

O ESTADO, SUAS EMPRESAS E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

MAURO GRINBERG

I. INTRODUÇÃO:

1. O direito da concorrência empresarial rege, em princípio, as atividades de particulares ou, em se tratando de empresas do Estado, as atividades daquelas que exercem atividade econômica em sentido estrito, ou seja, concorrendo (pelo menos potencialmente) com particulares.

2. Todavia, a interferência do Estado na atividade econômica, seja como agente econômico, seja no exercício de sua atividade reguladora (tipicamente estatal), deve igualmente ser considerada como abrangida pelo direito da concorrência empresarial.

3. Procura-se aqui examinar as formas pelas quais o Poder Público pode - e deve - ser alcançado pelo direito da concorrência empresarial.

II. O PODER PÚBLICO COMO AGENTE ECONÔMICO:

A. BRASIL:

4. Estabelece o artigo 15 da Lei nº 8.884, de 1994: “Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado (...)”; isto significa que as pessoas jurídicas de direito público - ou seja, o Poder Público em suas várias manifestações - estão sujeitas ao direito da concorrência empresarial.

5. A Lei nº 4.137, de 1962 - que vigorou integralmente até 1991 e parcialmente até 1994 -, também abrigava o conceito de sujeição do Poder Público, mas apenas como agente econômico e não como ente regulador (neste último caso exercendo função tipicamente estatal).

6. Com efeito, estabelecia o respectivo artigo 6º: “Considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos”.

7. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE já decidiu, sob a vigência daquela lei, que “qualquer empresa, ainda que estatal, que viole as leis da concorrência ou pratique atos caracterizadores de abuso do poder econômico está sujeita à jurisdição do CADE” (Sindicância nº 75, decidida em 08.10.87, conforme JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI em “Introdução ao direito da Concorrência”, Malheiros Editores, São Paulo, 1996, página 171).

8. O mesmo feito, transformado no processo administrativo nº 89, obteve do CADE, sendo relator o Conselheiro MAURO GRINBERG, a seguinte decisão: “A competência do CADE deriva de lei. Assim, não tendo as sociedades de economia mista qualquer privilégio estatal, só auferindo as prerrogativas administrativas, tributárias e processuais que lhes forem concedidas especificamente em lei, estão sujeitas à competência do CADE, na forma dos artigos 6º e 7º da Lei 4.137, de 1962” (Diário Oficial da União de 14.08.89, em extrato, e JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI, obra citada, página 174).

9. Interessante processo envolveu uma autarquia, sendo que, na averiguação preliminar nº 140, decidida em 05.11.87, sendo Relatora a Conselheira ANA MARIA FERRAZ AUGUSTO, foi proferido o entendimento segundo o qual “a autarquia que exerça atividade definida pela lei de criação como de natureza econômica está sujeita à jurisdição do CADE” (JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI: obra citada, página 168).

10. Entretanto, a autarquia acima citada foi extinta, tendo suas atividades e sua competência sido transferidas para a própria União Federal, o que ocasionou o seguinte voto no

processo administrativo nº 90, sendo Relator o Conselheiro GEORGE MARCONDES COELHO DE SOUZA: “É de ser reconhecida a incompetência superveniente do CADE se a lei extingue entidade que seria responsável por prática anticoncorrencial e transfere para a União Federal direitos, créditos e obrigações de que era titular aquela. O CADE integra a União e, por isso, não pode proferir decisão com efeitos jurídicos sobre a União” (Diário Oficial da União de 12.06.89, em extrato, e JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI, obra citada, página 173).

11. Pelo que acima se vê, tanto na lei em vigor - Lei nº 8.884, de 1994 - quando na Lei nº 4.137, de 1962 - que vigorou integralmente até 1991 e parcialmente até 1994 - o Poder Público não escapa da aplicação do direito de defesa da concorrência enquanto agente econômico.

B. UNIÃO EUROPÉIA:

12. Recordando-se que os artigos 85 e 86 do Tratado de Roma versam sobre a defesa da concorrência, verifica-se que o artigo 90 do mesmo Tratado estabelece:

“1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 7º e 85 a 94, inclusive.

2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza do monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.

3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-membros, quando necessário, as diretivas ou decisões adequadas”.

13. Explica JOÃO MOTA DE CAMPOS o que aparentemente era uma novidade: “Isto significa que o Tratado proíbe a essas empresas, em princípio, qualquer participação em acordos ou práticas concertadas susceptíveis de falsear a concorrência no seio do mercado comum, bem como qualquer prática que possa ser qualificada como abuso de posição dominante” (“Direito Comunitário”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, página 472).

14. O mesmo autor prossegue esclarecendo que “utilizamos aqui a expressão ‘empresas públicas’ no sentido mais lato do termo, abrangendo nela também as empresas de economia mista e os estabelecimentos públicos de caráter industrial e comercial e, nomeadamente, os monopólios nacionais (...)” (obra citada, páginas 472/473).

15. Sobre o mesmo artigo, manifestam-se JOCHEN THIESING, HELMUTH SCHROTER e INGFRID F. HOCHBAUM: “L’art. 90 vise (...) à garantir que les Etats membres n’utilisent pas leur propre position à l’égard desdites entreprises pour les inciter à un comportement contraire au traité, ou que ces entreprises n’exploitent pas leur relation particulière avec l’Etat pour violer le traité. La disposition précise que les entreprises publiques, de même que les entreprises privées, son justiciables de la même façon des dispositions du traité, notamment de ses règles de concurrence. Elle revêt, en outre, une importance particulière du fait qu’elle regit de comportement des Etats membres en tant qu’entrepreneurs. Enfin, l’art. 90 vise à garantir que les Etats membres n’utilisent pas lesdites entreprises pour violer des dispositions du traité qui les concernent eux-mêmes, en particulier celles en matière d’aides que les entreprises ne peuvent enfreindre directement” (“Les Ententes et les Positions Dominantes dans le Droit de la C.E.E.”, adaptação do alemão para o francês de RAYMOND DUMEY, edição Jupiter/Navarre, Paris, 1977, página 275).

C. CONCLUSÃO PARCIAL:

16. Assim, quando o Estado atua na economia como um agente econômico sujeito às leis de mercado e

consequentemente sujeito à concorrência dos demais agentes econômicos, não pode alegar sua condição estatal para eximir-se do alcance do direito de defesa da concorrência.

17. O que se tem, em suma, nesta hipótese, é a atuação do Estado - inclusive e sobretudo através de suas empresas estatais - como empresário e consequentemente concorrente.

III. O PODER PÚBLICO COMO ENTE ADMINISTRATIVO:

A. INTRODUÇÃO:

18. Trata-se aqui de enquadrar o Poder Público, não mais como empresário e agente econômico, mas sim no exercício de sua função objetiva, dentro do conceito de Administração Pública em sentido estrito, atendendo às necessidades públicas e exercendo a sua função administrativa.

19. Para melhor compreensão do objetivo aqui traçado, explica MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO que “são as seguintes as características da administração pública, em sentido objetivo:

1. é uma atividade concreta, no sentido de que põe em execução a vontade do Estado contida na lei;

2. a sua finalidade é a satisfação direta e imediata dos fins do Estado;

3. o seu regime jurídico é de direito público” (“Direito Administrativo”, Editora Atlas, São Paulo, 1990, página 53).

20. É legítimo, neste ponto, o questionamento a respeito do cabimento da colocação do problema, uma vez que o Poder Público, no exercício de tais funções, não participa da concorrência como agente econômico.

21. Vale lembrar, entretanto, que o Poder Público, mesmo na sua atividade administrativa em princípio estranha à atividade econômica, pode, como tal, exercer influência e alterar a estrutura do mercado, o que lhe é vedado.

22. Exemplo vivo é a hipótese do ponto de contato entre o direito das licitações e o direito da concorrência empresarial, que aqui deve ser examinado; o intuito não é o de fazer doutrina ou criar polêmica mas tão somente o de lançar a idéia ao debate, deixando que a importância do tema venha a atrair melhores participantes.

23. Assim, o Tribunal de Contas da União - TCU tem emitido julgamentos a respeito de procedimentos para aquisições de bens e serviços, por parte de entes públicos sujeitos à sua jurisdição, sem licitação ou com a sua dispensa.

24. Exemplos são o acórdão proferido no processo nº 674,030/92-3 (“contratação irregular de firma para promoção de congresso sem licitação”) (Diário Oficial da União de 05.03.96, páginas 3.668/3.669) e o acórdão proferido no processo nº 525.072/95-0 (“dispensa de licitação ilegal”) (Diário Oficial da União de 18.03.96, páginas 4.535 a 4.537).

25. Não se tem por objetivo aqui comentar as decisões do TCU, de resto costumeiramente diligente na verificação do bom cumprimento dos procedimentos licitatórios.

26. O que se quer aqui é salientar que a existência de uma infração contra a lei das licitações - sobretudo pela ausência ou dispensa de licitação - pode eventualmente implicar igualmente na existência de uma infração concomitante contra a ordem econômica.

B. CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO:

27. Estabelece o artigo 20, inciso I, da Lei nº 8.884, de 1994, que “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”: “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”.

28. O que se quer demonstrar é que a escolha de um único ofertante, sem a realização de processo licitatório e na dependência de determinadas circunstâncias, pode implicar na verificação de ato punível em decorrência da aplicação do disposto no artigo 20, inciso I, da Lei nº 8.884, de 1994.

29. É evidente que o exame das circunstâncias é fundamental para a caracterização da infração; todavia, é importante observar que se pode estar diante de caso típico de eliminação da concorrência por meio da escolha arbitrária de um único ofertante.

30. A hipótese fica mais clara ainda nos casos em que o único possível adquirente de um determinado bem, em quantidades que justifiquem a existência dos ofertantes, é o Poder Público; os exemplos são vários, como nos casos de medidores de água ou energia, grandes transformadores, asfalto e outros.

31. Nestes casos, o Poder Público é o grande comprador, sendo certo que a sua eventual escolha por um dos ofertantes, sem a realização da licitação exigida ou com a sua dispensa irregular, implica na eliminação da concorrência no setor em tela.

32. Entretanto, verificada em tese a possível existência de uma infração contra a ordem econômica, punível pelo Poder Público, como fazer para colocar o próprio Poder Público sob a égide da lei ferida?

33. De certa forma, o artigo 15 da Lei nº 8.884, de 1994, dá a resposta abstrata: “Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou 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”.

34. É evidente que a redação do artigo 15 demonstra que a lei tem por objetivo atingir também o Poder Público, uma vez que, além de mencionar expressamente as pessoas jurídicas de direito público, trata dos casos de monopólio legal.

35. Tais casos de monopólio legal são previstos no artigo 177 da Constituição Federal; ora, como são outorgados

à União Federal e como o artigo 15 da Lei nº 8.885, de 1994, estabelece a sua sujeição à referida lei, obviamente o Poder Público também pode estar sob a mira do direito da concorrência empresarial, inclusive e sobretudo por ajudar a causar a eliminação da concorrência.

36. Isto pode ocorrer, por exemplo, se, em uma determinada aquisição, o Poder Público escolher arbitrariamente um fornecedor, sem a realização da licitação ou com a sua dispensa; estará, neste caso, alterando a estrutura do mercado, ao eliminar, de forma ilegal (e abusiva), mesmo não sendo agente econômico, a concorrência do setor econômico envolvido.

C. SANÇÃO:

37. Tem-se aqui, porém, uma portentosa dificuldade, que se revela na aplicação das penalidades previstas na lei, até porque a aplicação da lei presume a sanção.

38. Com efeito, o artigo 23 e o respectivo inciso I da Lei nº 8.884, de 1994, estabelecem que “a prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas”: “no caso de empresa, multa de 1 a 30 por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável”.

39. Resta evidente que o Poder Público não tem faturamento sobre o qual possa ser calculada determinada multa, o que torna impraticável, desde logo, a sua cobrança.

40. A hipótese de punição prevista no inciso II do artigo 23 - multa aplicada contra o “administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa” - igualmente não se revela de utilidade pois a multa aplicada contra o administrador é calculada através de uma porcentagem sobre aquela devida pela empresa; a impraticabilidade de uma gera a impraticabilidade consequente da outra.

41. Observa FÁBIO ULHOA COELHO que “da Administração Pública, somente se encontram sujeitas às penalidades da legislação antitruste as pessoas jurídicas de direito privado, como as sociedades de economia mista, as

empresas públicas e as fundações, federais, estaduais ou municipais” (“Direito Antitruste Brasileiro”, Editora Saraiva, São Paulo, 1995, página 41).

42. Existe, assim, uma aparente incompatibilidade entre a sujeição do Poder Público aos ditames da lei e a impossibilidade de aplicação da sanção contra esse mesmo Poder Público; como resolvê-la, permitindo que os órgãos de aplicação do direito da concorrência empresarial - a Secretaria de Direito Econômico - SDE, do Ministério da Justiça, e o CADE - possam cumprir a sua obrigação de defender a concorrência contra os atos, mesmo partindo do Poder Público, que visam a sua eliminação?

43. É o mesmo FÁBIO ULHOA COELHO que procura dar resposta à contradição: “Assim, a referência às pessoas jurídicas de direito público não deve ser necessariamente entendida como a definição de um gênero de agente ativo de infração contra a ordem econômica, mas sim considerada no amplo universo das pessoas em relação às quais a lei se aplica, não necessariamente para submetê-las às sanções” (obra e página citadas).

44. Prossegue o mesmo autor: “Esse é o único entendimento possível, em face da isonomia constitucional dos entes públicos. O CADE, como autarquia federal, e a SDE, órgão do Ministério da Justiça, não têm poder hierárquico e sancionador sobre a União e seus desdobramentos de natureza pública (órgãos da Administração direta e autarquias); não têm igualmente ascendência hierárquica sobre os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios” (obra e página citadas).

45. Pode-se discutir a questão da isonomia constitucional, ou isonomia recíproca entre as pessoas jurídicas de Direito Público, uma vez que, de acordo com o artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal, “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios” “instituir impostos sobre” “patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros”.

46. Ora, a multa decorrente de infração contra a ordem econômica não é imposto e nem é aplicável sobre patrimônio, renda ou serviços de quem quer que seja.

47. De qualquer forma, subsiste intransponível a dificuldade de ser aplicada a multa, porque esta deve ser calculada sobre o faturamento e as pessoas jurídicas de Direito Público obviamente não têm faturamento.

48. Persiste, se for o caso, a infração praticada na outra ponta, isto é, pelo contratante beneficiado pela aquisição irregular de bens ou serviços; entretanto, deve o Poder Público ficar livre de qualquer sanção se e quando violar a sua própria lei?

49. Observa JORGE DE JESUS FERREIRA ALVES, comentando a responsabilidade do Estado no direito comunitário europeu, perante o Tratado de Roma: “(...) são possíveis duas situações: uma em que, apoiando-se nas legislações nacionais, as empresas privadas aproveitam para criar ou aumentar as restrições à concorrência. A outra situação é aquela em que as empresas privadas são constrangidas ou obrigadas pelo Estado a adotar determinado comportamento” (“Direito da Concorrência nas Comunidades Européias”, Coimbra Editora, 1992, página 83).

50. Inicia a resposta o mesmo autor: “Nem o art. 85 (nem o art. 86) nos elucidam sobre tais situações. No Acórdão da Indústria Européia do Açúcar, Suiker Unie, de 16/12/75, Processo nº 40/73 e outros, Colect. 1975, p. 1663, o TJCE admite que não é repreensível uma coligação entre empresas, desde que seja a consequência de uma medida adoptada pelo Estado, seja ela de natureza legislativa, administrativa ou regulamentar. Nessa medida, o comportamento restritivo da concorrência não poderá ser imputado às empresas, mas ao Estado” (obra e página citadas).

51. Apesar de reconhecer que o Tratado de Roma não prevê a punição expressa dos Estados-membros por infração concorrencial, observa JORGE DE JESUS FERREIRA ALVES que “o Tratado impõe aos Estados que não adoptem nem mantenham em vigor medidas susceptíveis de eliminar o efeito útil daquelas disposições. Tal obrigação dos Estados resulta da interpretação do art. 3º, alínea ‘f’, art. 5º e arts. 85 e 86 do Tratado” (obra citada, página 84).

52. Trazendo a matéria para o direito brasileiro, parece que estamos trilhando o caminho óbvio: o Poder Público tem a obrigação de cumprir o direito, no caso o direito da concorrência empresarial, evitando o patrocínio de ações que possam levar à eliminação da concorrência.

53. Por óbvia que seja, essa obrigação, sob outro ângulo, encontra-se no artigo 36 da Lei nº 8.884, de 1994: “As

autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedades de economia mista são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo CADE ou SDE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência”.

54. De qualquer sorte, o Poder Público não pode estar imune à aplicação da lei; com efeito, a execução das decisões do CADE não deve ser apenas a que se refira à cobrança de multa, já que existe também a execução específica.

55. Assim, dispõe o art. 46 da Lei nº 8.884, de 1994:

“A decisão do CADE, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterà:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso anterior;

III - multa estipulada;

IV - multa diária em caso de continuidade da infração”.

56. Como se pode verificar, a condenação pela prática de infração contra a ordem econômica inclui quatro itens, dos quais dois apenas são relativos a multas, sendo os dois outros relativos a providências que devem ser tomadas pelos infratores; no que diz respeito às multas, o Poder Público está obviamente livre, mas, no que diz respeito às providências que devem ser tomadas, o Poder Público está a elas obrigado.

57. Mais ainda, o Poder Público está obrigado a cumprir as providências determinadas pelo CADE, sob pena de execução, que pode evidentemente ser a execução específica.

58. Aplica-se aqui o disposto no artigo 48 da Lei nº 8.884, de 1994: “Descumprida a decisão, no todo ou em parte, será o fato comunicado ao Presidente do CADE, que determinará ao Procurador Geral que providencie sua execução judicial”.

D. CONCLUSÃO PARCIAL:

59. O que se pode concluir aqui é que, verificando-se hipótese de inexistência de licitação ou de sua dispensa irregular, quando é necessária a licitação, pode ocorrer, além da violação da legislação específica das licitações, a violação da legislação da concorrência empresarial.

60. Essa violação pode ter como agentes não apenas o concorrente beneficiado como também o Poder Público favorecedor da eliminação da concorrência através da contratação sem licitação ou de sua dispensa irregular.

61. Enquanto o concorrente beneficiado pode ser punido não apenas pela aplicação de multa como também pela determinação de cessação da prática, o Poder Público pode ser punido apenas pela determinação de cessação da prática, sob pena de execução judicial específica.

62. É evidente que a hipótese das licitações é apenas uma - e provavelmente a mais evidente - daquelas em que o Poder Público, enquanto Administração, pode interferir nas estruturas dos mercados, favorecendo uns concorrentes em detrimento de outros e assim eliminando a concorrência e favorecendo a dominação dos mercados, fazendo incidir, portanto, o direito da concorrência empresarial.

63. Existem outras hipóteses, entretanto, como, por exemplo, a concessão de licença de localização a uma empresa e a negação da mesma licença a outra, a fiscalização e autuação apenas de determinados estabelecimentos por eventuais infrações sanitárias, a menção de determinadas marcas ou determinados estabelecimentos por autoridades, etc.

IV. CONCLUSÃO:

64. Diante do que vai acima colocado, é de se concluir que o Poder Público e seus agentes - inclusive as chamadas empresas estatais - estão abrangidos pelo direito da concorrência empresarial, tanto na qualidade de agentes econômicos (quando o são), quanto na qualidade de agentes da Administração, exercendo função tipicamente estatal, desde que pratiquem atos que levem ou possam levar à eliminação da concorrência ou à dominação dos mercados.

MAURO GRINBERG, nascido em São Paulo em 27 de janeiro de 1945, graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, ex-assessor jurídico do Ministério da Fazenda nas negociações de contratos de empréstimo internacionais envolvendo a República Federativa do Brasil, membro fundador e diretor do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e Consumo - IBRAC, membro do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP.

Área de Concentração: Direito da Concorrência, Direito “Antidumping”, Direito Administrativo.