

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE TEORIA DA REGULAÇÃO ECONÔMICA E DIREITO ANTITRUSTE

Josiane Cristina Pereira dos SANTOS¹
Marli Lamonica BATISTA²

RESUMO: Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência surgiram em 1980, com a publicação do Sherman act, que tinha o intuito de evitar que o mercado econômico fosse dominado pelos monopólios e também visava proteger o consumidor que era afetado pelos altos preços em decorrência do ambiente econômico da época. Com a regulação do estado social - Welfare State, no Século XX, surgiu então a busca pela concorrência com total liberdade dentro do mercado econômico. A promulgação da Lei 4.137 de 10 de Setembro de 1962 marcou o início da trajetória do Direito Antitruste no Brasil, esta foi revogada pela lei 8.884/94, época em que o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) passou a autarquia federal. Atualmente a nova lei antitruste, lei 12.529/11, passou-se à controlar os atos de concentração a fim de evitar a dominação de mercado.

Palavras chave: Livre iniciativa. Livre concorrência. Antitruste. CADE. Teoria da Regulação

Abstract: The principles of free enterprise and free competition emerged in 1980 with the publication of the Sherman act , which was intended to prevent the economic market was dominated by monopolies and also aimed to protect the consumer who was affected by high prices due to the environment economical of time . With the regulation of the social state - welfare state in the twentieth century , so the hunt for competition with total freedom in the economic market has emerged . The enactment of Law 4137 of September 10, 1962 marked the beginning of the trajectory of Antitrust Law in Brazil , this was repealed by Law 8884 / 94 , by which time the CADE (Administrative Council for Economic Defense) became federal agency . Currently the new antitrust law , Law 12,529 / 11 , moved on to manage the merger in order to avoid market domination .

Keywords: Free enterprise. Free competition. Antitrust. Where is it. Theory of Regulation

DESENVOLVIMENTO

Palavra de origem anglo-saxônica, truste, remete a um conceito econômico, naturalmente capitalista que consiste na tentativa de dominação de mercado por uma concentração de empresas que buscam a eliminação da concorrência para impor seus preços arbitrários ocasionando um grave custo sócio-econômico e o desequilíbrio de mercado.

¹ Acadêmica de Direito das Faculdades Santa Cruz – FARESC – josi.sts@hotmail.com

² Acadêmica de Direito das Faculdades Santa Cruz – FARESC – pramarli@hotmail.com.br

Pensando na sociedade, no bem estar social e no bem estar dos consumidores é que então percebe-se a relevância do antitruste, que nada mais é do que a defesa da concorrência e uma política pública de intervenção do Estado na economia para que os agentes econômicos exerçam sua liberdade sem prejudicar a liberdade dos demais e também, impedindo assim a concorrência desleal.

O direito antitruste surgiu nos EUA em 1890, com o Sherman Act (Lei Sherman) onde teve grande plataforma de expressão por volta de 1900. Esta área do Direito congrega um conjunto de normas jurídicas voltadas a viabilizar a interconexão entre o conhecimento jurídico e o econômico, interdisciplinando o direito positivo e a teoria econômica através do que é possível a elaboração de normas jurídicas e a intervenção do Estado na economia. Isto decorre das relações sociais mais complexas o que faz com que o Direito também aumente o nível de complexidade, por isso, o antitruste incorpora conceitos da teoria econômica desempenhando assim um papel amplo e abrangente.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz uma série de conceitos exógenos através dos quais foi possível normatizar fenômenos da realidade como, por exemplo, a vida, a liberdade, a livre iniciativa e a livre concorrência.

A livre iniciativa é vista como a regra geral do mercado no Estado Brasileiro, em regra, os agentes econômicos são livres para exercerem a sua liberdade econômica e a sua livre iniciativa, isto é o que estabelece a tônica da lei antitruste enraizada na lei 12.529/11 onde a regra geral é a livre iniciativa, excepcionalmente os agentes terão a sua liberdade restrita por conta do princípio geral da livre concorrência que se contrapõe, de certa forma, à livre iniciativa.

A livre iniciativa está prevista no artigo 1º inciso IV da CF:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Já a livre concorrência encontra-se no artigo 170 da CF em seu inciso IV:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
IV - livre concorrência;

[A1] Comentário: Citar fonte do dado.

[A2] Comentário: Inicialmente coloca-se por extenso, só depois prossegue utilizando a sigla.

Para visualizar como funciona a ordem econômica é necessário entender a Teoria da Regulação Econômica, onde verifica-se que os estudos sobre a regulação econômica, que hoje servem para a analogia do mercado econômico brasileiro, foram realizados originalmente em países de língua inglesa, o termo “regulation” foi o termo adotado para se referir a atividade desenvolvida pelo Estado e este por sua vez, é o “regulator” que promove esta regulação. No Direito Brasileiro, a expressão regulamentação, significa a aplicação de uma norma de cunho abstrato e geral.

Na terminologia consagrada entre nós, a expressão “regulamentação” corresponde ao desempenho de função normativa infra-ordenada, pela qual se detalham as condições de aplicação de uma norma de cunho abstrato e geral. A “regulamentação” corresponde à especificação das condições necessárias a ampliar a eficácia de certos dispositivos cuja amplitude de abrangência propicia dificuldades na aplicação a casos concretos. Em termos mais restritos, a “regulamentação” corresponde ao desempenho de atividade executiva. A CF/88, no art. 84, inc. IV, prevê incumbir ao Presidente da República, dentre outras competências, “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. (Justen Filho, 2002, p. 15)

A regulação pode ter sua incidência sobre qualquer aspecto social como, por exemplo: a saúde, a família, a educação e o trabalho, porém, é na economia que o termo vem sendo frequentemente utilizado. Para se entender o conceito de regulação com relação à economia podemos observar o conceito seguinte:

A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis. (ARAGÃO, 2004. p. 37)

Podemos entender que a regulação econômica estará presente em tudo que possa se referir a atividade econômica, sejam impostos, controle administrativo ou ingresso no mercado e para isto torna-se necessário haver um

equilíbrio econômico de modo que práticas abusivas que eventualmente pudessem ser cometidas pelos agentes econômicos possam ser coibidas. Estabelece-se assim a principal justificativa para existir a regulação de maneira a corrigir as falhas de mercado, melhorando seu funcionamento e instituindo o interesse público.

A lógica da regulação econômica consiste em maximizar a eficiência em mercados onde estão presentes monopólios e oligopólios. Geralmente os monopólios trazem dissabores ao mercado por seus preços muito mais altos do que seus custos marginais e que fazem que existam lucros em demasia, sem mencionar ainda os vários problemas de ordem social que possam derivar disto.

A questão da externalidade também é outro ponto importante acerca da regulação, isto porque as empresas e indústrias praticam ações que ponderam somente os benefícios e os custos privados e deixam de considerar os benefícios sociais. Entende-se por benefício privado o benefício do indivíduo que consome o produto. Já por benefício social, entende-se o impacto do consumo para a sociedade como um todo. Quando o benefício social é maior que o privado a externalidade é considerada positiva, já quando ocorre o contrário, e o benefício privado fica acima do social, a externalidade será negativa, isto significa que os custos privados estão sendo distribuídos na sociedade e sendo absorvidos por ela como um todo.

Outras justificativas para a regulação econômica através da intervenção do Estado são as questões referentes às assimetrias de informação e a insuficiência de provisão dos bens públicos. Na assimetria de informação, presume-se que o consumidor está ciente de tudo sobre a qualidade de um produto ou serviço, isso é algo fora da realidade, pois os produtos podem oferecer características complexas e os efeitos podem não ser percebidos no ato, mas sim a longo prazo.

Quanto a insuficiente provisão de bens públicos, pode-se dizer que este é um dos principais interesses para a intervenção do Estado na economia, uma vez que o consumo de um bem público por um indivíduo não reduz o consumo por outro indivíduo, já que o custo de fornecer o bem público para alguém adicional é zero, pois o bem público deve estar disponível a todos sem distinção.

A intervenção do Estado na economia também assegura a estabilidade geral econômica mesmo em meio às flutuações dos ciclos econômicos. Percebe-se então, que numa economia de mercado como a brasileira, é fundamental que o governo possa ter dois instrumentos que interagem e se complementam a fim de

que haja a garantia do crescimento econômico: a política de regulação econômica e a legislação antitruste.

No Brasil, nas décadas de setenta e oitenta, a economia se apoiava nas grandes empresas estatais, em decorrência disso, passaram a existir disfunções econômicas que acarretaram uma grave falha no sistema concorrencial nacional.

Com a abertura da economia, com a lei 8.884/94 e principalmente com a relevância dada ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) pelo estado as dimensões da economia brasileira se ampliaram.

Apesar de ter sido criado em 1962, o CADE permaneceu praticamente inativo até 1991 quando este passou a combater o crime contra a economia popular e contra o desabastecimento de produtos tidos como essenciais, bem como passou a atuar contra os agentes econômicos que se opuseram ao congelamento de preços nos Planos Cruzado e Verão. Com a lei 8.884/94 que revogou a lei 4.137/62 o CADE transformou-se em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e com a lei 12.529/11, a nova lei antitruste, suas atribuições foram alteradas e instaurou-se a obrigatoriedade de analogia previa de atos de concentração.

Um elevado grau de concentração de empresas restringe o espaço no mercado, por isso, torna-se necessário regular este espaço garantindo um ambiente concorrencial sadio. Essa concentração elevada pode até não inviabilizar a concorrência, mas certamente irá alterar o nível de competição prejudicando quem se encontra no final desta relação, o consumidor e conseqüentemente, todo um ciclo social.

Com essa nova lei antitruste no Brasil, lei 12.529/11, o CADE passou então a concentrar a sua atuação no controle repressivo das condutas competitivas empresariais. Esta nova lei conferiu poderes de decisão à sua Superintendência Geral para a aprovação ou a não aprovação dos atos de concentração das empresas. Vale ressaltar que o CADE pode agir de ofício ou por provocação, seja por agentes privados ou por entidades públicas.

Embora a lei antitruste tenha vindo para proporcionar uma melhor proteção da ordem econômica no país, fazendo com que o Estado Brasileiro seja mais atuante no que tange a regulação das condutas dos agentes econômicos e também no seu papel de resguardar o cumprimento da ordem, esta tem enfrentado também, críticas e discordância.

Alguns estudiosos formulam pelo menos dois equívocos relevantes na referida lei que são:

- A defesa da concorrência não é uma verdade;
- O direito antitruste se baseia em falhas na teoria econômica.

Quanto ao primeiro equívoco, cabe dizer que as bases do Direito Antitruste apoiam-se no Sherman Act americano, que vigorou numa época onde se formavam os grandes monopólios, onde as empresas lucravam com preços abusivos, prejudicando os consumidores e na defesa destes, foi que o Sherman Act atuou na tentativa de corrigir problemas trazidos pela concentração de capital, tutelando o mercado contra sua própria destruição. Na crítica à lei antitruste, o professor da USP, Calixto Salomão Filho, especialista em direito antitruste, ao escrever o artigo “Concorrência e Intervenção na Economia” para a Folha de São Paulo acentua que a defesa da livre concorrência exercida pelas autoridades antitruste nunca significaram a defesa do livre funcionamento do mercado. O que uma autoridade antitruste faz é qualquer coisa, menos a defesa da concorrência.

Quanto à afirmação de que o direito antitruste se baseia em falhas na teoria econômica as alegações são de que o Direito Antitruste tem sido construído sobre a teoria econômica neoclássica, onde constantemente se percebe a confusão entre concentração com monopólio, o que prejudica o sistema econômico, pois a existência de poucas empresas atuando de modo concorrencial não significa a existência de monopólio, pois num ambiente de livre iniciativa e livre concorrência uma empresa necessita ser mais eficiente do que seus concorrentes, e se ela o fizer, oferecendo preços acessíveis e também qualidade em seus produtos e serviços, ainda que isso seja considerado monopólio, de forma alguma afetaria o mercado.

Por fim, pode-se considerar que embora haja certas divergências, há de se ter ponderação e equacionar o princípio da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência, bem como relacionar de forma justa o direito e a teoria econômica, pois isto é absolutamente indispensável.

Mesmo com contestação, o foco principal sempre deverá ser o interesse público e o consumidor, isto dentro da estrutura do sistema econômico brasileiro. Cabe, portanto, aos agentes reguladores exercer com eficiência e rigorosidade as suas funções, delimitando condutas e coibindo os abusos econômicos.

REFERÊNCIAS:

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 15/16

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as estruturas. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 71.

A nova lei antitruste brasileira: uma agressão à livre concorrência – disponível em <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1319> - Acessado em 16/10/2014

Concorrência e Intervenção na Economia – Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/04/1438954-calixto-salomao-filho-concorrenca-e-intervencao-na-economia.shtml> - Acessado em 16/10/2014

A nova forma de intervenção do Estado na ordem econômica adotada a partir da EC n. 6/1995: o poder de regulação – Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-nova-forma-de-intervencao-do-estado-na-ordem-economica-adotada-a-partir-da-ec-n-61995-o-poder-de-regulacao,50058.html> – Acessado em 16/10/2014

Direito concorrencial e concentração empresarial – Disponível em <http://jus.com.br/artigos/4566/direito-concorrencial-e-concentracao-empresarial> - Acessado em 17/10/2014