

## A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

### DEFENSE OF FREE COMPETITION IN DEMOCRATIC STATES: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN LEGISLATION

*Jocema Bittencourt da Cruz\**

**Resumo:** O objetivo do presente trabalho é analisar o direito da concorrência sob a óptica do ordenamento brasileiro, tanto no nível constitucional quanto no infraconstitucional, verificando o direito à livre concorrência no Estado democrático de direito. A passagem do Estado interventor para o Estado regulador. A Lei Antitruste e a legitimidade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) pela proteção administrativa da livre concorrência. O papel das agências reguladoras na fiscalização da ordem econômica. O panorama atual de proteção da livre concorrência por meio dos mecanismos de regulação e repressão de que se utiliza o Estado brasileiro para assegurar um relacionamento harmônico e equitativo entre os diversos participantes do mercado e consagrar, em especial, a aplicabilidade do princípio constitucional da livre concorrência.

**Palavras-chave:** Defesa da concorrência. Lei antitruste. Cade. Agências reguladoras.

**Abstract:** The aim of this article is to analyze the right of competition from the perspective of the Brazilian legal system at both constitutional and infra-constitutional level, verifying the right to free competition of the democratic State. The article also discusses the move from an intervening State to a regulatory State, the antitrust law and the legitimacy of the Administrative Council of Economic Defense (CADE) by the administrative protection of free competition and the role of the regulatory agencies in monitoring economic right. In addition the article presents the current scenario of free protection competition by regulating and repression mechanisms that use the Brazilian State to ensure a harmonious and equitable relationship among the various participants of the market and pay particular attention mainly to the applicability of the constitutional principle of free competition.

**Keywords:** Defense of competition. Antitrust law. Council of economic defense (*Cade*). Regulatory agencies.

---

\* Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).  
E-mail: <jocemab@hotmail.com>

## 1 Introdução

A Constituição Federal, ao adotar o capitalismo como sistema econômico, previu capítulo específico para tratar da ordem econômica, elegendo, dentre seus princípios, a livre concorrência, ordenando ao legislador ordinário que editasse normas capazes de lhe dar eficácia e atribuindo aos órgãos executivos o dever de reprimir toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, tais como dominação dos mercados, eliminação da concorrência, aumento arbitrário dos lucros e exercício abusivo de posição dominante.

Infraconstitucionalmente, a fim de concretizar os dispositivos constitucionais, temos a Lei 8.884/1994, a Lei Antitruste, que regulamenta a proteção administrativa da livre concorrência e o controle dos atos de concentração por meio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), responsável pela prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, que, via de consequência, são lesivas aos consumidores.

Embora o texto constitucional abrigue o princípio da livre concorrência, em que qualquer um tem a liberdade de atuar no mercado independentemente da autorização de órgãos públicos, na Constituição também há previsão de exceções à incidência de mencionado princípio, justificadas pela necessidade de se atender ao interesse social e a segurança coletiva, pois a livre concorrência muitas vezes resulta em atuação desregulada de oligopólios, com a oferta de bens e serviços exercida por um seletivo grupo de empresas cuja atuação desequilibra a oferta e a procura.

A existência de um órgão de defesa da concorrência no Brasil (o CADE) representa a passagem do Estado interventor para o Estado regulador: “Compete ao Estado a adoção de medidas capazes de evitar e corrigir esse desequilíbrio: a adoção do liberalismo econômico não descarta a sua atuação na defesa do mercado e do consumidor, que o procura.” (GABRIEL, 1999, p. 132) É obrigação permanente do Estado regular a relação entre produtores e consumidores. A concentração pode estimular melhores níveis de produtividade e qualidade dos produtos, mas pode também, em sentido oposto, levar à ineficiência, pela ausência ou minimização da concorrência.

Eis o objetivo do presente trabalho: apresentar o panorama atual de proteção da livre concorrência por meio dos mecanismos de regulação e repressão de que se utiliza (ou deveria se utilizar) o Estado para assegurar um relacionamento harmônico e equitativo entre os diversos participantes do mercado e consagrar, em especial, a aplicabilidade do princípio da livre concorrência.

## 2 Os princípios relativos à ordem econômica

Ao tratar da ordem econômica, a Constituição da República inicia o *caput* do artigo 170 afirmando que ela se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidades assegurar a todos os brasileiros uma existência digna, de conformidade com os ditames da justiça social e, dentre outros princípios relativos ao mercado, estabelece os seguintes: propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; busca do pleno emprego; e defesa do consumidor.

## 2.1 O trabalho humano e a livre iniciativa

A Constituição, ao afirmar que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, refere-se à denominada *economia de mercado*, que é um dos alicerces do capitalismo, mas ao mesmo tempo trata de maneira prioritária o trabalho humano em relação aos outros fatores relativos ao mercado. Dessa forma, ao mesmo tempo em que protege a livre iniciativa, a Constituição também proclama os valores sociais do trabalho, pelo que se depreende que a livre iniciativa dele é dependente e não o contrário.

De acordo com Washington Peluso Albino de Souza (1989, p. 71), a livre iniciativa e o trabalho não representam para a nossa Constituição apenas valores sociais, mas também fundamentos da ordem econômica, consistindo na sua própria causa, efetivada mediante princípios que não podem ser relegados, pois registram a ideologia que deve predominar por ocasião de sua concreção.

A livre iniciativa traduz o ideal de liberdade econômica e seu reconhecimento pela ordem jurídica importa assegurar aos indivíduos a livre escolha da atividade que queiram desenvolver para seu sustento, e limitar a atuação do Estado no campo das opções econômicas dos agentes. Os indivíduos têm o direito não só de escolher suas profissões como também o de criar e gerir suas empresas. O direito ao trabalho compreende o direito de toda e qualquer pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante o trabalho que livremente escolheu ou aceitou, e ao Estado cabe tomar as medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

Assim, ressalvadas as razões de ordem pública que reservam ao Estado a iniciativa econômica e o controle do exercício de certas atividades, há de ser assegurado a todo indivíduo o direito de livremente iniciar a atividade econômica que lhe aprouver. Naqueles limites, os únicos requisitos necessários ao exercício de uma atividade econômica são o talento e o capital, não podendo o Estado vedar o acesso dos indivíduos aos meios de produção e instrumentos de trabalho. Essa é a ideia de *democracia econômica*, que prega a difusão de conhecimento econômico a todos os componentes da sociedade, para que todos possam formular suas escolhas. Isso, porém, não significa uma imunidade total a qualquer regulação, pois a função social da propriedade e a justiça social, valores consagrados pela Constituição, impedem o exercício irrestrito de qualquer liberdade de conteúdo econômico.

A livre iniciativa não pode, assim, ser interpretada como ampla outorga de liberdade para exercer atividade econômica. As restrições, em geral, não são apenas de ordem material, caso em que o Estado se reserva a exploração de setores produtivos específicos: referem-se, ainda, aos meios de que se valem os agentes na exploração econômica. Irrestritos já não são a autonomia da vontade e a propriedade dos meios de produção, os elementos de suporte fático-jurídico à livre iniciativa, pois a liberdade de contratar se sujeita aos princípios de ordem pública, que não podem ser renunciados pelos contratantes, e a intangibilidade da propriedade privada depende de sua função social. Essas limitações constituem, na verdade, mecanismos de proteção da própria liberdade de iniciativa à medida que asseguram a liberdade de iniciativa de todos.

## 2.2 A livre concorrência

A concorrência, enquanto atributo, envolve tanto elementos quantitativos relativos ao número de agentes econômicos, quanto qualitativos, que se referem ao comportamento dos agentes econômicos, ao tipo de concorrência existente, como qualidade, inovação, publicidade, entre outros. A concorrência não é algo abstrato e desvinculado da realidade. Ao contrário, é um instituto dotado de dinamismo, caracterizado por sua maleabilidade quanto à adaptabilidade às mudanças trazidas tanto pelos agentes econômicos quanto pelos mecanismos mercadológicos – a empresa está sempre em busca de novas formas e novos modos de se adequar ao mercado.

A liberdade de concorrência se expressa de três formas:

- a liberdade de iniciativa empresarial, que se confunde com o livre acesso das empresas ao mercado;
- a liberdade de a empresa manter-se no mercado e nele agir de modo que garanta o lucro; e
- a liberdade de escolha dos consumidores (SENHORAS, 2003, p. 84).

A concorrência não é vista pela teoria econômica apenas sob o seu aspecto estático, vale dizer, no conjunto das condições estruturais do mercado concorrencial, como também em sua manifestação dinâmica, que promove a criatividade e a inovação tecnológica. Além de valores econômicos, comporta, ainda, valores ético-sociais, que constituem a razão de sua juridicização (MALARD, 2008).

Pode-se afirmar que a juridicização da livre concorrência decorre, dentre outros, de

um motivo econômico, que se refere à promoção da eficiência econômica e do bem-estar social a partir de uma adequada alocação de recursos, evitando-se distorções na distribuição do produto nacional à medida que se garante o livre funcionamento dos mercados, sem necessidade de intervenção direta do Estado na economia. Argumenta-se que as economias que se sustentam em mercados concorrentes obtêm uma utilização mais eficiente dos recursos produtivos, produzindo bens e serviços a custos mais reduzidos, com inegável elevação do nível de bem-estar social (CABANELLAS, 1983, p. 37).

Carlos E. J. Ragazzo (2005, p. 16-17) explica que em um modelo de mercado em livre concorrência, no qual existe maior variedade de produtos por menores preços e m incentivos para que as empresas aumentem a produtividade e introduzam novas tecnologias de produção, ocorre o aumento do bem-estar dos consumidores ao mesmo tempo em que se contribui para o desenvolvimento econômico. Nesse modelo econômico, existirão vencedores e vencidos, pois a concorrência pressupõe um ataque por meios lícitos de um competidor a outro, seja introduzindo estratégias de mercado mais eficientes ou mesmo pelo binômio “melhores produtos por menores preços”.

Para o autor, o objetivo da livre concorrência é a preservação do processo de competição e não os seus competidores, e o processo de competição, em um modelo concorrencial, é o que possibilita a repartição ótima dos bens dentro da sociedade, contribuindo para a justiça social. Isso não significa, entretanto, que a concorrência não deva ser sopesada com outros interesses, como por exemplo a defesa do meio ambiente, a manutenção dos empregos, o desenvolvi-

mento sustentável: embora por vezes excluídos entre si, todos esses interesses devem ser ponderados a fim de que o bem-estar social seja atingido.

A Lei 8.884/1994, já em seu artigo 1º, preceitua que o titular dos bens jurídicos que visa a proteger é a coletividade, retratada como todo o universo de consumidores. Quando se limita artificialmente a concorrência em um dado mercado, ocorre prejuízo à sociedade como um todo. A livre concorrência é condição necessária para o desenvolvimento econômico sustentável. É por meio dela que ao consumidor é oferecida maior variedade de produtos por preços mais baixos que em um regime de monopólio. Por sua vez, as empresas se veem incentivadas a aumentar a produtividade, introduzir novos e melhores produtos, e fixar preços em patamares competitivos, inferiores aos que se fixariam caso não possuíssem concorrentes efetivos.

### 3 Atitudes atentatórias à livre concorrência

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. (MARSHAL, 2007, p. 11)

A palavra *truste*, oriunda do inglês *trust*, significa “confiança”, sendo utilizada para designar um acordo pelo qual determinadas empresas, atuando sob orientação única, reúnem-se com a finalidade de estabelecer linhas de atuação e efetivamente atuar com o objetivo de eliminar a livre concorrência e dominar o mercado.

Os trustes representam, em suma, um oligopólio, com as empresas se agrupando sob orientação única, podendo ser verticais quando formado por empresas não necessariamente do mesmo ramo, e horizontais, quando todas as empresas atuam na mesma atividade.

A chamada *cartelização* é caracterizada por acordos bilaterais ou multilaterais temporários, pelos quais os agentes econômicos de determinado ramo de atividade quer em nível nacional, quer em nível internacional adotam preços iguais ou muito semelhantes, fixam condições creditícias ou de pagamento uniforme ou muito parecidas ou, ainda, promovem a divisão de mercado com a finalidade de eliminar a concorrência e estabelecer monopólio, dessa forma prejudicando não só os competidores mas também os consumidores, que perdem a liberdade de escolha e se sujeitam às imposições dos dominadores do mercado. As empresas mantêm sua individualidade, mas estabelecem entre si cotas do mercado, determinando preços com o propósito de suprimir a concorrência.

Dentre as condutas anticompetitivas, o cartel é a mais grave lesão à concorrência. Segundo Tarso Genro, ex-ministro de Estado da Justiça, e Mariana Tavares de Araújo, secretária de Direito Econômico (2010, p. 52-53),

Cartel é um acordo entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou cotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação. Cartéis prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis.

O poder de um cartel de limitar artificialmente a concorrência traz prejuízos também à inovação, por impedir que outros concorrentes aprimorem seus processos produtivos e lancem melhores produtos no mercado. Isso resulta em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda da competitividade da economia como um todo.

Pela lei antitruste, são reprimidos os acordos que visem à **dominação de mercado**, a limitação da concorrência, o aumento abusivo de preços e o exercício abusivo do poder dominante. Esses acordos podem ser horizontais, quando celebrados por agentes econômicos que se encontram em relação direta de concorrência por pertencerem a um mesmo ramo e se situarem em uma mesma região geográfica, e verticais, quando se fazem com a participação de agentes econômicos de ramos diferentes e mercados diversos.

Enquanto os acordos horizontais prejudicam e eliminam a livre concorrência de agentes que se encontravam em regime de competição direta por pertencerem ao mesmo mercado, os acordos verticais são muito mais danosos, pois podem atingir toda uma linha de produção e comercialização, desde a matéria-prima até a comercialização final.

Evidenciando a nocividade dos cartéis, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer afirma que, segundo relatório do Banco Mundial e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento, “a operação dos

cartéis tem provocado uma elevação de 10% nos preços e uma redução de 20% nas quantidades ofertadas e, em alguns casos, a elevação dos preços atingiu até 50%” (BANCO MUNDIAL; OCDE *apud* PFEIFFER, 2004, p. 15), causando perdas anuais de centenas de bilhões de reais aos consumidores.

#### 4 A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Em termos gerais, a defesa da concorrência tem como objetivo primordial restringir práticas que possam bloquear o processo concorrencial, importante mecanismo para o alcance da inovação técnica e da eficiência produtiva e alocativa. A eficiência deveria ser o principal aspecto a ser estimulado por uma política de concorrência (NASCIMENTO, 1996).

Como já se discorreu, no Estado brasileiro a ordem econômica está alicerçada em dois pilares, representados pelo trabalho humano e a livre iniciativa, e, dentre os princípios econômicos erigidos pelo artigo 170 da Constituição Federal de 1988, encontra-se o da livre concorrência.

Porém, embora a livre iniciativa ocupe hoje esse *status* em nível constitucional, as diretrizes econômicas do combate ao abuso do poder econômico continuam sendo as mesmas que nortearam todas as legislações protetivas da livre concorrência surgidas a partir do século XX, com o objetivo de proteger a sociedade dos desvios efetivos ou potenciais representados pela concentração do capital pelos monopólios e oligopólios.

Conforme leciona Ragazzo (2005, p. 17-18), como nem todas as formas de competição são lícitas e benéficas à concorrência, torna-se necessário que o Estado atue de modo a preservar o ambiente concorrencial

saudável, coibindo e impedindo a prática de condutas anticompetitivas por parte dos agentes econômicos, limitando a livre iniciativa desses agentes com fundamento no princípio da livre concorrência, fornecedor da base jurídica para impedir que as prerrogativas de liberdade de iniciativa sejam desvirtuadas.

Nos casos em que a concorrência se revela maléfica à sociedade, surge ao Estado o dever de regular o mercado, a fim de equilibrar as condições de disputa e devolver ao cidadão consumidor a garantia de acesso a um 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. (SANTACRUZ, 2002, p. 155)

Alexandre Ditzel Faraco (2003, p. 208-09) aponta a relação entre a livre iniciativa e o poder econômico afirmando que o reconhecimento daquela implica dar legitimidade jurídica a este, pois a Constituição Federal, conforme a interpretação do artigo 173, §4º, só condena o abuso de poder econômico e afirma que a atividade criadora do agente econômico garantido pelo princípio constitucional requer, ainda que minimamente, um poder de agir no mundo econômico, determinando-o, o que depende da possibilidade de controle e de disposição de determinadas utilidades escassas, especialmente daquelas que caracterizam meios de produção.

Para o autor, entretanto, o reconhecimento desse poder econômico não é feito

apenas em benefício de interesses privados, mas vincula-se a uma função social, cuja ausência o torna abusivo. Então, ao reconhecer a legitimidade desse poder, a Constituição Federal teve em vista que respectiva ação individual pode trazer benefícios ao sistema econômico e à sociedade em geral e, portanto, a legitimidade do poder econômico que a livre iniciativa consagra depende de sua adequação à sua função social, o qual exige que a livre iniciativa se conforme com os demais princípios insculpidos no artigo 170.

Aponta a concorrência como um elemento limitador da ampla liberdade de iniciativa, colocando barreiras ao exercício do poder econômico e, com a sua limitação, garantindo a liberdade dos demais agentes econômicos.

Assim, o exercício do poder econômico, quando direcionado a submeter todos os agentes econômicos, produtores e consumidores à livre iniciativa de alguns, anulando a todos os demais, assume caráter abusivo e, portanto, o que o princípio constitucional visa a preservar é alguma margem de escolha aos agentes que atuam em dado mercado, colocando-se contra a determinação de todos os comportamentos econômicos a partir de um único núcleo de poder.

## 5 As normas constitucionais

A Constituição Federal de 1988 erigiu a livre concorrência à categoria de princípio constitucional relativo à ordem econômica, ditando regras de repressão ao abuso do poder econômico, ao aumento desmotivado e arbitrário de lucros e às práticas que visem a eliminar competidores no mercado. Assim, o Estado intervém sempre que a concentração do capital é conseguida por meio de práticas

por ela vedadas ou pela legislação infraconstitucional, em prejuízo da livre concorrência.

A Constituição condena as práticas abusivas, traduzindo-se em um fator de intervenção do Estado na economia, em favor do livre mercado. Entretanto, as regras constitucionais indicam que a concorrência deve ser um instrumento para o alcance de outro bem maior, assegurando a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Dessa forma, a defesa da concorrência entre nós se constitui na implementação de políticas públicas de natureza econômica, por meio de instrumentos à disposição do Estado para influir na regulação da economia.

No parágrafo único do artigo 170, o constituinte insere um facilitador do exercício de atividade econômica ao proibir, salvo em casos previstos em lei, a autorização do poder público para esse exercício, assegurando, de maneira ampla, a liberdade da inserção de qualquer cidadão na atividade econômica.

O artigo 173, em defesa da livre concorrência, retira o Estado da competição econômica ao proibir-lhe a exploração direta de atividade econômica, salvo quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Com o objetivo de proteger a livre concorrência, a Constituição Federal adota princípio relativo à repressão aos abusos do poder econômico, reconhecendo, entretanto, que esse poder não é sempre nocivo, e representa um dos sustentáculos do capitalismo, razão pela qual a Constituição não o condena em si mesmo, mas apenas o seu abuso, assim entendido quando tem em vista a do-

minação dos mercados, o aumento excessivo e desmotivado dos lucros e a eliminação da concorrência.

Como reforços a essa diretriz encontramos as disposições do §1º, inciso II, e do §2º, ambos do mesmo artigo 173, o primeiro sujeitando as empresas públicas e as sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, e o segundo proibindo a concessão de privilégios fiscais a essas mesmas empresas, a não ser quando estes forem estendidos ao setor privado.

Como forma de assegurar esses ditames constitucionais relativos à livre concorrência e a sua defesa, o artigo 174 nomeia o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, devendo este exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Paula A. Forgioni (1998, p. 22) é de opinião que a Lei Antitruste, apesar de gestada com fins populistas, vem se consolidando de modo a desempenhar em cada sistema, em cada ordenamento, uma função própria, cambiável, inclusive, em virtude do momento histórico.

## 6 A defesa pela lei antitruste

A Lei 8.884/1994, denominada Lei Antitruste, adota a política de combate ao uso abusivo do poder de mercado, tendo em vista práticas anticoncorrenciais, geradoras de desequilíbrios e ineficiências contrárias ao desenvolvimento econômico sustentável. O alcance do poder de mercado por meio de

estratégias empresariais consideradas competitivas é diferente do poder de mercado atingido por atos concentradores de mercado, prejudiciais ao bem-estar econômico e social. Aquele é legítimo, este é verdadeira prática anticoncorrencial. A Lei Antitruste, ao tratar da defesa da livre concorrência, tipifica como infrações à ordem econômica os seguintes comportamentos:

- limitação, falseamento ou, por qualquer forma, prejuízo da livre concorrência ou da livre iniciativa;
- dominação no mercado relevante de bens ou serviços;
- aumento arbitrário dos lucros;
- exercício abusivo de posição dominante.

De acordo com o §1º, a existência de concentração de mercado na forma de monopólio ou oligopólio por si só não caracteriza infração concorrencial. Entretanto, é imperiosa a fiscalização dessas estruturas, pois nelas existe maior probabilidade da dominação ilegal do mercado por meio de condutas anticompetitivas.

No que respeita ao abuso do poder dominante, de acordo com o §2º do artigo 20 da lei, caracteriza posição dominante o fato de uma empresa ou grupo de empresas controlar parcela substancial de mercado relevante como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. Entretanto, de acordo com o §3º, esse abuso é presumido quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Determinadas condutas apresentadas por essas empresas, incompatíveis com as

leis de mercado e com a livre concorrência e a livre iniciativa, são consideradas infrações à ordem econômica nos termos do artigo 21, que as enumera de maneira não exaustiva, tais como

- limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- dificultar a constituição, o funcionamento ou o desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- promover acordos de exclusividade com fornecedores ou distribuidores, para dificultar o acesso por concorrentes a insumos ou canais de distribuição, respectivamente;
- recusar de maneira discriminatória o fornecimento de bens e serviços a concorrentes atuais ou potenciais;
- colocar óbices injustificados ao licenciamento de tecnologias;
- condicionar a venda de produtos à denominada venda casada, ou seja, aquisição conjunta;
- praticar preço predatório, assim considerado o preço aquém do custo, com finalidade de excluir concorrência;
- impedir a entrada no mercado de fornecedores pelo oferecimento de descontos a distribuidores;
- promover o açambarcamento por meio da destruição de matéria-prima sem justa causa.

A Lei Antitruste, de acordo com seus artigos 15 a 19, aplica-se a quaisquer

peças físicas ou jurídicas, associações ou entidades, de direito ou de fato, independentemente de possuírem ou não personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob o regime de monopólio estatal, e pelas infrações cometidas respondem solidariamente seus dirigentes e administradores, bem como respondem solidariamente as empresas integrantes de grupo econômico, quer de direito ou de fato.

Além disso, a lei autoriza a desconsideração da personalidade jurídica da empresa em caso de abuso de direito, excesso de poder, infração à lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, desconsideração que também será efetivada em caso de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica quando provocados por má administração.

A lei também prevê expressamente a independência do processo administrativo e da aplicação da pena nessa esfera, não excluindo a punição de outros ilícitos previstos em lei.

Pelas infrações cometidas, sujeitam-se os agentes econômicos às multas estipuladas pelo artigo 23 da lei, aplicadas pela Secretaria de Direito Econômico em processo em que são assegurados o contraditório e a ampla defesa, e decididas em última instância administrativa pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE):

- 30% sobre o faturamento bruto ou de determinado *quantum* de unidade indexadora em caso de pessoas que não exerçam atividade empresarial, aplicada em dobro em caso de reincidência;
  - 10% aplicados ao administrador em caso de responsabilidade pessoal, também em dobro em caso de reincidência;
- Isolada ou cumulativamente às multas, em atenção à gravidade dos fatos ou a interesse público geral, poderão ainda ser aplicadas as penalidades do artigo 24:
- publicação de extrato da decisão às expensas do infrator;
  - proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos junto à administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;
  - inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
  - recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;
  - recomendação de que não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;
  - cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

De acordo com o artigo 25, pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Plenário do Cade determinando sua cessação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previstos na Lei Antitruste, o responsável fica sujeito a multa diária que pode ser aumentada se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da infração.

### 7 As funções das agências reguladoras

As agências reguladoras são órgãos criados pelo governo para regular e fiscalizar os serviços prestados por empresas privadas que atuam na prestação de serviços que em sua essência seriam públicos. Surgiram, portanto, como entes dotados de personalidade jurídica de direito público, na modalidade de autarquias especiais especializadas nos setores sob sua competência. Embora haja discussões quanto à sua real natureza jurídica – se é órgão do Estado ou órgão da sociedade –, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 147) esclarece que se trata 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”.

Como esses serviços são de relevante valor social e primordialmente cabia ao Estado seu fornecimento, sua fiscalização deve ser feita por meio de algum órgão que se manifeste imparcial em relação aos interesses do Estado, da concessionária e dos consumidores.

Entre os objetivos atribuídos às entidades reguladoras estão os relacionados à

promoção da eficiência, à defesa do mercado e das liberdades econômicas das pessoas vinculadas à prestação de serviços públicos, ao lado da justa e razoável fixação das tarifas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro da empresa concessionária.

Essa nova função estatal, que tende a proteger o funcionamento eficiente de todo o ciclo econômico, com o propósito de melhorar a qualidade de vida das pessoas, vem suprir um papel que antes o Estado não assumia no campo da regulação econômica, em que a tônica da sua atuação no exercício do poder de polícia, algumas vezes, baseava-se em mecanismos que desconsideravam a realidade de mercado e acabavam, muitas vezes, por alterar artificialmente a oferta e a demanda.

Apesar de as agências atuarem dentro de um espectro de grandes dimensões, seus poderes são delimitados por lei. O âmbito de atuação passa por diversas áreas, sendo as mais importantes as de fiscalização, regulamentação, regulação e, por vezes, arbitragem e mediação.

Com isso, busca-se atender ao princípio da segurança jurídica, evitando o aumento dos riscos econômicos que causariam a diminuição dos investimentos nos setores de regulação independente, gerando serviços caros e de má qualidade.

### 8 Conclusão

A política de concorrência foi intensificada nos países desenvolvidos e também naqueles em desenvolvimento no final da década de 1980, como reflexo de uma mudança no papel do Estado, que passou a intervir menos nos mercados. O Estado, antes interventor, passou a regulador. Desde o

início da década de 1990, o Brasil tem protagonizado uma reforma econômica consubstanciada principalmente na liberalização comercial, na desregulamentação e na privatização. E a defesa da concorrência é um produto dessa reforma econômica.

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a livre concorrência e ao alçá-la à categoria de princípio constitucional relativo à ordem econômica, procurou assegurar sua eficácia ditando regras de repressão ao abuso do poder econômico, ao aumento desmotivado e arbitrário dos lucros e às práticas que visem a eliminar competidores no mercado, em uma clara posição reguladora e não interventora. Não se trata de mera proteção à economia de mercado, mas do estabelecimento de uma verdadeira democracia econômica em que liberdade e igualdade estão indissociavelmente ligadas. O poder econômico não é ilícito, mas o seu abuso por parte dos entes empresariais pode gerar desvios no mercado, inclusive pela prática de atos predatórios.

Para atender a essa ordem da Carta Magna, o Estado deve intervir sempre que a concentração do capital é conseguida por meio de práticas vedadas por ela ou pela legislação infraconstitucional, em prejuízo da livre concorrência. Essa intervenção busca evitar que as empresas estabelecidas abusem de suas posições dominantes, impondo restrições à competição nos mercados em que atuam, ou ainda que incrementem seu poder de mercado por meio de alianças ou fusões com empresas concorrentes.

Essa é a função das políticas de defesa da concorrência, que, além de proibirem que as barreiras suprimidas pelo governo sejam reerguidas pelos agentes com elevado nível de poder econômico, propõem-se a criar en-

tre produtores e consumidores uma cultura concorrencial cujas normas de competição passam a ser necessárias para garantir a própria existência do mercado.

A regulação do mercado, em especial nos setores em que a estrutura do livre mercado apresenta elevado grau de concentração – entendida tal concentração como restrição ao espaço de mercado –, é uma condição indispensável para garantir um adequado ambiente concorrencial (VAZ, 1993). Os danos causados pelas grandes concentrações ao mercado, notadamente diante da possibilidade de ocorrer um dano potencial para as demais empresas que atuavam no mesmo mercado, fez aumentar significativamente a presença do Estado na organização da economia, porquanto a concentração deve ser encarada como uma ação que, mesmo quando não inviabiliza a concorrência, altera o nível de competição, em última instância prejudicando o consumidor. A regulação de setores específicos na economia tem o propósito de corrigir eventuais falhas de mercado (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 53).

A Constituição, ao condenar as práticas abusivas, posiciona-se em favor da economia de mercado, indicando, entretanto, que a concorrência deve ser um instrumento para o alcance de outro bem maior: o de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Dessa forma, a defesa da concorrência entre nós constitui-se na implementação de políticas públicas de natureza econômica, por meio de instrumentos à disposição do Estado para influir na regulação da economia. A concorrência não é impune a excessos e por isso mesmo carece de uma atuação do Estado, que tem a missão de estabelecer regras que visem a norteá-la, viabilizando

ao consumidor a condição de ter o que escolher e cotar preços no mercado, consequentemente equilibrando esse mesmo mercado.

Respondem por esse mister os órgãos especialmente criados para esse fim, por meio da aplicação da Lei Antitruste e das chamadas *agências reguladoras*, cujo papel não se restringe à proteção do jogo concorrencial, estendendo-se também à proteção dos usuários dos serviços públicos essenciais.

### Referências

- CABANELLAS, Guillermo. **Derecho antimonopolístico y de la defensa de la competencia**. Buenos Aires: Heliasta, 1983.
- FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e direito concorrencial**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.
- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: RT, 1998.
- GABRIEL, Amélia Regina Mussi. Defesa da concorrência brasileira no âmbito do Mercosul. **Revista de Estudos Jurídicos da Faculdade de História, Direito e Serviço Social/Unesp**, Franca, v. 4, n. 8, jul.-dez. 1999, p. 131-34.
- GENRO, Tarso; ARAÚJO, Mariana Taveres de. Repressão a cartéis: Uma política de Estado com resultados. **Revista Jurídica Consulex**, ano 14, n. 315, fev. 2010, p. 52-53.
- MALARD, Neide Teresinha. **A liberdade de iniciativa e a livre concorrência**: As questões jurídicas do poder econômico. Disponível em: <[http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos\\_upload/Neide%20Teresinha%20Malard.pdf](http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Neide%20Teresinha%20Malard.pdf)>. Acesso em: 08 mar. 2011.
- MARSHAL, Carla. Regulação e concorrência: Espécies do mesmo gênero. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 1, n. 1, jul.-dez. 1997, p. 9-18.
- MATIAS-PEREIRA, José. Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: As deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. **Revista de Administração Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jan.-abr. 1997, p. 51-73.
- NASCIMENTO, Cynthia Araujo. A política de concorrência no Brasil e o novo paradigma regulatório. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5, 1996.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 49, jan.-mar. 2004, p. 11-39.
- RAGAZZO, Carlos E. J. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. **Revista de Direito da Concorrência**, n. 6, abr.-jun. 2005.
- SANTACRUZ, Ruy. As razões econômicas da regulação. In: SARAIVA, Enrique; PECCI, Alketa; BRASILICO, Edson Américo (Orgs.). **Regulação, defesa da concorrência e concessões**. Rio de Janeiro: FGV, 2002.
- SENHORAS, Elói Martins. Defesa da concorrência: políticas e perspectivas. **Caderno de Pesquisas em Administração**, São Paulo, v. 10, n. 1, jan.-mar. 2003, p. 81-106.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência de constituição econômica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 32 (nova fase), 1989.
- VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense. 1993.