

CONCORRÊNCIA COMO TEMA CONSTITUCIONAL: POLÍTICA DE ESTADO E DE GOVERNO E O ESTADO COMO AGENTE NORMATIVO E REGULADOR

*Tercio Sampaio Ferraz Junior**

1. Regulamentação constitucional da ordem econômica: a concorrência em perspectiva histórica

A Constituição do Império e a Constituição republicana de 1891 não trataram do tema do mercado concorrencial. Pode-se dizer que a concorrência, por ser um fato econômico de regras próprias, era, naquele tempo, um jogo que dispensava a disciplina jurídica, a qual só podia exercer-se externamente, jamais quanto à estrutura do jogo. Isto caracterizou seguramente as primeiras expressões do Estado de Direito, que sucumbia às forças de mercado como naturais e incoercíveis.

O mercado concorrencial oitocentista supunha-se ordenado por uma estrutura atomística e fluida, isto é, pela pluralidade de agentes e pela influência isolada e dominadora de uns sobre outros. Admitia-se que, mantendo-se alto o número de sujeitos econômicos, nenhum dos quais é maior do que o outro, a massa daí formada seria homogênea, sendo suportável a ação de cada um em face dos outros. A fluidez, por sua vez, exigia liberdade ou, mais propriamente, disponibilidade, isto é, possibilidade de os sujeitos determinarem, sem ser obstados, as quantidades e qualidades de bens desejados, bem como entrar e sair a seu talante do sistema. Obviamente não se ignorava que, nesse contexto, as forças entravam em choque, donde a luta ser um elemento importante da estrutura. Mas, tratando-se de relações privadas, individuais, o Direito Comercial era suficiente para um mínimo de disciplina, que a regulava, mas jamais a encarava como perniciosa enquanto processo natural.

No princípio, assim, o tema era visto, por Adam Smith, por exemplo, como o objeto de uma ciência moral (e, assim, jurídica). Só posteriormente apareceram os economistas (Ricardo, entre outros), que vieram a submetê-

* Professor titular da Faculdade de Direito da USP.

la a um tratamento próprio, não mais de índole moral, mas de *teoria econômica*, o que, progressivamente, veio a criar uma distância entre Direito e Economia.

É no final do século XIX que o tema da *concorrência* aflora como um problema peculiar, capaz de exigir uma convergência entre as disciplinas, sob o prisma de um *direito da concorrência*.

A Constituição de 1934 previa que a ordem econômica devesse ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos uma existência digna. Dentro desses limites, prescrevia, era garantida a liberdade econômica (CF/34: art. 115). Esta forma aberta de referir-se à liberdade no mundo de mercados fazia pensar numa concorrência em que os poucos negócios mantinham um razoável equilíbrio, de tal modo que o Poder Público se restringisse a repreender formas desleais de concorrência, assim mesmo de modo vago e atendendo antes a princípios éticos.

Desde a segunda metade da década de 30, porém, a concepção ideológica do mercado sofria o influxo da Europa fascista e já era possível ler-se na Carta de 37 o seguinte dispositivo: “Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, fundam-se a riqueza e a prosperidade nacional”.

A intervenção no domínio econômico – previa a Carta de 37 – poderá ser mediata ou imediata, revestindo a forma de controle, do estímulo ou da gestão direta (art. 135).

Neste quadro de confluência de Estado e Nação, a defesa da sociedade concorrencial atrelava-se à inspiração do fascismo italiano, de modo que a preocupação política vinha carregada também de uma preocupação repressiva. Assim, os primeiros diplomas legais, no âmbito econômico, tinham por escopo uma classificação de ilicitudes penais, sendo as formas de concentração, o monopólio primordialmente, qualificadas como crime.

O Decreto-lei n. 869 de 18 de novembro de 1938, inspirado no projeto do Código Penal argentino bem assim na primeira legislação e jurisprudência americanas e nas propostas da Comissão de Reforma do Código Penal alemão, se inscrevia ainda num cenário cujo pano de fundo temia as formas concentracionais como distúrbios na estrutura do mercado. Esta visão penal das distorções mercadológicas colocava, assim, a economia do País a meio passo entre o franco intervencionismo, nos sobretons político, e uma concepção estrutural conservadora, na tintura legal. De qualquer

modo, o Decreto-lei n. 869/38 era mais um diploma que, visando à defesa da economia popular, antes e nessa medida, procurava coibir os distúrbios no mercado.

O Decreto-lei n. 869/38 era mais um diploma que, visando à defesa da economia popular, antes e nessa medida, procurava coibir os distúrbios no mercado.

O Decreto-lei n. 7.666 de 22 de junho de 1945, de Agamêmnon Magalhães, destinado a coibir “os atos contrários à ordem moral econômico”, criando, pela primeira vez, uma “Comissão Administrativa de Defesa Econômica”.

Com a promulgação da Constituição de 1946, fala-se, pela primeira vez em nossa Lei Maior, em “abuso do poder econômico”. O seu art. 148 assim preceituava: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

Agamêmnon Magalhães, cuja colaboração para a redação deste texto fora decisiva, voltaria à carga em 1948, apresentando projeto de lei (Projeto de lei n. 122/48), voltado para a repressão do abuso do poder econômico e adotando “as diretrizes da legislação dos EUA com as modificações impostas pelas nossas condições econômicas e políticas” (Agamemnon Magalhães, *Abuso do poder econômico*, ed. Folha da Manhã, Recife, 1942, p. 18, apud Franceschini, José Inácio e José Luiz, *Poder econômico: exercício e abuso – direito antitruste brasileiro*, RT, São Paulo, 1985, p. 10).

As primeiras manifestações de uma economia de escala e de uma sociedade de consumo, no Brasil, vão ter os seus esboços já perceptíveis na segunda metade da década de 60. De certo modo, pode-se, pois, dizer, que a Lei n. 4137 de 1962 antecipa parcialmente este novo cenário. Antecipa, dizemos nós, porque nem a economia nacional, àquela época, já se alterava naquela extensão, nem a concepção jurídica do abuso de poder econômico se liberta plenamente de seus antecedentes penalistas. (“A lei, que se refere o art. 148, é penal” dizia Pontes de Miranda em seus Comentários à Constituição de 1946).

A Lei n. 4137 de 1962: o legislador, como o constituinte, passou a exprimir-se no que Benjamin M. Shieber (*Abusos do Poder Econômico*, RT, São Paulo 1966, p. 28 ss.) chamou de “linguagem de finalidade” ao falar

das diferentes formas de abuso de poder econômico, e apenas as considera abusivas se para dominar mercados, eliminar concorrentes, explorar consumidores etc.

Com a Constituição de 1967, art. 157, muda o teor exemplificativo e difuso da de 1946.

A disciplina do abuso de poder econômico adquire uma conotação mais nitidamente tipificante, abandonando a fórmula mais aberta da Constituição “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico” e adota a seguinte formulação:

“Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizada pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros” . Como a expressão: “caracterizada” não traduzisse necessariamente uma “linguagem de finalidade”, foi reforçada ainda mais a concepção penalista do abuso.

O fato é que o projeto desenvolvimentista formulado nos anos 50 e que, após o período Kubitschek, entrara em crise, conheceu com a Revolução de 64 uma reformulação em termos de industrialização forçada. Uma reforma no sistema financeiro, aliada a um abundante crédito externo, permitiu um aprofundamento da política da substituição de importação. Esta industrialização forçada foi em parte liderada pelos investimentos diretos do Estado, em parte por este induzida por meio de estímulos que culminaram numa franca política de agregação empresarial, como se pode ver, do ângulo jurídico pelos dispositivos concentracionistas das Leis ns. 5.727/71 (I PND) e 6.151 (II PND). E, neste último, com a criação do COFIE – estímulos fiscais – e do FMRJ e PMRC, no âmbito do BNDE, todos, destinados a incentivar a política de fusão e incorporação nos setores em que “a excessiva disseminação de empresas nacionais lhes retire o poder de competição e as coloque em posição frágil, perante o concorrente estrangeiro” (II PND, item 1.3).

Isso provocou certa desorientação na aplicação da Lei n. 4.137/62, mormente quando o CIP, ostensivamente passava a estabelecer preços máximos, criando condições para que a prática de ajuste entre fabricantes em vista da fixação uniforme de tabelas acabasse por ser reconhecida.

“Lícito é o ajuste entre fabricantes para a fixação uniforme de tabelas de preços através das quais são os revendedores divididos em categorias objetivas e não discriminatórias e concedidos descontos quantitativos e variáveis conforme as categorias ali previstas. Impõe-se a solução, máxime quan-

do, estando os preços praticados pelos fabricantes sob o controle do CIP, não houver ofensa aos preços máximos permitidos pelo órgão” – Sentença de 1.^a instância de 08.08.77, 6.^a Vara da Justiça Federal de São Paulo).

2. A Constituição de 1988: livre-iniciativa e o princípio da livre concorrência

Neste quadro desagregador, a Constituição de 1988, ao disciplinar a matéria, trouxe elementos novos, e, com isso, a ressurreição da lei antitruste numa nova perspectiva como uma peça fundamental no perfil econômico constitucional.

Nem a Constituição nem a legislação vigente definem a concorrência. Os economistas neo-clássicos haviam desenvolvido um célebre modelo de concorrência pura e perfeita que estabelece poderem os consumidores obter duravelmente quantidades desejáveis de um produto procurado, a preços mais baixos quanto possível (portanto a nível de custos mínimos de produção) se a) o mercado é composto de um grande número de ofertantes e demandantes independentes, b) o produto é totalmente homogêneo, c) a entrada num e a saída de um ramo de negócio são totalmente livres, d) ofertantes e demandantes têm conhecimento exato e total das condições que governam o mercado, com a tendência de buscar seu máximo interesse e e) a obtenção do produto não provoca nenhum problema de custos de transporte.

Na prática, este modelo se revelou de uma utilidade muito limitada. Sua superação conduziu a doutrina à chamada “concorrência praticável” (workable competition). Praticável seria a concorrência se a) um número considerável de empresas vende seus produtos perfeitamente substituíveis em uma área importante do mercado, b) há ausência de colusões entre os participantes do mercado, c) o acesso a um ramo de negócio é garantido por uma larga difusão do progresso técnico junto aos produtores potenciais.

Isso levou a doutrina a afirmar que a legislação pressupõe a concorrência como um fenômeno real, mas sua determinação conceitual não contém nenhum elemento normativo. Ao contrário, qualquer tentativa de lhe definir condições, modos de atuação e efeitos corre o risco de estreitar sua aplicabilidade jurídica. Por isso, ao invés de se definir juridicamente o princípio da concorrência por uma conceituação de concorrência, a literatura tem-se encaminhado para uma compreensão do princípio como uma decor-

rência da liberdade de iniciativa enquanto um aspecto e uma das extensões das liberdades individuais.

Nesse sentido convém distinguir entre concorrência como regra do jogo de mercado, nas suas múltiplas possibilidades reais, e concorrencialidade, isto é, grau de competitividade existente num dado mercado. A concorrência é um pressuposto fenomênico, que admite vários graus de competitividade, mas que não se elimina como estrutura mesmo quando é baixa a concorrencialidade (cf. G. Sartori, *Democrazia cosa è*, Milano, 1994, p. 221).

Daí o princípio da livre concorrência, que passa a ser entendido normativamente em função da competitividade inerente à livre-iniciativa enquanto um direito fundamental de concorrer, isto é, de atuar criativamente no jogo do mercado livre. Isto exige, de um ponto de vista jurídico, que o chamado livre mercado seja pressuposto como uma estrutura de alternativas dinâmicas, da qual não deriva que todos os seus agentes sejam igualmente e efetivamente livres. Ou seja, uma determinada estrutura pode encorajar ou desestimular a potencialidade de livre-iniciativa individual. Donde se conclui que a liberdade econômica pode estar sujeita a importantes restrições que podem tornar-se verdadeiros impedimentos.

Assim, o princípio da concorrência significa, *prima facie*, que a potencialidade deve ser aberta, em sentido normativo, a todos. Em si, o mercado é cego em face dos indivíduos, sendo, ao revés, um instrumento a serviço da coletividade. Por meio do mercado a sociedade impõe uma ordem à livre-iniciativa. O princípio da concorrência, por seu lado, garante, em nome da coletividade, o exercício da livre-iniciativa a qual exige, como qualquer direito fundamental, o estabelecimento de seus limites. Estes não só devem ser buscados na livre-iniciativa dos outros agentes, mas também no exercício de outras liberdades, como a de consumir, a de ter acesso aos benefícios da propriedade e da produção, inclusive de respeitar o princípio constitucional da soberania (cf. Raffaella Niro, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Pádua, 1994, p. 122).

3. Livre concorrência e livre-iniciativa

É importante assinalar que livre-iniciativa (CF, art. 170, *caput*) e livre concorrência (CF, art. 170, IV), esta como base do chamado livre mercado, não coincidem necessariamente. Ou seja, livre concorrência nem

sempre conduz à livre-iniciativa e vice-versa (cf. Farina, Azevedo, Saes: *Competitividade: mercado, Estado e organizações*, São Paulo, 1997, cap. IV). Daí a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços, do dinamismo tecnológico, do uso adequado de economia de escala etc., impedindo, porém, que essa se torne instrumento de restrição estratégica à capacidade de iniciativa dos concorrentes. É, pois, neste hiato entre a livre concorrência e a livre-iniciativa que entra a função da lei para reprimir o abuso do poder econômico, prevenir distorções funcionais, estabelecer medidas regulatórias, no caso de agências reguladoras. Daí o disposto no art. 173, § 4.º, que manda que a lei reprima “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”.

No art. 173, par. 4.º, fala-se de *mercado*.

Note-se, inicialmente, que o § 4.º do art. 173 está inserido num dispositivo cujo caput cuida da “exploração direta de atividade econômica pelo Estado”. Os parágrafos 1.º, 2.º e 3.º tratam de delimitar particularmente a atividade da empresa pública e o § 5.º determina que a lei, “sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-se às prescrições compatíveis com sua natureza nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” (grifei). Em suma, o art. 173, como um todo, que cuida da articulação do Estado na economia, estabelece normativamente uma concepção global do mercado, no qual concorrem empresas públicas e privadas (§ 3.º “A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade”), num contexto abrangente (“ordem econômica e financeira” e “economia popular” – § 5.º).

Nesse contexto, a Constituição, que declara o mercado interno como patrimônio nacional (art. 219), exige do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174), o exercício da função de fiscalização. Dentro dessa concepção global, a repressão aos abusos do poder econômico está referida a atos da vida econômica usual (submetendo-se todos os agentes ao regime próprio das empresas privadas, diz o § 1.º do art. 173) – atos que não são diferentes a ponto de serem classificados em virtude de uma natureza distinta (cf. José Frederico Marques, op. cit., p. 477). Portanto, os conflitos por eles eventualmente provocados podem e devem ser tratados por distintas legislações, não tendo cabimento distribuí-los de modo estanque pelos diversos ramos jurídicos. O mesmo ato e mesmo con-

flito pode ser enquadrado como concorrencial nos termos da legislação penal, como ilícito civil sujeito às indenizações respectivas, ou como infração administrativa a ser apreciada pelo CADE. É o ponto de vista da concepção global do mercado como patrimônio nacional (não patrimônio do Estado) que qualifica a competência da SDE ou do CADE.

Ora, desse ponto de vista da concepção global do mercado, própria da Constituição de 1988, a linguagem de finalidade não tem a mesma natureza que teve no passado. O dispositivo constitucional não exclui a possibilidade, em legislação própria, de punição de atos praticados contra a ordem econômica em termos penais e, portanto, submetidos à tipicidade que lhe seja própria. Mas, em termos de uma legislação de defesa da concorrência, o que está em questão não é uma estrita responsabilidade subjetiva. A Constituição brasileira atual, ao contrário, não está antes preocupada e exclusivamente com um ato individual, consciente e intencionalmente predisposto a ferir a ordem econômica e a livre concorrência, como se o agente deliberadamente atuasse naquela direção, mas com a repercussão desses atos no mercado-patrimônio nacional. Esse novo sentido da linguagem de finalidade em seu contexto contemporâneo suscita, por fim, um tema delicado no que se refere à atuação do CADE.

4. Atuação do CADE e diretriz constitucional: política de Estado e política de governo

Quando tratamos dos aspectos polêmicos da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE somos obrigados a pensar em questões que atingem de perto a Constituição Brasileira. Na aplicação da lei de defesa da concorrência devemos separar dois aspectos: a) a lei antitruste autoriza a disciplina da concorrência em termos de repressão do abuso do poder econômico, portanto, caracteriza infrações contra a ordem econômica e especificamente contra a concorrência e b) no seu artigo 54 pode ser encontrado textualmente outro aspecto que envolve o “controle prévio de atos e contratos”.

Esse controle prévio tem como objetivo primeiro antecipar-se a possíveis anomalias que possam ocorrer, por meio de atos ou de contratos, na concorrência. Assim, direciona-se, na forma de uma aprovação ou de uma reprovação, a atividade privada. Abordaremos este aspecto da lei, qual seja, o que disciplina o controle prévio de atos e contratos e que possui, de certo modo, um sentido de intervenção do Estado no domínio econômico, isto

é, trata-se de uma forma autorizada de intervenção no domínio econômico. Daí afirmar-se que este fato suscita um problema delicado de caráter constitucional.

No exercício desse controle por parte da administração, o CADE é uma autarquia especial, cujo papel é apreciar as questões ligadas à perspectiva econômica lançada por esses atos e contratos, tendo em vista o interesse coletivo. Um exemplo prático e bastante sugestivo deste controle foi a proibição pelo CADE, num primeiro momento, de um ato de concentração entre uma grande cervejaria estrangeira e uma cervejaria brasileira. Nessa proibição, alegou-se que a vinda da maior cervejaria mundial americana para o Brasil, por meio de uma *joint venture*, com a segunda grande cervejaria brasileira, a Antártica, constituiria uma barreira para o desenvolvimento do mercado cervejeiro nacional e fortaleceria exageradamente o participante nacional sem que o participante estrangeiro viesse aqui para concorrer. Na verdade, ele viria para aliar-se a um possível concorrente. Este fato gerou uma enorme discussão havendo, inclusive, um pedido de reconsideração dessa proibição e a final o CADE aprovou a *joint venture*, porém, exigiu que fosse feita uma modificação no contrato entre as duas empresas. Modificação esta que possibilita à empresa americana fazer, até determinado prazo, um grande investimento de US\$ 450.000.000. Mas o que ocorreu, na verdade, foi uma transformação desta possibilidade de investir em obrigação de investir. Portanto, temos aqui um exemplo de intervenção direta do CADE em uma relação contratual e é este tipo de intervenção direta na relação contratual que se coloca em questão.

Quando pensamos em limites constitucionais, questiona-se uma intervenção do Estado no domínio econômico. No exemplo aventado, as empresas foram obrigadas a alterar o seu contrato, caso contrário este estaria reprovado e os americanos voltariam para o seu país; os brasileiros, por sua vez, ficariam sem qualquer investimento. Desta forma pergunta-se: qual é o limite desta intervenção? Na apreciação deste limite encontramos considerações que podem ser colocadas sob os temas “políticas de Estado” e “políticas de governo”. É dizer, na apreciação dos limites desta intervenção nós costumamos invocar, de um lado, aquilo que denominamos política de Estado e, de outro, aquilo que chamamos de política de Governo.

A primeira denominação, qual seja, política de Estado, constituiu um elemento fundamental para este tipo de intervenção. Refere-se, aqui, àquelas políticas as quais a autoridade administrativa deve levar em consideração e que estão delineadas como políticas permanentes na própria Constituição

Federal. Temos como exemplo dessa política o artigo 218 ou 219 da CF/88. Desta forma, no caso das cervejas, levou-se em consideração a contribuição ao desenvolvimento tecnológico na produção da cerveja brasileira que seria trazida pela maior produtora mundial de cervejas. Este elemento é típico da política de Estado porque inscrita na Constituição sendo, então, no exemplo estudado, elemento favorável à aprovação daquela *joint venture*.

Nesses termos, constituem políticas de Estado o desenvolvimento tecnológico (CF, arts. 218 e 219), a defesa do meio ambiente (CF, art. 170, VI), a função social da propriedade (CF, art. 170, III), a defesa do consumidor (CF, art. 170, V), a redução das desigualdades regionais e sociais (CF, art. 170, VII), a busca do pleno emprego (CF, art. 170, VIII), o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte (CF, art. 170, IX).

Por outro lado, ao aplicar a lei, o CADE leva em consideração as políticas de governo. Estas dizem respeito ao programa de governo, portanto, caracterizam-se por certa provisoriedade que fica, um pouco, ao sabor da conjuntura, modificação da própria situação em que o País vive. As políticas de governo não estão necessariamente ou, pelo menos, ostensivamente inscritas no perfil constitucional. A sua utilização como argumento para impedir ou para evitar, por exemplo, que se consuma ou que se leve a cabo um determinado contrato pode causar problemas. Assim, em princípio poderíamos dizer que, se estamos falando em intervenção do Estado no domínio econômico e no setor privado, certamente causaria preocupação imaginar que a política de governo, dotada dessa provisoriedade, pudesse ser, por exemplo, argumento para a intervenção. A intervenção não é excluída, mas a exigência de fundamentação reporta-se a situações de fato e sua demonstração como indícios fortes de perturbação do equilíbrio concorrencial.

As políticas de Estado que possuem perfil constitucional são, nesse sentido, de maior consistência: sua relevância não precisa ser comprovada, pois constituem premissas pré-estabelecidas, dispensando-se de ser justificadas. Os problemas de interpretação que elas podem suscitar aparecem na sua incidência, não na presunção de sua necessária consideração como suporte da análise, justamente pelo fato de se poder encontrá-las ostensivamente na Constituição.

Entretanto, como resolver as questões oriundas das políticas de governo? A lei concorrencial estabelece que, quando houver interesse para a economia nacional, determinado ato ou contrato poderá ser aprovado pelo CADE, ainda que desta aprovação advenham problemas para a concorrência. Neste sentido, por exemplo, quando invocamos necessidades prioritá-

rias do mercado interno brasileiro para enfrentar os mercados externos, encaminhando argumentos voltados para a questão da globalização que é, por sua vez, um fenômeno conjuntural. É o que sucede quando dizemos que a invocação, por exemplo, de relatórios do BNDES aponta que determinado setor empresarial que está fortemente afetado pela concorrência internacional sendo atingido de frente pela globalização: pergunta-se em que medida faz mister trabalhar com juízos fundados em políticas de governo que venham, assim, a provocar uma alteração positiva ou negativa num contrato preestabelecido entre empresas? Exemplificando: no caso da aquisição de uma grande siderurgia por outra grande siderurgia, como aplicar a política de governo? É dizer, nesse caso, que estarão em jogo interesses comerciais e de produção entre países que influenciarão ou não sua aprovação ou desaprovação. A invocação, nesse caso, do princípio da soberania é insuficiente, pois, na verdade, está-se usando, eventualmente, políticas de governo (por exemplo: o desenvolvimento setorial) em vista da conjuntura, com o objetivo de propiciar uma intervenção de controle de atos e contratos por meio da autoridade administrativa.

As políticas de governo aparecem basicamente naquilo que se poderia chamar de “colisão de interesses”. Assim, o Governo se volta para certo desenvolvimento tecnológico, tentando estimulá-lo, mas não enquadra neste estímulo certo aspecto do desenvolvimento tecnológico do País por achá-lo prejudicial ao fortalecimento da empresa nacional. Isso sucedeu, por exemplo, com o setor de informática. Poderíamos desestimular a empresa estrangeira, ainda que em prejuízo da concorrência? Isso fere o tema do fomento da política de governo, ou seja, algo conjuntural. Tais questões são cruciais para a compreensão da lei antitruste.

Assim, como deverá o órgão de defesa da concorrência, no controle de atos e contratos, enfrentar essas questões, estabelecendo-lhes regras compulsórias? Adota-se, em parte, uma política de Estado ao lado de outras que se referem às colisões de interesses? Ou essas em detrimento daquela?

Nesse sentido, a lei alemã, por exemplo, prevê que, em alguns casos, o Ministro de Estado da Economia pode intervir em uma decisão da autoridade concorrencial alemã, tendo em vista o interesse de uma política de governo contra, até mesmo, certos fundamentos de uma decisão da autoridade alemã em termos de política de Estado. Mas parece que, nesse caso, se tem mais um problema do que uma solução.

5. A ordem financeira: um exemplo de confluência de política de Estado e de Governo

A atual Lei n. 8.884/94 estabelece as regras gerais de concorrência e repressão ao abuso de poder econômico no mercado. Em seu art. 15 define o alcance da aplicação de suas normas:

“Art. 15. Esta lei aplica-se a pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

Assim, as regras *materiais* da legislação de defesa da concorrência aplicam-se *prima facie* aos agentes de todo e qualquer mercado no território nacional. Todavia, determinados setores da economia são imunes à aplicação das normas antitruste pela agência de defesa de concorrência (CADE) (1) seja por razões de ordem lógica, i.e., quando inexistem condições lógicas de aplicação das normas concorrenciais; (2) seja por força da atuação governamental que substitui as forças de mercado; ou ainda, (3) seja por força de outros interesses públicos que, considerando-se a especificidade do setor, sobrelevam-se aos objetivos concorrenciais.

O primeiro caso (1) é evidente. A aplicação das normas que vedam práticas ou contratos que impliquem prejuízo à concorrência no mercado pressupõe a existência de um mercado onde os agentes concorram. Se não há concorrência, logicamente não se aplicam as normas antitruste. Por exemplo, não cabe ao CADE analisar a união de entidades de classe ou sindicatos, ou mesmo acordo uniformizando condutas na reivindicação de determinados direitos trabalhistas, dado que estes não concorrem entre si por associados (seria absurdo falar, aqui, em concentração de mercado ou cartel).

No segundo caso (2) estão os setores nos quais as normas de direito público e a atuação do Estado claramente substituem o sistema ou definem o funcionamento do “mercado”, determinando, por meio de regulação, e fiscalizando, por meio de órgão público, as variáveis econômicas fundamentais, tais como preço e quantidade produzida. Trata-se da doutrina da ação do Estado (*State Action Doctrine*), desenvolvida pelos tribunais norte-americanos e se assemelha ao caso (1) no sentido de que a aplicação de normas antitruste pressupõe a existência de concorrência. A diferença é que neste

caso a ação do estado suprime a concorrência ao regular as variáveis que a constituem e fomentam. A doutrina foi consolidada em recente decisão da Suprema Corte¹ norte-americana que definiu os seguintes parâmetros:

- a regulamentação da atividade decorre de política que substitui a concorrência no setor, definindo como funcionará o mercado (por exemplo, determinando número de agentes, definindo preços e condições de entrada no mercado);
- há supervisão ativa e constante, por órgão público, das obrigações definidas na regulamentação.

No terceiro caso (3) estão os setores disciplinados por normas específicas e fiscalizados por agências ou comissões reguladoras independentes. O fundamento da criação dessas comissões está em colocar o setor, em função da importância econômica ou social de que se reveste, sob policiamento de um corpo altamente especializado. As comissões especializadas estabelecem ou implementam políticas de cunho econômico ou social, ou ainda, autorizam práticas dos agentes no setor que muitas vezes conflitam com determinados ditames da política de concorrência disciplinada em lei. Por exemplo, quando implementam políticas de desenvolvimento industrial. Na hipótese de conflito, obviamente prevalecem as normas materiais específicas do setor, falando-se em imunidade às normas de direito antitruste.

Na Comunidade Econômica Européia – CEE, o art. 90, n. 2, do *Tratado de Roma* reconhece expressamente a imunidade das atividades reguladas à aplicação das normas concorrenciais, sempre que tal aplicação possa prejudicar, jurídica ou faticamente, o exercício das atribuições e a implementação da política definida para o setor.

Nos E.U.A., a jurisprudência desenvolveu, com conteúdo similar à norma européia, a doutrina da amplitude do poder da agência reguladora (*pervasive power*). Assim, nos setores regulados (*regulated industries*) a aplicação da lei antitruste pode ser obstada se a agência reguladora ou supervisora persegue finalidades, cujos meios técnicos se sobrepõem ou se opõem às normas concorrenciais. Como exemplo, os setores financeiro, de valores mobiliários, de *commodities* e mercados futuros, são áreas, em princípio, isentas das normas de concorrência, somente aplicáveis se não conflitantes com as normas e políticas definidas para a atividade.

¹ *California Retail Liquor Dealers Association vs. Midcal Aluminium Inc.* [447 U.S. 97 (1980)].

A larga experiência norte-americana é interessante na medida em que seu modelo de agências reguladoras independentes (*agencies*) tem servido como inspiração na remodelação dos institutos tradicionais do direito administrativo brasileiro, principalmente no que se refere à prestação de serviços de interesse público no período pós-privatizações. Sempre foram reconhecidos, na jurisprudência norte-americana, limites ao alcance da aplicação das normas antitruste nos setores regulados, subordinadas ao reconhecimento da adequação da política concorrencial aos objetivos definidos para o setor pelo órgão competente. Uma decisão no setor de óleo e gás é característica:

“We believe that the joint venture substantially lessened competition among suppliers... Unless the Commission finds that other important considerations militate in favour of the joint venture and that these considerations are more beneficial to the public than additional competition, the antitrust policies should be respected and the joint ventures set aside. (...) Although the commission is not bound by the dictates of antitrust laws, it is clear that antitrust concepts are intimately involved in a determination of what action is in the public interest, and therefore the commission is obliged to weight antitrust policy” (Northern Natural Gas Co. v FPC, 399 F.2d 953 (D.C. 1968)).

A jurisprudência caminhou para a consolidação da competência das agências setoriais para aplicação, quando cabível, das normas concorrenciais, culminando com a edição de leis especiais, incorporando diversos conceitos e condutas típicas do direito antitruste. O setor financeiro constitui exemplo deste processo.

O setor financeiro nos E.U.A. é regido, fundamentalmente, pelos *Bank Merger Acts* de 1960 e 1966 e pelo *Bank Holding Company Act*, sendo acompanhado pelas agências *Office of the Comptroller of the Currency (OCC)*, *Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC)* e *Board of Governors of the Federal Reserve Board*. As atividades sujeitas ao *Bank Merger Act* são isentas da necessidade de notificação da operação às agências antitruste, sendo examinadas pelo *Federal Reserve Board*, usualmente após parecer técnico (não obrigatório nem vinculante) do Departamento de Justiça (cf. *ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (4th ed. 1997)*). Quanto à regulação de condutas, a emenda de 1970 ao *Bank Holding Company Act* incorporou explicitamente ao texto a proibição de venda casada (*tie-ins*), estabelecendo a ilicitude da submissão da prestação serviço financeiro à obtenção ou fornecimento de crédito. Em conformida-

de com suas políticas para o setor e com as práticas da atividade financeira o *Federal Reserve Board*, afirmando sua autoridade de órgão especial, estabeleceu uma série de isenções às provisões anti-venda-casada do *Bank Holding Company Act* e cortes já decidiram no sentido de não interferir em “práticas tradicionais do mercado bancário”² e “condições normalmente relacionadas a um empréstimo”.³

Portanto, a aplicação das normas gerais de concorrência subordina-se ao reconhecimento de sua compatibilidade ou sua compatibilização, pela agência especial, com os objetivos definidos para o setor e com os interesses públicos protegidos pela agência.

No Brasil, o cumprimento, pelo legislador, dos mandamentos constitucionais de proteção à concorrência, não se limitou à legislação de caráter geral. Com efeito, sempre existiram, para determinados setores da economia, regras outras, *especiais*, que, em atenção à relevância e às peculiaridades e complexidades desses segmentos, atribuíram a outros órgãos ou entidades, responsáveis por sua supervisão e fiscalização, a incumbência de zelar pela defesa da concorrência (caso 3 *supra* discutido).

É o caso do sistema financeiro nacional, que tem na Lei n. 4.595, de 31.12.64, seu aparato básico de regência, e cuja relevância tornou-o merecedor, na última Constituição, de um capítulo especial, materializado nos dispositivos contidos em seu art. 192, por força da qual, aliás, a referida lei ostenta, hoje, *status* de lei complementar.

Independentemente da pendência judicial sobre a extensão do caráter de lei complementar a todas as suas normas, a referida lei complementar contém um amplo leque de atribuições de caráter normativo ao *Conselho Monetário Nacional – CMN* e de caráter executivo ao *Banco Central do Brasil – BCB*. A política do CMN tem por objetivo básico assegurar as condições necessárias à estabilidade da economia do país. Daí ter estabelecido o legislador – atento para o fato de que, diferentemente dos demais agentes econômicos, instituições financeiras trabalham preponderantemente com recursos do público – que a política do Conselho Monetário Nacional também terá por objetivo “zelar pela liquidez e solvência” das referidas instituições (art. 3.º, VI).

² *B.C. Recreational Indus. v. First Nat'l Bank*, 639 F.2d 828 (1st Cir. 1981).

³ *McCoy v. Franklin Sav. Ass'n*, 636 F.2d 172 (7th Cir. 1980).

Já na órbita de atuação do BCB – que tem, por atribuição básica, dar execução à política do CMN – insere-se a responsabilidade pelo funcionamento regular e estável dos mercados financeiro e de capitais; da qual não pode estar dissociada, por razões técnicas, a supervisão das relações entre os agentes econômicos que possam caracterizar atos de concentração (fusões, incorporações, aquisições de controle acionário) ou comportamentos anti-competitivos de uma forma geral.

Daí ter a mesma Lei n. 4.595/64 contemplado, entre as competências privativas do BCB (art. 10, VIII e IX, “c”), a de conceder autorização às instituições financeiras para que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas (atos típicos de concentração), e a de exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades cabíveis, preocupando-se o legislador (art. 18, § 2.º) em deixar expresso que nessa atividade de fiscalização do BCB “regulará as condições de concorrência entre as instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena, nos termos desta lei”.

A exemplo do direito norte-americano, aparentemente e à primeira vista, estaríamos diante de uma lei especial, que incorpora e adapta conceitos antritruste, ao reconhecer a peculiaridade da política de concorrência para as instituições financeiras (política de Estado), cujas condições devem ser balanceadas com outros objetivos de interesse público. Seguiria daí, portanto, que as práticas comerciais, o funcionamento e a estrutura do mercado deveriam ficar sob a competência de agência especial, seja sob o aspecto regulatório (CMN), seja sob o aspecto fiscalizador (BCB), dado que o setor financeiro exigiria conhecimento técnico diferenciado, pois reveste-se de interesse público relevante na consolidação da poupança interna, estabilidade da economia, fomento do investimento, liquidez e solvência dos bancos (política de Estado).

Há, porém, uma série de situações que, embora inseridas na ordem de preocupações dos órgãos de controle financeiro, têm uma dimensão não financeira reconhecida, como é o caso dos cartões de crédito. Nesses casos, o interesse público da concorrência aponta para *conflitos de interesse* que exigem outro tipo de consideração, conforme as regras gerais que presidem a competitividade nos respectivos mercados. Donde a competência dos órgãos de defesa da concorrência. Donde as dificuldades de sua discriminação.

No âmago dessa discussão está, afinal, o sentido e a extensão atribuídos ao Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

A questão refere-se ao art. 174 da CF, consoante o qual o Estado é “agente normativo e regulador da atividade econômica” e exercerá, “na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Com efeito, a CF, no art. 174, vê no Estado um “agente normativo e regulador da atividade econômica”. Trata-se, neste âmbito, do exercício das funções de “fiscalização, incentivo e planejamento”, esta última apenas indicativa para o setor privado. A noção de agente normativo e regulador é que dá supedâneo tanto à competência para baixar normas quanto para intervenções reguladoras no sentido de evitar distorções no comportamento do mercado por meio de imposições de ordem técnica (sobre a controvérsia a respeito da noção de regulação ver Vital Moreira, *Auto-regulação profissional e administração pública*, Coimbra, 1997, p. 34 e s.).

Essa competência normativa e reguladora vem informada pelo dever de racionalidade, que, imposto ao Legislador (na forma da lei), combina a atividade (do agente) normativa com a reguladora. Pela primeira, cabe ao Estado, mediante lei, fixar diretrizes para a economia. Pela segunda, realizar o que os economistas chamam de intervenção conforme, isto é, orientar e influenciar os agentes econômicos por meio de políticas globais que equilibrem níveis de demanda, condições de repartição, eficiência na alocação e distribuição de recursos, sem lhes eliminar a livre determinação.

O problema está, assim, na delimitação do setor financeiro, destacado pela CF como “sistema” sujeito a regras específicas – “regulado por leis complementares” – e a uma específica condição estrutural: “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, *em todas as partes que o compõem*, abrangendo as cooperativas de crédito” (política de Estado), tudo em face da menção ao “mercado”, no art. 173 – par. 4.º, e dos “atos praticados contra a ordem econômica e *financeira*”, no par. 5.º (grifei).

Em suma, discute-se, frente a condições especiais de concorrência, pautadas pelos demais interesses coletivos perseguidos pelo CMN e BCB, se a aplicação das normas de concorrência somente pode ser levada a cabo por estes órgãos, que detêm a expertise necessária e a competência legal para a delimitação das regras de funcionamento do mercado financeiro, ou se competem ao SBDC.

Não se pode dizer que o tema esteja, no âmbito legislativo, pacificamente regulamentado. Nem decidido, em definitivo, no âmbito judicial.

Assim, regras sobre a cooperação técnica entre o Banco Central e o CADE ainda não foram estabelecidas, havendo tão-somente uma portaria prevendo reuniões para a definição de um futuro projeto de cooperação (Portaria Conjunta BCB-CADE n. 1 de 09.02.00; *DOU* 11.02.00, Seção 2) e um projeto de lei ainda em discussão no Congresso.

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR
Professor titular da Faculdade de Direito da USP