públicos, outro padrão de integração econômica: o da *redistribuição*. Polanyi identifica o estudo da economia das sociedades como a análise da forma como o processo econômico é institucionalizado em diferentes épocas e lugares. Para isso, é necessário identificar a partir das formas de integração como as economias adquirem unidade e estabilidade. Há três formas principais de integração: *reciprocidade, intercâmbio e redistribuição*¹². A reciprocidade está vinculada ao conceito de simetria e consiste em movimentos entre pontos relacionais de grupos simétricos e, nas sociedades modernas aparece quando, por exemplo, o direito impõe regras de ajuda mútua, como no caso de prestação alimentícia no direito de família. O intercâmbio corresponde aos movimentos de barganha e troca de propriedade dos bens típicos de uma economia formal de mercado. Já a redistribuição designa movimentos de apropriação em direção a um centro e de retorno ao exterior. Ocorre quando, por exemplo, o Estado exerce seu poder de tributação sobre a sociedade e destina os recursos arrecadados para necessidades coletivas¹³.

Apesar de essas formas de integração corresponderem a padrões de comportamentos individuais, seus efeitos eram condicionados pela presença de arranjos institucionais específicos para cada uma das formas - como as organizações simétricas (reciprocidade), os sistemas de mercado (intercâmbio) e as estruturas centralizadas (redistribuição). A intenção de Polanyi não era dizer que esses arranjos são resultados de forças misteriosas agindo por fora do comportamento individual, mas sim sublinhar que os efeitos sociais do comportamento individual dependem da presença de condições institucionais determinadas, já que estas não resultam do comportamento individual em questão, mas de uma ação política deliberada.¹⁴

Quando o Estado interfere nos padrões institucionais da alocação de recursos econômicos de algum modo ele está intervindo no processo de transformação da liberdade formal de iniciativa em liberdade material

teoria econômica, deriva do caráter lógico da relação entre fins e meios, como mostra a expressão “processo econômico”. Refere-se, assim, a uma situação determinada de escolha entre usos alternativos de diferentes meios para atingir fins, guiada por uma lógica de ação racional. O sentido substantivo não pressupõe nem escolha nem meios insuficientes. Para Polanyi, somente o sentido substantivo é capaz de produzir conceitos exigidos pelas ciências sociais para analisar todas as economias do passado e do presente. Enquanto, pelo emprego do sentido formal, caracteriza-se a economia como uma série de escolhas determinadas pelos meios, o conceito de economia substantiva provém da análise empírica. Pode-se defini-lo como um processo institucionalizado de interação entre homem e seu ambiente que se traduz pelo fornecimento contínuo de meios materiais permitindo a satisfação de necessidades. Para Polanyi, a institucionalização do processo econômico confere a ele unidade e estabilidade, cria uma estrutura com função determinada na sociedade, modifica o lugar do processo na sociedade, dando uma significação a sua história e concentra o interesse em valores, motivações e na política (In: POLANYI, Karl; ARENBERG, Conrad (orgs.). *Les Systèmes Économiques dans l’Histoire et dans la Théorie*. Paris: Larousse, 1975, p. 239-244).

12 Como veremos mais adiante, a chamada nova economia institucional, por meio de Oliver Williamson, transformou esses três padrões de integração em formas de organização. Desse modo, para a reciprocidade temos a forma do contrato, para a redistribuição, a hierarquia, e para o intercâmbio, o mercado.

13 *L’Économie...* Op. cit., p. 245-246.

14 *Ibid.*, p. 245.

que caracteriza o poder na esfera econômica. Como aponta Celso Furtado, o poder econômico revela-se pela capacidade do agente influenciar e modificar o meio em que atua, apresentando no seu comportamento um fator volitivo criador de novo contexto. O comportamento de quem não tem poder é meramente adaptativo, já a faculdade de transformar o contexto em que atua eleva o agente à posição de elemento motor do sistema econômico. A empresa com elevado poder econômico planifica setorialmente uma parte da atividade de um sistema econômico. A livre-iniciativa é condição para a existência do poder econômico.

Quanto mais atomizado o poder econômico, mais espaço para uma ação coordenada macroeconômica, na medida em que maior poder se confere ao centro decisório nacional e mais distante essa racionalidade fica da soma das racionalidades individuais. Por outro lado, quanto maior a concentração de poder econômico, maior o espaço influência dos agentes na racionalidade macroeconômica, mais próxima ela se torna da soma das racionalidades microeconômicas.

Enfim, o poder econômico concentrado pode limitar a capacidade de o Estado ordenar variáveis macroeconômicas, e de formular e implementar um conjunto coerente de diretrizes chamado política econômica.

Tomando como ponto de partida esse diagnóstico, o Estado pode dimensionar políticas públicas que tenham por objetivo: (i) regular os agentes detentores de poder econômico, controlando variáveis como preços, quantidades, entrada e saída do mercado; (ii) estabelecer a participação do Estado na produção econômica por meio de empresas estatais de modo a compensar ou equilibrar as relações de poder (poder compensatório) ou ainda criar novos mercados; (iii) e, por fim, atuar apenas no controle do abuso do poder econômico, preservando a liberdade de concorrência, através do direito antitruste.

Vejamos brevemente como esses mecanismos se articularam na história brasileira, principalmente no período de industrialização.

3 INDUSTRIALIZAÇÃO E PODER ECONÔMICO. CASO BRASILEIRO

No caso brasileiro, a intervenção do estado da economia foi parte integrante de um padrão de desenvolvimento capitalista cujos estrangulamentos mais importantes eram o caráter incipiente do setor privado nacional e os laços de dependência estrutural em relação ao centro capitalista mundial. Trata-se, portanto, de um elemento indissociável do conjunto de fatores que define o quadro histórico-estrutural específico no qual se dá o processo de desenvolvimento da sociedade nacional¹⁵.

O desenvolvimento econômico dos países periféricos esbarrava em obstáculos específicos, originados na tremenda defasagem entre, de um lado, os caminhos mínimos requeridos para constituição da base técnica

15 ABRANCHES, Sérgio Henrique. "Empresa Estatal e Capitalismo: uma Análise Comparada". In: MARTINS, Carlos Estevam. *Estado e Capitalismo no Brasil*. São Paulo: Hucitec/CEBRAP, 1977. p. 8.

e produtiva do capital, continuamente ampliados no bojo da acumulação do capitalismo avançado, e, de outro, a sua base social (burguesia) frágil e pulverizada, sem capacidade de mobilização financeira. Além disso, o desenvolvimento desses projetos, notadamente nos setores básicos de bens intermediários e de capital (siderurgia, energia, petróleo, metalurgia pesada, química pesada etc.), exigia a pré-existência de infra-estrutura e matérias-primas básicas. Como aponta Luciano Coutinho,

[...] existe de fato uma determinada interdependência entre esses projetos (a viabilidade de cada um depende da sua efetivação planejada em conjunto). Esta interdependência, derivada da densidade de relações insumo-produto entre estes setores básicos, requer algo além da centralização financeira - isto é, requer uma coordenação superior que organize a implantação do bloco no tempo e no espaço, de modo viável. Esta função recai naturalmente na esfera de ação do Estado. Portanto, no capitalismo retardatário o Estado não pode limitar-se às funções clássicas de administração fiscal e monetária: as condições objetivas do desenvolvimento lhe impõem a tarefa de criar e acumular capital produtivo, centralizar e intermediar o capital financeiro, além de supervisionar, ordenadamente, a constituição da base pesada do sistema industrial.¹⁶

A partir dessas exigências, priorizou-se o desenvolvimento de alguns setores (energia elétrica, petróleo e siderurgia) diretamente ligados às estratégias de desenvolvimento da capacidade produtiva no Brasil. Surgiu, assim, a distinção entre setor produtivo estatal e o gasto ou investimento público¹⁷. A importância dessa distinção reside no fato de que as empresas do setor produtivo estatal, ao vincularem-se à produção de insumos fundamentais, participam diretamente da divisão da produção social entre setores, cumprindo um papel essencial à própria reprodução ampliada do capital. Portanto, nessa dimensão, as inversões do sistema produtivo estatal representam um impacto qualitativamente distinto daquele do gasto e do investimento público convencional no que se refere ao padrão de crescimento e à dinâmica cíclica do sistema econômico¹⁸.

Desse modo, a expansão da oferta dos serviços organizados em redes de infra-estrutura no Brasil destinados ao incremento da produção foi alavancada por modelos de financiamento vinculados ao setor produtivo estatal. Eles se impuseram sobre o desenho institucional e as variantes tecnológicas de cada setor. Esta visão prevaleceu ao longo dos anos 40 e 50, quando se alternavam e complementavam modelos de organização da

16 COUTINHO, Luciano; REICHSTUL, Henri-Philippe. "O Setor Produtivo Estatal e o Ciclo". In: MARTINS, Carlos Estevam (org.). *Estado e Capitalismo no Brasil*. São Paulo: Hucitec/CEBRAP, 1977, p. 58.

17 O investimento público corresponde aos gastos em custeio, serviços e obras públicas em todas as áreas classificadas como bens públicos (saúde, educação, segurança, sistema viário, a administração governamental, etc). Os investimentos do setor produtivo estatal caracterizam-se por um tipo de inversão diretamente vinculado à base produtiva pesada do sistema industrial, isto é, à produção de insumos básicos (bens de capital circulante) para reprodução ampliada deste (Ibid., p. 62).

18 Ibid., p. 62.

oferta estatal e privada, bem como a partir dos anos 60, quando vigorou o modelo de oferta para-estatal baseado em empresas estatais¹⁹.

A pouca importância do desenvolvimento social se demonstra, desse modo, pelas prioridades em infra-estruturas voltadas para a produção. Esse modelo teria suas raízes quando da organização privada dos serviços públicos. Analisando os registros de desempenho desses serviços durante o começo do século, Ricardo Toledo Silva observa que, na origem dos sistemas de infra-estrutura e de sua expansão no Brasil, há uma tendência que mais tarde vem se mostrar muito mais relevante:

Trata-se da primazia das capacidades dedicadas à produção sobre aquelas destinadas ao consumo da população. Embora não seja possível desagregar com exatidão que capacidades eram destinadas à produção ou ao consumo, especialmente nos estágios iniciais de implantação, é nítida a associação entre expansão da capacidade da infra-estrutura e seu emprego na atividade econômica. E isso determina uma velocidade de evolução diferenciada para os setores mais diretamente envolvidos na infra-estrutura de produção, que se traduz em um processo forçado de amadurecimento institucional.²⁰

O que se produziu ao longo de todo esse processo de implantação e expansão da oferta de serviços de infra-estrutura foi uma diferenciação clara entre as infra-estruturas econômicas e sociais. Nos setores de energia, transportes e comunicações, a fase de expansão foi acompanhada de um processo de amadurecimento institucional forçado, ao longo das crises de oferta que se sucediam. Apesar de as crises de oferta atingirem também os serviços de saneamento básico, coleta e destinação de resíduos sólidos, drenagem urbana e transporte urbano, só muito mais tarde foram estabelecidas políticas e sistemas institucionais de alcance supra-local para esses serviços²¹.

Ainda no que concerne às implicações da infra-estrutura para o desenvolvimento social, entendido em função do seu papel na correção de desigualdades de renda ou regionais, algumas observações podem ser formuladas. De fato, é quase impossível dissociar as estratégias de ação estatal de um determinado padrão de financiamento público próprio do chamado Estado de bem-estar social ou, no caso brasileiro, do Estado desenvolvimentista. Tratava-se de transferir para o financiamento público parcelas da reprodução das forças de trabalho. Tais parcelas constituíam salários indiretos para os trabalhadores e seu crescimento se transformou em liberação do salário direto ou da renda domiciliar disponível para alimentar o

19 SILVA, Ricardo Toledo. "Público e Privado na Oferta de Infra-Estrutura Urbana no Brasil". In: Dossiê: Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania, GEDIM – Programa Interdisciplinar. *Globalização Econômica e Direitos no MERCOSUL*, p. 3. Disponível em: <http://www.usp.br/fau/docentes/deptecnologia/r_toledo> Acesso em: 10/12/2009.

20 *Elementos Elementos para Regulação e o Controle da Infra-estrutura Regional e Urbana em Cenário de Oferta Privada de Serviços*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1996, p. 1-4.

21 SILVA, Ricardo Toledo. *Elementos...* Op. cit., p. 1-6.

consumo de massa. O crescimento dos mercados, especialmente o de bens de consumo duráveis, teve, portanto, como uma de suas alavancas importantes, o comportamento das despesas sociais públicas ou do salário indireto²².

No caso brasileiro, os possíveis efeitos distributivos que poderiam decorrer da reprodução da força de trabalho via fundo público foram modestos. Isso foi consequência, também, da forma peculiar como se dava a complementaridade entre reprodução da força de trabalho e das condições de produção. Aqui, mais do que nos países desenvolvidos, o Estado destinou-se a “criar as bases para que a acumulação capitalista industrial, no nível das empresas, possa se reproduzir”²³. Para tanto, interveio em setores econômicos, criando “preços sociais” em determinados mercados. Segundo Francisco de Oliveira, “os preços sociais podem ter financiamento público ou podem ser simplesmente a imposição de uma distribuição de ganhos diferente entre os grupos sociais, e a direção em que eles atuam é no sentido de fazer a empresa capitalista industrial a unidade mais rentável do conjunto da economia”²⁴. No entanto, eles se aplicavam a uma realidade em que prevalecia o padrão primitivo das relações de produção no setor agrário. Tal fenômeno foi decisivo para o crescimento industrial e para a maneira peculiar com que se operou a reprodução social no âmbito do Estado brasileiro por dois motivos. Foi responsável: (i) pelo fornecimento de grandes contingentes de mão-de-obra que formariam o “exército de reserva” das cidades, permitindo uma redefinição das relações capital-trabalho e ampliando as possibilidades de acumulação industrial; (ii) e pelo fornecimento de excedentes alimentícios cujo preço era determinado pelo custo da reprodução da força de trabalho rural, que era baixo²⁵. Como o preço da oferta da força de trabalho urbana dependia do custo da alimentação - determinado pelo baixo custo da reprodução do trabalho rural - e do próprio excedente de mão-de-obra, o papel dos serviços urbanos na reprodução da força de trabalho ficou em segundo plano²⁶.

Esse debate sobre a implementação dos serviços de infraestrutura como suporte da produção (e não do consumo social) e de seu reduzido impacto distributivo, estava relacionado ao modelo brasileiro de desenvolvimento, em que imperava um suposto conflito entre políticas de distribuição de renda e de crescimento econômico²⁷, como melhor forma

22 OLIVERIA, Francisco de. *Os Direitos do Antivalor: A Economia Política da Hegemonia Imperfeita*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 22.

23 OLIVEIRA, Francisco de. *A Economia Brasileira: Crítica da Razão Dualista*. São Paulo: Vozes, 1981, p. 18.

24 *Ibid.*, p. 19.

25 Esse raciocínio não assenta suas bases na teoria dual-estruturalista. Para os herdeiros desse pensamento, a existência de um setor atrasado, como o nosso setor agrário, seria um entrave para o desenvolvimento dos setores modernos, e, por consequência, do próprio país, já que o setor atrasado não permitiria a criação de um mercado interno e não atenderia aos requisitos da demanda de alimentos.

26 *Op. cit.*, p. 23.

27 Sinteticamente, pode-se apresentar a controvérsia do seguinte modo. De um lado, estavam aqueles que faziam da formação da poupança o fator decisivo para o crescimento econômico e que viam uma relação negativa entre igualdade de distribuição de renda e formação de poupança. Quanto mais desigual fosse a distribuição, maior seria a propensão a poupar, já que sempre os mais ricos poupariam e, portanto, maior a propensão ao investimento. Com base nesse raciocínio, entenderam alguns que, para se aumentar a poupança, era preciso concentrar o máximo possível a renda nas mãos de um núcleo reduzido. Nesse sentido, alega-se que

de redução da pobreza inclusive. A ênfase no crescimento ajuda a explicar também as missões de suporte da produção econômica destinadas aos serviços de infra-estrutura durante a década de 1960 e início de 1970. Isso se agravou pelo fato de que as empresas estatais, imbuídas da lógica de aceleração do crescimento econômico, constituíram verdadeiras empresas capitalistas, utilizando todo seu poder de monopolistas para garantir sua autonomia no circuito reprodutivo do capital, principalmente no período 1968-1973²⁸.

A utilização dos serviços de infra-estrutura para suportar as estratégias de crescimento econômico em detrimento da distribuição perdeu fôlego na segunda metade da década de 1970 por dois motivos.

Em primeiro lugar, porque o combate à inflação começa a ser prioridade da política econômica e o controle das políticas tarifárias se torna centralizado pelo Conselho Interministerial de Preços (CIP) que impedia que as tarifas acompanhassem a evolução da inflação. Nesse contexto, as tarifas ficam mais baratas para a população em geral, mas isso não garante um efeito distributivo, pois este está atrelado aos investimentos na universalização dos serviços, o que, de certo modo, foi até prejudicado pela política tarifária.

Nota-se que, se no período anterior o fornecimento de serviços públicos a preços subsidiados para garantir o processo de industrialização não colaborava para compensar os efeitos perversos das políticas de arrocho salarial, após o fim do milagre econômico, apesar da retórica do governo voltada para o realismo tarifário, as tarifas dos serviços públicos passaram a ter um efeito social mais positivo. A ameaça inflacionária fez com que as tarifas fossem utilizadas para conter os preços, até porque elas impactavam sobre toda a cadeia produtiva.

Em segundo lugar, a retórica do “crescer para distribuir” tinha perdido força, e novas estratégias de legitimação do poder político vinham à tona com o objetivo de valorizar “a importância da população como fator de procura, para além de sua função conhecida de fator de produção” (II Plano

o mais importante seria proporcionar elevadas taxas de lucro aos empresários, com a justificativa de que é maior a parte poupada dos lucros do que a parte poupada de qualquer outro tipo de rendimento como o salário. Isso equivale a dizer que o aumento da parte dos lucros na renda nacional significa uma taxa mais elevada de investimento e um ritmo de crescimento mais acelerado, que acaba por atingir toda a sociedade e melhorar as condições de vida de um modo geral. De outro lado, estavam aqueles que, como Celso Furtado, viam nas políticas distributivas um caminho para superação da pobreza e para formação de um mercado de consumo interno capaz de impulsionar o desenvolvimento econômico e reduzir a dependência externa, não acarretando a redução da poupança. Questionava-se o caráter absoluto da teoria anterior por vários caminhos. Em primeiro lugar, porque a remessa de lucros para o estrangeiro pelas empresas multinacionais era significativa e se traduzia em investimentos em outros países, não compondo a poupança nacional. Em segundo lugar, a CEPAL e seus autores já alertavam que os países da América Latina, com uma elevada concentração de renda, eram os que registravam a mais baixa propensão à poupança e ao investimento, em consequência do baixo nível de renda da população e da elevada propensão ao consumo das camadas de renda elevada. Aqui reside, segundo Avelãs Nunes, o grande argumento, empiricamente comprovado pela CEPAL: a distribuição desigual da renda, longe de fortalecer a poupança e a formação de capital, tem sido o principal estimulante do consumismo escandaloso das minorias ricas, desejosas de imitar os padrões de consumo dos ricos dos países desenvolvidos, ultrapassando-os mesmo em ostentação (*Industrialização e Desenvolvimento. A Economia Política do “Modelo Brasileiro de Desenvolvimento”*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 544-565).

28 COUTINHO, Luciano; REICHSTUL, Henrique. “O Setor...” Op. cit., p. 72.

Nacional de Desenvolvimento). Para isso, o Estado passou a implementar políticas públicas no sentido de modificar a estrutura da procura global, dando maior ênfase à produção de bens adequados à procura das classes mais pobres, em função de suas necessidades básicas²⁹.

A descrição acima demonstra a importância de sediar a discussão sobre políticas de controle do poder econômico na realidade sócio-econômica e institucional de cada país.

No Brasil a relação entre Estado e Mercado se estruturou sob o signo da complementaridade, em que o poder econômico concentrado não significou um limite às políticas macroeconômicas. A engenharia das políticas, quando não ajudaram a estruturar esse poder, tomava-no como um dado da realidade sobre o qual a atuação do Estado poderia incidir principalmente na forma de ação econômica direta, via empresas estatais. Era essa a principal política industrial, voltada para a dinâmica setorial das cadeias produtivas, ajudando a eliminar gargalos verticais. Nesse contexto, a intervenção microeconômica não visava, por meio da típica ação antitruste, fortalecer a racionalidade de livre mercado.

A virada nesse processo começou a ocorrer na década de 1990, com a reestruturação patrimonial do Estado Brasileiro, identificada com o processo de privatizações e surgimento das agências de regulação. O discurso da *retirada do Estado* dá espaço para o surgimento da defesa da concorrência como mínima e principal fonte de intervenção estatal.

Pletora um novo reequilíbrio entre as funções de poder compensatório, regulação e defesa da concorrência, que não passa despercebida e sem provocar tensões institucionais.

4 DEFESA DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

A relação entre concorrência e regulação não é exatamente um tema novo, o que não significa que tenha perdido importância ou atualidade. Aliás, sua presença nos debates econômicos e jurídicos se, por um lado, é um indício de que ainda há muito por se desvendar sobre os fundamentos e a conveniência de se introduzir concorrência em atividades doravante voltadas à prestação sob regime de exclusividade, por outro, revela um amadurecimento institucional ainda inacabado.

E isso se deve talvez a uma tentativa de imaginar a evolução das instituições e das políticas públicas como uma sucessão de etapas idealmente definidas. Ocorre que raramente se verifica no mundo real a transmutação de um modelo de Estado em outro com a velocidade que se quer acreditar.

Na década de 1990 vivenciamos no Brasil um processo de reestruturação patrimonial do Estado brasileiro que nos setores de infraestrutura alterou a dinâmica de intervenção do Estado introduzindo novos mecanismos de regulação. Entre eles podemos citar a inserção de uma

29 NUNES, Avelãs. *Industrialização...* Op. cit., p. 580-581.

abordagem concorrencial, por meio de uma disciplina de incentivos e de controle. Onde antes havia uma política pública formulada em âmbito ministerial e uma empresa estatal como seu braço regulador/executor, emergiu a separação entre as duas últimas atividades, transferindo a função regulatória para uma autarquia em regime especial e a operação para uma empresa privada, alçada à condição de concessionária de serviço público.

Essa é, em geral, a descrição parcial do que se convencionou chamar Reforma do Estado brasileiro. Findava o modelo nacional-desenvolvimentista e surgia o “Novo Estado Regulador”. Exageros à parte, e desbastando o excesso de retórica político-institucional, o que se nota no mundo real é a convivência nem sempre harmônica e coordenada de vários instrumentos de intervenção incidindo na implementação de políticas públicas setoriais. Entre eles destacamos a defesa da concorrência.

O tema concorrência em setores regulados surge em decorrência do processo descrito acima. A conjunção de regulação indireta e introdução de concorrência seria capaz de obter maior bem estar social do que o modelo anterior de intervenção direta. Pois bem, essa assertiva deve ser ponderada em face de algumas questões.

Tendo em vista que o direito da concorrência, no âmbito do direito econômico, é estruturado para ser o direito da intervenção mínima, voltado para atuações circunstanciais e para o controle apenas do abuso do poder econômico e não da sua existência em si, como transformá-lo num instrumento regulatório? Não é uma tarefa trivial, ainda mais se considerarmos que a competição não é algo “natural” nas atividades de infra-estrutura. As falhas de mercado não deixaram de existir nos setores de Energia, Telecomunicações, Transportes etc., muito menos as obrigações de universalização desses serviços que em alguns casos justificam subsídios cruzados. Sendo assim, a criação de um ambiente competitivo apenas se justifica se for factível e se funcionar como um instrumento para os objetivos da política pública setorial.

Trata-se, desse modo, de pensar a disciplina antitruste em setores regulados com base nesses pressupostos, identificando, em primeiro lugar, as possibilidades institucionais de interlocução entre os órgãos responsáveis pelas políticas de defesa da concorrência e regulatória e, depois, aferindo as possibilidades alternativas de criação de um ambiente competitivo que não dependa dos mecanismos de mercado para seu surgimento.

Nesse novo cenário, a concorrência assume o papel fundamental de parâmetro *ex ante* na estruturação dos mercados e na orientação do comportamento dos agentes econômicos.

As variáveis e os instrumentos mais conhecidos de estratégia regulatória, por sua vez, também cedem espaço, ou são instrumentalizados, para a criação do ambiente concorrencial. Os objetivos do controle de preços, de entrada e saída do mercado e a regulação da informação passam a ser obtidos também por meio da introdução da concorrência. Como produto desse processo destacam-se, de um lado, o reforço do caráter de

política pública da defesa da concorrência e, de outro, o surgimento da chamada regulação concorrencial.

Como política pública regulatória a atuação antitruste deixa de ser apenas uma disciplina de controle, em que vigora uma intervenção corretiva dos mercados, e passa a se notabilizar como criadora de utilidade pública, tipicamente organizativa de alguns mercados. Isso ocorre prioritariamente por dois caminhos.

O primeiro se desenvolve por meio de incentivos à estruturação de um ambiente competitivo. Os setores de infra-estrutura (telecomunicações, energia elétrica, transporte, entre outros) são reconhecidos por um conjunto de falhas de mercado que surgem quando: as unidades de produção eficientes são grandes em relação às unidades de consumo; ocorrem custos indiretos e conjuntos; as economias de escala tendem à concentração da produção; o tempo necessário para os ajustamentos é longo; e a falta ou assimetria de informação impera. Nesse contexto a competição pode não ser a regra e sim a exceção. Sua efetividade passa a depender, em alguma medida, de estratégias heterodoxas para se atingir preços competitivos na oferta de determinados serviços ou produtos. Daí surgem as soluções baseadas em compartilhamento de redes de infra-estrutura entre diversos agentes, em separação da operação de cada etapa de uma cadeia produtiva, em criação de modelos tarifários pró-competitivos baseados em comparações entre empresas reais ou fictícias, ou ainda, na intensificação da concorrência nas licitações públicas.

Pode-se citar como exemplo dessas estratégias, que obteve expressivo êxito, a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) no processo de escolha do consórcio vencedor da licitação da hidrelétrica Santo Antônio no Rio Madeira. Por meio da assinatura de um Termo de Compromisso de Cessação um dos concorrentes se comprometeu a rescindir contratos de exclusividade com os principais fornecedores de turbinas e geradores para a construção da usina. Com a ampliação da competição decorrente desse ato, houve uma economia estimada em R\$ 16,4 bilhões para os consumidores.

A segunda vertente de interação entre concorrência e regulação ganha vigor quando as agências estabelecem procedimentos para análise dos limites e condições para participação de agentes econômicos nas atividades por ela reguladas. Essas medidas podem se traduzir em uma espécie de controle concorrencial de estruturas *ex ante* quando as normas instituem uma participação de mercado máxima. Nesses casos, a agência interfere diretamente no ambiente concorrencial.

Tais questões, para além dos debates jurídicos em torno dos limites de aplicação da lei antitruste pelos órgãos reguladores, revelam um “problema” de interdependência para a administração pública, que, por conseqüência, exige algum tipo de coordenação entre seus órgãos. Trata-se, desse modo, de salientar a importância de mecanismos de convergência institucional entre o SBDC e as agências. A cooperação e um sistema de divisão e, em alguns casos, compartilhamento de tarefas e informações entre os órgãos

públicos, torna-se essencial para conferir eficiência e efetividade para as políticas públicas regulatórias e de defesa da concorrência.

Tendo em vista esse diagnóstico o Cade constituiu, por meio de resolução, um grupo de trabalho inteiramente dedicado a pensar essas formas de interação e aprimorar a intervenção pública em setores em que a concorrência tem sido alçada a instrumento de desenvolvimento.

Alguns resultados preliminares já podem ser observados: o avanço nos entendimentos entre Cade e Banco Central quanto à divisão de competências para análise de fusões, aquisições e condutas anticompetitivas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional; a retomada de entendimentos com diversas agências, incluindo Anatel, Aneel, ANTT, visando à execução de convênios de cooperação técnica; e a organização de agendas comuns com o Ministério de Relações Exteriores, para discussão da interface entre concorrência e defesa comercial, e com o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, para avaliação do impacto da competição nas políticas industriais, são alguns exemplos.

Em suma, a defesa da concorrência é uma forma de intervenção do Estado na economia, cujo valor instrumental em relação ao bem-estar da coletividade justifica o diálogo institucional entre o Cade, os órgãos governamentais e os órgãos de Estado, especialmente, no caso destes, as agências de regulação setorial.

5 CONCORRÊNCIA E PODER COMPENSATÓRIO – NOVA POLÍTICA INDUSTRIAL

A necessidade de fazer convergir as políticas regulatórias com as de defesa da concorrência se apresenta também em relação às políticas industriais de caráter compensatório ou de desenvolvimento de setores industriais.

Sempre que a agenda de uma política industrial vem à tona, configura-se um debate teórico e ideológico sobre a capacidade e a conveniência de o Estado implementar uma política pública dirigida ao fomento do setor produtivo. Os argumentos contrários a esse modo de intervenção estatal sustentam-se no receio de que esta venha a suprimir a suposta espontaneidade dos mercados, passando a determinar o vetor das operações privadas, os objetivos econômicos e os setores “vencedores”. Diz-se ainda que esse processo causaria um efeito contrário ao desejado: ao invés de inovação e produtividade, seriam construídos setores privilegiados e blindados pelo Estado. Por esta razão, a intervenção pública na economia deveria limitar-se a operacionalizar a regulação antitruste, isto é, conter os eventuais abusos do poder econômico, garantindo um ambiente concorrencial. Afinal de contas, nada melhor do que a rivalidade de mercado para garantir eficiência econômica.

Entretanto, há que se ter em conta que o livre jogo do mercado apresenta falhas relevantes, que podem comprometer uma bem sucedida estratégia de desenvolvimento. Em muitos setores, em virtude da intensidade

da escala de produção, dos custos elevados de investimento ou dos riscos e incertezas associados à atividade empresarial, os agentes privados são carentes de impulso governamental para empreenderem os seus planos de investimento. Na ausência destas medidas, a falta de incentivos pode cercear o desempenho de atividades que são essenciais para a sustentabilidade do crescimento econômico do país. É justamente desta premissa que parte o desenho de uma política industrial, que nada mais é que um mecanismo de correção e fomento dos mercados.

Até o presente contexto, defensores de uma visão mais interventiva do Estado (pró-políticas industriais) e entusiastas de uma abordagem mais liberalizante (pró-livre concorrência) puderam apostar na incompatibilidade da defesa da concorrência com as medidas de política industrial. A história brasileira garantiu a ambos os campos uma alternância institucional. No período desenvolvimentista (1950-80), os planos estatais de desenvolvimento, dirigidos à criação da capacidade produtiva brasileira, significaram, na prática, a exclusão de alguns setores à lógica concorrencial. Já no período inaugurado pelas reformas liberalizantes da década de 1990, o Estado se retraiu e substituiu sua postura pró-ativa por uma intervenção prioritariamente defensiva. Este movimento foi sustentado por uma nova lei concorrencial (8884/94), que impulsionou o controle das fusões e aquisições.

Uma vez que o parque produtivo brasileiro já está instalado, mas ainda carente de competitividade e capacidade de inovação e que as reformas de mercado da década de 1990 produziram uma economia privada e de mercado, o desafio contemporâneo é o de fazer convergir estes dois mecanismos da intervenção pública: a política industrial e a defesa da concorrência.

O art. 174, *caput*, da Constituição de 1988 estabelece os limites da atuação do Estado brasileiro no estabelecimento da política industrial, sendo incumbido de ser o agente normativo e regulador da atividade econômica. De acordo com a Constituição, o Estado deve exercer funções de fiscalização, incentivo e planejamento (este último sendo determinante para o setor público e indicativo para o setor privado). No entanto, a competência normativa e reguladora prevista pela Constituição é muito ampla. Tais competências são limitadas pelos princípios da ordem econômica, presentes no art. 170, dentre os quais é importante citar: a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a busca da justiça social (esses três presentes no *caput*), além da livre concorrência, da livre iniciativa e da defesa do consumidor.

Dessa forma, chega-se a avaliação de que a política industrial não pode ser direcionada num sentido contrário ao sistema concorrencial. Esta idéia é fundamentada diante dos efeitos que a política industrial pode ter sobre os princípios e objetivos fundamentais da ordem econômica estabelecidos pela Constituição. A intervenção do Estado na economia, seja regulando ou exercendo atividade empresarial, não pode se dar no intuito de eliminar ou substituir o sistema concorrencial (a substituição é

possível em casos restritos previstos pela Constituição). Assim, a atuação do Estado na economia deve se dar no sentido de corrigir as imperfeições do sistema concorrencial, não podendo os objetivos da política industrial prevalecer sobre a ordem da concorrência.

No entanto, não há uma relação total de incompatibilidade entre política industrial e combate antitruste. Pelo contrário, muitos aspectos relevantes de uma política industrial são compatíveis com o sistema concorrencial, como pode ser observado ao se analisar instrumentos de política industrial como pesquisa tecnológica, auxílio a indústrias em crise e regulação de monopólios naturais.

Para tanto, como mencionamos acima, é importante notar que tanto a Constituição de 1988, como a legislação concorrencial tornam realizável essa tarefa. De um lado, a ordem constitucional garante a possibilidade de políticas industriais, mas limita a possibilidade do Estado subjugar a livre iniciativa. De outro, a legislação concorrencial tem como sua principal característica a flexibilidade de seus dispositivos. Fusões, aquisições e cooperações entre empresas podem ser aprovadas pelo CADE, caso apresentem benefícios econômicos, como a possibilidade de gerarem aumento de produtividade, desenvolvimento tecnológico ou contribuírem para o desenvolvimento nacional - todos esses objetivos típicos de uma política industrial.

6 REFLEXÕES CONCLUSIVAS - A DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO FUNÇÃO EXECUTIVA

Diante do contexto apresentado acima, prevemos vários desafios para política de defesa da concorrência.

Temos como pressuposto que a lei antitruste é fundamentada por uma idealização constitucional do funcionamento do mercado, que é orientada pelos princípios constitucionais da livre concorrência, da função social da propriedade e da defesa do consumidor. Garantir a livre concorrência não é um fim em si, mas um meio para se obter resultados benéficos que a ela se associam, e que são fundamentados por princípios constitucionais.

A Lei nº 8.884/94 (lei antitruste) estabelece no art. 1º como sendo seu objetivo a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica visando a defesa dos consumidores e o combate ao abuso do poder econômico. Dessa forma, a lei antitruste tem por objetivo punir o abuso de poder econômico, que se caracteriza como um desvio de finalidade no uso desse poder.

A livre concorrência está, desse modo, relacionada a um sistema concorrencial que busca garantir condições mínimas de concorrência que possibilitem liberdade de acesso e permanência no mercado. A existência de barreiras à entrada de concorrentes representa os fatores limitadores de acesso a mercados, enquanto que práticas predatórias que visam a excluir

artificialmente participantes do mercado são falseadores da liberdade de permanência.

A efetividade dessa política depende, além da estrutura administrativa e orçamentária adequada, da sua aderência em outras esferas do poder estatal, em especial do Poder Judiciário, a quem os agentes econômicos poder recorrer quando se sentirem prejudicados pelas decisões do CADE.

O que se tem observado é que a maioria das decisões do Poder Judiciário se limita a verificar a conformidade do processo administrativo do CADE aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da legalidade, respeitando a separação entre o mérito do ato administrativo e a segurança, a correição do procedimento e a legitimação da decisão. Entretanto, há decisões que invadem o mérito com profundidade e formas diferentes. Num primeiro nível temos decisões como o caso do cartel dos postos no Distrito Federal (Processo Administrativo n.º 08000.024581/94-77), no qual o magistrado adotou implicitamente a teoria dos motivos determinantes, analisou os motivos deduzidos pelo CADE na fundamentação da decisão, tomou-os com válidos, mas negou a consequência, aduzindo que daqueles fatos não decorria a consequência que o CADE afirmou. Assim, o juiz anulou a multa porque não identificou a relação causal entre os fatos e as consequências apontadas pelo CADE. Há casos em que há intervenção ainda maior no mérito, como no do Shopping Iguatemi (Processo Administrativo n.º 08012.006636/1997-43) e o das tabelas médicas. Nesse último o juiz concluiu que o CADE havia definido erroneamente o mercado relevante e identificado poder dominante onde não havia, sendo injustificada a decisão do CADE.

Tais questões levantam outro ponto de extrema importância para a efetividade das decisões do órgão antitruste. Trata-se da relação entre vinculação e discricionariedade das decisões do CADE.

O regime da defesa da concorrência brasileiro apresenta espaço limitado para discricionariedade baseada em critérios de conveniência e oportunidade. Há pouca margem para a autoridade de defesa da concorrência escolher entre a expedição ou não de um ato ou entre medidas alternativas perante um caso. Assim, ainda que haja momentos em que o operador do direito pode escolher entre alternativas, eles são poucos.

Um exemplo é o § 3º, do art. 20, da Lei 8.884/94, que permite ao CADE alterar, por conveniência e oportunidade, o percentual de 20% do mercado relevante para caracterizar posição dominante em setores específicos. Outro exemplo é § 2º do art. 54, que permite, por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, ser considerado legítimo um ato que atende a três das quatro condições prevista no § 1º do mesmo artigo, deixando margem para o CADE definir por conveniência e oportunidade.

Ademais, apesar de basicamente o regime da defesa da concorrência apresentar pouco espaço para a discricionariedade baseada em critério de conveniência e oportunidade, o texto normativo, em especial o da Lei 8.884/94, apresenta conceitos tipológicos ou noções, que possibilitam ao

aplicador da norma significativa liberdade de interpretação. Na verdade, há significativo campo de liberdade para a caracterização da situação fática, e esta liberdade tem efeitos semelhantes à discricionariedade pautada pelo juízo de conveniência e oportunidade no que diz respeito à flexibilidade do aplicador da norma.

A circunstância distintiva do antitruste está no fato de que a sua relação com a economia exige trabalhar essencialmente com noções do que conceitos jurídicos formais. Enquanto estes se referem a posições lógicas indispensáveis à estruturação da teoria geral do direito, e.g. obrigação, sujeito de direito, etc., aquelas são conceitos tipológicos (*fattispecie*), expressões da história e indicam pretensões ou ideais. Seu conteúdo é extrajurídico, pois se referem a uma classificação tipológica da realidade social.

Assim, os conceitos tipológicos no direito da concorrência representam o espaço de inter-relação com a ciência econômica, mediado pela interpretação. Ocorre que os conceitos econômicos dos quais o direito da concorrência se vale também são passíveis de uma avaliação de experiência e de valor. A solução mais correta é construída por meio de um processo interpretativo que, muitas vezes, se vale de conceitos e métodos da análise econômica, mais ainda assim interpretação e não discricção, pois motivado por juízo de legalidade.

A consequência evidente dessa afirmação consiste em afirmar que o Poder Executivo é intérprete legítimo do direito. Ele concretiza a Constituição e a lei e organiza por meio de políticas públicas a implementação do direito vigente, condições essenciais para se aplicar a regra da razão - justificativas e ponderações de juízo de valor baseadas no modo como o ordenamento jurídico enquadra o fenômeno do poder econômico - e se garantir a articulação da defesa da concorrência com as políticas industriais e regulatórias.

REFERÊNCIA

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Empresa Estatal e Capitalismo: uma Análise Comparada. In: MARTINS, Carlos Estevam. *Estado e Capitalismo no Brasil*. São Paulo: Hucitec/CEBRAP, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder O Indispensável Direito Econômico. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e Pareceres de Direito. Empresarial*. São Paulo: Forense, 1978.

COUTINHO, Luciano; REICHSTUL, Henri-Philippe. O Setor Produtivo Estatal e o Ciclo. In: MARTINS, Carlos Estevam (org.). *Estado e Capitalismo no Brasil*. São Paulo: Hucitec/CEBRAP, 1977.

FIORI, José Luis. *Vôo da Coruja*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GALBRAITH, John Kenneth. *Capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

NUNES, Avelãs. *Industrialização e Desenvolvimento. A Economia Política do "Modelo Brasileiro de Desenvolvimento"*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

- OLIVERIA, Francisco de. *Os Direitos do Antivalor: A Economia Política da Hegemonia Imperfeita*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- _____. *A Economia Brasileira: Crítica da Razão Dualista*. São Paulo: Vozes, 1981.
- POLANYI, Karl. *A Grande Transformação. As Origens da Nossa Época*. 3. ed. São Paulo: Campus, 2000.
- POLANYI, Karl; ARENBERG, Conrad (orgs.). *Les Systèmes Économiques dans l'Histoire et dans la Théorie*. Paris: Larousse, 1975.
- SILVA, Ricardo Toledo. Público e Privado na Oferta de Infra-Estrutura Urbana no Brasil. In: Dossiê: Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania, GEDIM – Programa Interdisciplinar. *Globalização Econômica e Direitos no MERCOSUL*. Disponível em: <http://www.usp.br/fau/docentes/deptecnologia/r_toledo> Acesso em: 10 dez. 2009.
- _____. *Elementos Elementos para Regulação e o Controle da Infra-estrutura Regional e Urbana em Cenário de Oferta Privada de Serviços*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1996.