
REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA: ESPÉCIES DO MESMO GÊNERO
REGULATION AND COMPETITION: SPECIMENS OF THE SAME GENRE

Carla Marshall*

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo trazer algumas reflexões acerca do estudo da regulação e da concorrência no Brasil. Em seguida, trabalha os modelos de intervenção do Estado na economia e as regras contra o abuso do poder econômico. Por fim, estuda a Constituição Econômica de 1988 e a Lei Antitruste.

Palavras-chave: Regulação. Concorrência. Política de defesa da concorrência.

Abstract: The present work intends to bring some reflections on the study of economic regulation and competition in Brazil. Following it relates patterns of the state intervention in the economy and the rules against the abuse of the economic power. Finally it studies the Economic Constitution of 1988 and the Defense of the Competition law.

Keywords: Economic regulation. Competition. Competition policy.

1 ABORDAGEM INICIAL

A Constituição de 1988 foi um marco, um divisor de águas em diversos sentidos, dentre eles a atribuição da titularidade da exploração da atividade econômica à iniciativa privada, de acordo com o preconizado pelo art. 1^ª. e 170.

As temáticas da regulação e concorrência encontram-se previstas no título da Ordem Econômica e Financeira do texto constitucional vigente. Com efeito, tangenciam-se seus universos, mas não podem ser consideradas sinônimas. O cerne desta questão reitera-se, consiste, portanto, no fato da titularidade da exploração da atividade econômica encontrar-se em mãos da iniciativa privada, cabendo, contudo, ao Estado orientar as atividades direcionadas ao aperfeiçoamento do interesse público e social.

* Doutora em Direito Econômico pela UGF; Professora Convidada do Programa de Mestrado em Direito da UNINCOR; Professora Adjunta de Direito da Faculdade Evandro Lins e Silva - IBMEC/RJ; Membro das Comissões de Direito Comercial, de Direito Administrativo e de Direito Comunitário do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB); Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/RJ; Procuradora Federal.

Na verdade, originariamente o Estado vinha a ser o concretizador do interesse público, todavia, por não dispor de recursos suficientes disponibiliza ao particular a possibilidade de investimentos no país, aperfeiçoando o princípio da subsidiariedade e culminando na imperiosidade de elaboração de normas que disponham sobre a disciplina relativa à concorrência e à regulação da atividade econômica.

Para alguns doutrinadores, especialmente de orientação econômica a natureza de ambas é comum, ou seja, são espécies do mesmo gênero.

Segundo Mario Possas (2002, p. 59) “objetivo central da regulação não é concorrência, e sim a eficiência. Historicamente, foi o conceito de monopólio natural que fundamentou a regulação econômica nos Estados Unidos e, por extensão, em outros países”.

Na verdade, em ambos os casos, ou seja, tanto na regulação como na concorrência, está-se falando em estabelecimento de regras que norteiam seus universos. Ocorre que, reitera-se, os universos peculiares se tocam.

Continuando com Possas (2002, p. 62) “a regulação *stricto sensu*, é uma regulação ativa que atua principal, mas não exclusivamente, no setor de infra-estrutura e em outros setores estratégicos, como a saúde, por exemplo.” Com efeito, esta regulação que é objetivo das agências reguladoras, que culmina em intervenção no mercado.

De outro lado, existe uma regulação denominada de reativa que atua de forma mais ampla e não pontual, são intervenções mais genéricas e que, na verdade, são atuadas pelos órgãos de defesa da concorrência.

Segundo Ruy Santacruz (2002, p. 155):

Regular é garantir acesso ao produto de boa qualidade a preço justo. A regulação se torna necessária quando não há concorrência e se verifica o abuso do poder econômico, abuso do poder de mercado, ou seja, a imposição de preços desfavoráveis ao comprador, em virtude do poder de monopólio do vendedor. Nesse caso, cabe ao Estado restituir o equilíbrio no mercado entre quem vende e quem compra.

A expressão “preço justo” precisa ser contextualizada, na medida em que comporta inúmeros entendimentos. Na verdade, tal expressão melhor é compreendida com a existência de competição, daí ser imperioso que se estabeleça a concorrência. Contudo, inolvidável o fato de que a concorrência não é perfeita e, portanto, carece de atuação do Estado, no sentido do estabelecimento de regras que visam norteá-la, viabilizando, com isso, a condição do consumidor de ter o que escolher e cotar preços no mercado e, em consequência, equilibrando o mercado.

A Constituição mais uma vez vem em socorro desta questão ao indicar no art. 163 que: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico”, que, por sua vez, vê-se concretizada pela Lei n. 8.884/1994, Lei Antitruste. Donde se conclui que o poder econômico não é ilícito, mas o abuso do mesmo pelos entes empresariais é que pode gerar desvios ao mercado, inclusive prática de atos predatórios.

2 AMBIENTE CONCORRENCIAL

Com o acirramento do processo concorrencial no país, após a abertura econômica na década de 90, houve verdadeira revolução das estratégias de condutas das empresas nacionais, muito embora a alta inflação houvesse retardado o avanço empresarial.

Diante desse quadro tornou-se evidente a necessidade de efetiva implementação de uma legislação de defesa da concorrência, uma vez que o intervencionismo já havia sido devidamente realinhado, fazendo-se fundamental a determinação das regras do jogo de mercado.

Na verdade, a política antitruste ou de defesa da concorrência não consiste em um instrumento de controle de preços, sua atuação se dá sobre as condutas empresariais consideradas anticompetitivas, ou seja, ação repressiva e sobre o controle das estruturas dos mercados, ou seja, ação preventiva.

Tarefa bastante complicada a atuação sobre práticas anticompetitivas, uma vez que para combatê-las é necessária a identificação das formas concorrenciais desejáveis ou lícitas e, tal apreciação é de cunho subjetivo e específico o que dificulta sobremaneira sua interpretação.

Com efeito, há conduta anticompetitiva quando existe o poder de mercado impondo suas condições e preços ao cliente, pois se há muitas empresas no mercado, o consumidor tem sempre outras opções, não se consolidando o aludido poder. Casos típicos de condutas anticompetitivas são o monopólio e a formação de cartel; no primeiro uma única empresa domina o mercado, sem outras alternativas ao consumidor e no segundo dá-se a associação de empresas que acordam operar de um determinado modo, praticando preços idênticos no mercado, apesar de terem custos variáveis.

2.1 Política brasileira de defesa da concorrência

O poder de mercado quando alcançado por agentes econômicos não é, reiterese, por si só, considerado pernicioso, inclusive pela legislação nacional, pois existem formas e formas de se chegar até ele. Há ações que podem ser consideradas lícitas, sob o aspecto concorrencial, tais como: redução de custos e preços, aumento da qualidade do produto, diferenciação de produto e inovações tecnológicas e

outras tantas. Não se pode, portanto, apenas a eficiência, pois esse é o objetivo do empresariado, ou seja, produzir mais e melhor e, em consequência, derrubar a concorrência, alcançando, quem sabe, o monopólio. Sendo assim, combatê-lo quando atingido desta maneira seria reprimir o desenvolvimento e os novos processos econômicos.

O art. 20 da Lei n. 8.884/94 protege tal situação ao determinar que: “A conquista de mercado resultante de processo fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza ilícito [...]”. Pode-se perceber, portanto, que o objeto da legislação não é atingir o poder de mercado, mas sim o uso abusivo desse poder (MARSHALL, 2002, p. 93).

A lei adota a política de combate ao uso abusivo do poder de mercado, tendo em vista práticas anticoncorrenciais, ou seja, geradoras de desequilíbrios e ineficiências contrárias ao desenvolvimento econômico. Claro está que se não há poder de mercado, não há prática anticompetitiva. Não foi essa a preocupação da primeira lei antitruste – *Sherman Act*, de 1890, nos EUA.

As linhas de ação desta lei tinham por escopo o poder dos grandes trustes, independentemente da forma como foram alcançados ou utilizados e o controle das estruturas de mercado na forma de integração vertical, conglomeração ou concentração horizontal.

O combate à elevação do poder de mercado como objeto da política antitruste sobre a estrutura dos mercados é executado em todas as modernas legislações em uso no mundo. Todavia, o mesmo não se pode dizer da atuação preventiva, pois para que se verifique é imprescindível partir-se de uma suposição de que o reforço do poder de mercado gerado pelo ato de concentração econômica será fator de desequilíbrio no futuro, os técnicos terão que ser dotados de instrumentos, apurada sensibilidade e conhecimento do mercado específico, pois terão que considerar que no futuro o poder de mercado ou o seu reforço presente será necessariamente utilizado de maneira abusiva.

Verifica-se, portanto, a importância de diferenciação da obtenção do poder de mercado alcançado por estratégias empresariais consideradas competitivas e aquele atingido por atos concentradores de mercado, por definição, prejudiciais ao bem estar econômico e social.

As práticas anticoncorrenciais, de modo geral, podem ser, dentre outras, os cartéis, que consistem em acordos comerciais entre empresas. Tais agentes econômicos mantêm sua individualidade, mas estabelecem entre si cotas do mercado, determinando preços com o intuito de suprimir a concorrência; trustes, que consistem na associação financeira que realiza a fusão de várias empresas em uma só, com o intuito de derrubar a concorrência. Pode se dar de forma

horizontal, qual seja todo um setor, por exemplo, de distribuição de um produto ou mesmo de industrialização ou fabricação do mesmo ou sob a forma vertical, que atinge todos os segmentos de um ou vários produtos.

Na verdade, o que se pretende, tanto no caso do cartel como no do truste, é imperar impondo seus preços, sem deixar alternativas ao consumidor, desta forma, o agente econômico estará exercendo o abuso do poder de mercado.

Atualmente, encontra-se em discussão, inclusive com Audiência Pública, novas regras, que visam otimizar e tornar mais célere o CADE em sua missão de orientar o ambiente concorrencial e o mercado, com vistas a torná-lo, o mais próximo possível do ideal. Trata-se do Projeto de Lei n. 5.877/2005, que visa reestruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Neste sentido, a proposta atual, que tramita pelo Congresso Nacional desde 2004, visa promover alterações substanciais na estrutura do SBDC e dos órgãos que lhe dão suporte. Neste sentido, o projeto identifica como órgãos o CADE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), extinguindo a Secretaria de Direito Econômico (SDE), passando à SEAE a competência de elaborar os Pareceres, assumindo ainda a função normativa, ao examinar normas setoriais ditadas pelo governo e seus impactos na concorrência, sendo que na estrutura do CADE haverá, ainda, três órgãos, a saber: Tribunal Administrativo de Defesa da Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos.

Na Lei n. 8.884/94 a competência para emissão de Pareceres era atribuição tanto da SEAE quanto da SDE, havendo, segundo entendem alguns doutrinadores, verdadeira superposição de funções, o que, em muitos casos, retarda ainda mais o julgamento dos processos administrativos submetidos ao CADE, o que pode significar fuga de investimentos e insegurança jurídica.

Outra novidade, em linha com a busca pela celeridade e segurança jurídica para as empresas que pretendem incorporar ou se fundir, é a submissão prévia dos atos de concentração ao CADE, ou ao novo sistema. Neste caso, analogamente ao que ocorre em países desenvolvidos, o processo é submetido ao CADE antes do ato de concentração, o que incoerente com o sistema vigente, gerando, inclusive, prejuízo aos investidores, pois nada impede que o processo após a decisão do CADE, seja submetido à esfera judicial.

Inegavelmente algo tem que ser feito, com vistas à agilização dos processamentos, pois o quantitativo de atos de concentração que tem sido submetido ao CADE, torna inviável uma decisão célere. Em 2001, outro Projeto de Lei, do mesmo modo, visando à celeridade de decisão, tinha por escopo a inclusão dos dois ambientes numa única Agência reguladora, ou seja, Defesa do Consumidor e Defesa da Concorrência; ao que tudo indica, tendo em vista a

especificidade das duas questões, o Projeto encontra-se parado, ou possivelmente arquivado.

3 REGULAÇÃO PROPRIAMENTE DITA

Muito se têm explanado acerca da regulação *stricto sensu*, cabendo, aqui como não poderia deixar de ser, algumas considerações.

Em princípio faz-se necessário indicar que o constituinte ao elaborar os arts. 174 e 175, o faz dando conta das duas atribuições do Estado, na sua nova concepção. Contudo, antes de adentrar-se no tema urge, estabelecerem-se algumas premissas, indispensáveis a uma compreensão mais ampla da questão.

Indiscutivelmente a função regulatória encontra-se jungida à intervenção do Estado na economia, segundo Diogo de Figueiredo (MOREIRA NETO, 2003, p. 129):

As intervenções estatais, embora apresentem inúmeras variedades doutrinárias, podem ser classificadas em quatro tipos quanto a seu conteúdo: a regulatória, a concorrencial, a monopolista e a sancionatória, não considerada como modalidade de intervenção o fomento público, que não tem natureza impositiva.

De acordo com o Prof. Diogo de Figueiredo, portanto, a regulação e a concorrência são espécies de intervenção estatal, que, por sua vez, possui variadas classificações.

O art. 174, *caput*, veio sintetizar a função regulatória do Estado, no que concerne à atividade econômica, apontando para a sua missão de exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, por intermédio de lei.

Para Diogo de Figueiredo:

a) a intervenção regulatória se caracteriza pela imposição, por norma legal, de prescrições positivas e negativas sobre o desempenho de atividades econômicas ou sociais privadas, visando à prevalência de interesses públicos específicos legalmente definidos. (MOREIRA NETO, 2003, p. 129).

Claro está que o Poder Público, sob o formato de agências, deverá realizar as escolhas públicas mais adequadas à realidade econômica setorial. Na verdade, o universo atingido pelas regras decorrentes da função regulatória do Estado encontram-se em três vértices distintos: os ditos interesses públicos identificados pelo Estado, na modalidade agência reguladora, “os interesses individuais, coletivos

e difusos dos usuários e consumidores e, no terceiro, os interesses privados dos agentes econômicos produtores de bens e serviços atinentes aos setores regulados” (MOREIRA NETO, 2003, p. 132).

A função regulatória, para além de expressar a imposição de normas, o faz de forma diversa das leis em sentido estrito. A técnica da regulação visa o equilíbrio do setor específico ao qual se destina, pois de acordo com a gênese da expressão “regular” é harmonizar o ambiente econômico, portanto, as regras elaboradas em virtude desta função não possuem o caráter geral de imposição a todos os segmentos da sociedade, mas, tão somente daqueles que se identificam com o setor específico.

Cabe aqui um alerta no que tange à utilização da expressão regulação e regulamentação como sinônimas. Na verdade, trata-se de situações distintas, pois enquanto a regulamentação consiste numa tarefa decorrente de uma função política do Estado, dando executoriedade às normas primárias, a regulação vem a ser uma tarefa de natureza administrativa, em função do espaço concedido pela própria lei, no qual impende-se a utilização do paradigma da ponderação na elaboração de regras atinentes aos setores aos quais se destina.

Em seguida, o Prof. Diogo de Figueiredo apresenta a modalidade de intervenção estatal denominada concorrencial:

b) a intervenção concorrencial caracteriza-se pela imposição, por norma legal, da presença do Estado como empresário, em regime de competição em condições igualitárias ou privilegiais com os agentes privados, no desempenho de atividades econômicas e sociais, visando à prevalência de interesses públicos específicos legalmente definidos. (MOREIRA NETO, 2003, p. 130).

Inegável, neste caso, a competição por parte do Estado agindo, portanto, como empresário como os demais participantes no mercado.

4 BREVE INTRODUÇÃO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras surgiram, portanto, como entes dotados de personalidade jurídica de direito público, na modalidade autarquias especiais especializadas nos setores sob sua competência. Contudo, muito se tem discutido acerca de sua real natureza jurídica, especialmente no que tange a compreender-se qual seu real enquadramento, ou seja, trata-se de órgão do Estado ou órgão da sociedade. Todavia, o Prof. Diogo de Figueiredo (MOREIRA NETO, 2003, p. 147) culmina indicando que suas características são próprias de “autarquias tradicionais, diferenciadas por certo reforço de sua autonomia para bem exercerem as peculiaridades da função administrativa regulatória, um fato que as mantém no âmbito científico tradicional do Direito Administrativo”.

O universo de atuação, contudo, irá variar e, segundo Luís Roberto Barroso (2006, p. 68):

[...] é bem de ver que a relação que se tem feito entre as agências reguladoras e serviços públicos executados por particulares é apenas histórica, já que nada impede a existência de agências para regulação de atividades puramente privadas, como instrumento de realização da disciplina jurídica do setor.

Inicialmente admitia-se que a regulação se fizesse no setor de infra-estrutura, todavia, outras atividades que não estas estão afetadas ao universo da regulação, sem maiores dificuldades de inclusão, tudo em sintonia com a harmonização e equilíbrio do mercado setorial.

No que se refere aos serviços públicos prestados, de modo direto pelo Estado, ou indireto, por intermédio de suas empresas públicas ou economias mistas, este o fazia de forma ineficiente, razão pela qual, a par da baixa capacidade de investimento do Poder Público, deu-se a transferência aos entes privados, cabendo ao Estado exercer o papel de fiscalizador e orientador do setor específico, surgindo daí sua função reguladora (MARSHALL, 2007, p. 208).

Segundo o Prof. Marcos Juruena (SOUTO; MARSHALL, 2002, p. 29):

O que mudou foi o enfoque a ser dado ao tema em função da necessidade de atração de investimentos, o que exigia maior segurança jurídica, viabilizada pela previsibilidade das ações estatais na condução da atividade interventiva no domínio econômico. Tal segurança seria inatingível caso a intervenção fosse orientada apenas por critérios políticos, cujo ciclo de variação é incompatível com o longo período de maturação dos investimentos levados a efeito nos segmentos regulados.

A orientação das agências reguladoras é de competência técnica e não política preponderando o equilíbrio nas relações entre os envolvidos, ou seja, os agentes econômicos prestadores, a sociedade e o próprio Poder Público.

Alerte-se para o fato de que, inicialmente, por não haver uma cultura de regulação, muitos consumidores confundiam as atribuições das agências com os órgãos de defesa dos consumidores, pois ao levar ao conhecimento da agência responsável pela regulação de um determinado setor, uma infração, queriam buscar o ressarcimento relativo àquela prática, o que é irreal, pois os agentes reguladores não possuem tal tarefa, são órgãos administrativos e não judicantes.

Continuando com Marcos Juruena (SOUTO; MARSHALL, 2002, p. 29):

A opção pelo modelo de agência, adotado no âmbito da Reforma do Estado, privilegia a competência para, com maior autonomia, fiscalizar o mercado,

mas, ainda, de editar normas e de solucionar os conflitos, seja pela prevenção ou mediação, seja por meio da arbitragem, privilegiando o conhecimento técnico sobre o segmento regulado.

A maior autonomia comporta limites, pois não equivale a dizer que suas decisões não possam ser submetidas à revisão judicial, do mesmo modo, não significa dizer que poderá decidir acerca do regime jurídico de seu pessoal, estas em âmbito político-administrativo, havendo também a autonomia econômico-financeira.

Sua independência está em consonância com o caráter do mandato de seus dirigentes, que é fixo.

5 A GUIA DE CONCLUSÃO

Diante do quadro traçado, no presente artigo, após o exame da natureza dos institutos da concorrência e da regulação, pode-se dizer que ainda se tem muito a aprender com o mercado.

O processo de mundialização do mercado tem gerado imensas alterações na ordem internacional da concorrência. Os reflexos internos de tais mudanças fizeram com que houvesse, por parte dos Estados, a criação de legislação, no sentido de prevenir e punir certas condutas tipificadas como anômalas. Neste contexto, as anomalias ocorridas no mercado precisam ser evitadas, com o intuito de manter o equilíbrio do poder de mercado.

Obviamente que o respaldo teórico que fundamenta a nova ordem mercadológica é baseado em princípios que servem de norte às empresas que atuam no mercado.

A concentração desordenada de empresas, as formas de controle empresarial e a criação de grupos monopolistas podem conduzir ao rompimento do equilíbrio estrutural do mercado, impedindo o surgimento de outros agentes no mercado.

Neste momento dá-se a necessidade de atuação do Estado, com vistas a impedir eventuais “prejuízos sociais”.

Na verdade, as práticas anticoncorrenciais atingem a sociedade, como um todo, e em última análise a proteção ao mercado tem como titular o consumidor, que é quem diretamente sofrerá as conseqüências da eliminação de concorrência. Deste modo, tem sido elaborada na maioria dos países a disciplina antitruste, com o intuito de reprimir a concorrência desleal e a regulação como instrumento de controle em setores específicos.

Com efeito, com o disciplinamento do antitruste torna-se imprescindível às empresas procederem ao ajustes de diversas ordens, com vistas à sua manutenção no mercado em grau competitivo com os demais agentes econômicos.

Os Administradores agentes responsáveis pela elaboração e implementação das políticas públicas, precisam estar em sintonia com as inovações do mercado e o grande fluxo e volatilidade do controle das empresas, o que, muitas vezes, finda por descaracterizar uma situação que, aparentemente, pode ter indícios de prática infracionária.

Contudo, todas estas questões ainda comportam inúmeras discussões e controvérsias, não sendo de todo possível, explorar-se, por completo, este universo diferenciado e reformado pelo novo contexto do mercado e decorrente dos estímulos provocados pela realidade econômica insuperável.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MARSHALL, Carla. *Direito constitucional: aspectos constitucionais do Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil. In: SARAIVA, Enrique; PECI, Alketa; BRASILICO, Edson Américo (Org.). *Regulação, defesa da concorrência e concessões*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

POSSAS, Mario. Regulação e incentivo à competição. In: SARAIVA, Enrique; PECI, Alketa; BRASILICO, Edson Américo (Org.). *Regulação, defesa da concorrência e concessões*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

SANTACRUZ, Ruy. As razões econômicas da regulação. In: SARAIVA, Enrique; PECI, Alketa; BRASILICO, Edson Américo (Org.). *Regulação, defesa da concorrência e concessões*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.