

## **REGULAÇÃO ECONÔMICA E CONCORRÊNCIA: em defesa de uma economia competitiva e suas reflexões à presente conjuntura econômico-regulatória brasileira**

Gleiner Pedroso Ferreira Ambrosio (IC) e Vicente Bagnoli (Orientador)

**Apoio: PIVIC Mackenzie**

### **RESUMO**

O presente artigo tem como fim analisar, dentro da lógica comercial entre os agentes econômicos, a importância da construção de um sistema regulatório capaz de garantir a eficiência econômico-social dentre suas diversas interações, sobretudo apontando as necessárias limitações aos agentes geradores de riqueza frente às proteções do mercado consumidor, sendo o direito da concorrência justamente o instrumento estatal que interage com a atividade comercial no sentido de trazer este equilíbrio. E, uma vez demonstrada a natureza da intervenção estatal em prol da concorrência, serão traçados breves comentários acerca do panorama regulatório brasileiro e como o sistema brasileiro de defesa da concorrência se constituiu política e administrativamente ao longo do tempo, com especial enfoque sobre a importância de os órgãos administrativos e políticos atuarem com uma regulação em prol de uma economia concorrencialmente transparente e equilibrada.

**Palavras-chave:** Regulação econômica, concorrência, intervenção estatal.

### **ABSTRACT**

This paper aims to analyze, within the commercial logic between economic agents, the importance of building a regulatory system capable of ensuring economic and social efficiency among their various interactions, especially pointing out the necessary limitations to wealth generating agents in face of consumer market protections, being competition law precisely the state instrument that interacts with the commercial activity in order to bring this balance. And, once the nature of state intervention on behalf of competition is demonstrated, brief comments will be made about the Brazilian regulatory landscape and how the Brazilian antitrust system was constituted politically and administratively over time, with special focus on the importance of administrative and political agencies acting with a regulation in favor of a transparent and balanced competitive economy.

**Keywords:** Economic regulation, competition, state intervention.

## **1. Introdução**

A consolidação do Direito Concorrencial como matéria jurídica, tal como hoje estruturada, é o resultado de uma série de conformações políticas, sociais e econômicas no contexto de vários países e cenários na história (notoriamente lastreadas nos marcos americano e europeu de defesa da concorrência), tendo como fim adequar/regular as atividades econômicas intra e extraestatais no sentido de se proteger o destinatário final destas operações, ou seja, os consumidores. Todavia, conforme aponta Buchain (2018, p. 182), em sendo o Direito da Concorrência uma forma de intervenção estatal que atua no sentido de “restringir, condicionar ou mesmo suprimir a iniciativa privada em certas áreas da atividade econômica”, muito pode se questionar acerca da eficiência das políticas aplicadas em sua atividade regulatória, uma vez que a atividade empresarial se constitui em importante braço do desenvolvimento econômico de um país. Assim sendo, antes de se adentrar na análise da conjuntura econômico-regulatória brasileira propriamente, cabe apontar em que ponto se justifica eficaz a intervenção regulatória e, brevemente, quais são suas delimitações teóricas e práticas, utilizando de alguns eventos históricos que sirvam de parâmetro à presente proposta.

## **2. O bem-comum como fim na intervenção à iniciativa privada**

Inicialmente, uma vez estabelecidas as condições globais de disputa comercial entre as nações europeias ao longo da Idade Média e da Idade Moderna, pouco a pouco, a Europa foi passando por processos transformadores que começaram a trazer implicações econômicas em outras perspectivas para além das comerciais, onde se destacam: Revolução Francesa e Revolução Industrial. Enquanto a primeira, sob forte influência da Revolução Americana de 1776, representou ímpar conquista em face da concentração de poder nas camadas mais privilegiadas da sociedade francesa (em especial por ter sido liderada por burgueses, com tradicional atuação no comércio e em demais serviços), a Revolução Industrial simbolizou um avanço político-econômico mais rápido à sociedade inglesa, uma vez ter passado por experiências de ruptura com o absolutismo antes de os franceses, a exemplo da Magna Carta (1215) e das Revoluções Inglesas do séc. XVII. Assim, tal revolução residiu no principal evento transformador europeu de então que, apesar de ter implicado em um domínio inglês por quase dois séculos, ainda assim representou um anseio das outras nações europeias em alcançarem uma estrutura adequada e competitiva para sua implantação, o que se cumpriu em meados do séc. XIX.

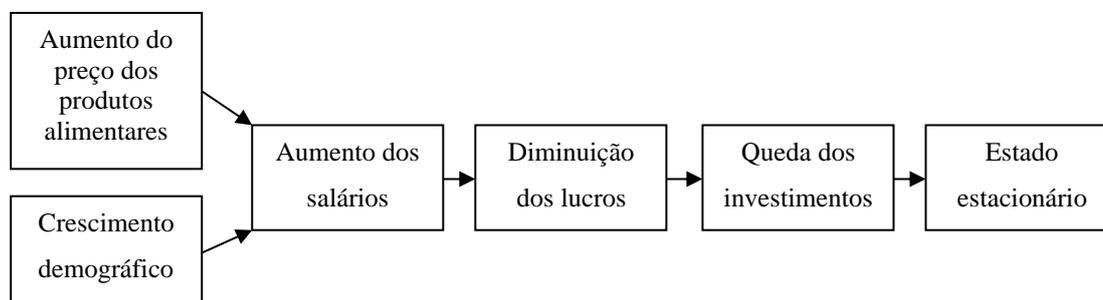
Todavia, tal como ressaltado no parágrafo anterior, para além da competitividade econômica proporcionada pela Revolução Industrial, sua amplitude de efeitos na produção

reverberou em diversas outras esferas com implicações sociais que lhes eram adjacentes, seja na disponibilidade de alimentos, nas condições de trabalho, nas relações entre empregado e empregador, na estrutura comercial dos grandes centros, no aumento do preço dos meios de subsistência e tantas outras. E, como substrato de todos estes elementos, a sociedade burguesa inglesa, pouco a pouco, começou a desenvolver disparidades econômicas e sociais decorrentes dos monopólios produtivos que os próprios industriais constituíam, uma vez que estes, priorizando os próprios ganhos econômicos, criavam as próprias regras empregatícias, estabeleciam salários baixos aos trabalhadores e criavam monopólios mercadológicos que impossibilitavam tanto a ascensão de novos comerciantes como prejudicavam trabalhadores e consumidores inseridos nessa lógica, culminando em uma sociedade com inúmeras disparidades de renda. Conforme aponta David Landes (*apud* BAGNOLI, 2020, p. 22):

Em resumo, a Revolução industrial criou uma sociedade mais rica e mais complexa. Em vez de polarizá-la numa minoria burguesa e num proletariado quase universal, ela produziu uma burguesia heterogênea, cujas profundas diferenças de renda, origem, instrução e estilo de vida foram suplantadas por uma resistência comum à inclusão nas classes trabalhadoras ou a misturar-se com elas, e por ambição social insaciável.

Assim sendo, diferente do que ocorrera, por exemplo, na eclosão da Revolução Francesa, aqui, a burguesia teve um caráter heterogêneo, entranhando em si uma ambição competitiva que não apenas era hostil à classe trabalhadora (e consumidora), mas também ao próprio mercado que lhe era comum. Ainda que os ideais sociais não se constituíssem em preocupação originária ao então constitucionalismo liberal do séc. XVIII, pouco a pouco, a ascensão de manifestações populares e de pensamentos econômicos questionando tal lógica de mercado e seus prejuízos à coletividade emergiam. Dentre eles, o renomado economista David Ricardo, contemporâneo à revolução, já apontava, dentre as várias abordagens críticas à época, que o aumento do preço dos meios de subsistência existente à época, atrelado ao natural aumento demográfico da sociedade inglesa de então, culminaria em um Estado estacionário, pois aumentando a pobreza, a procura por emprego ultrapassaria cada vez mais a demanda, o que levaria ao aumento dos salários, à diminuição dos investimentos nos setores manufatureiros e, por fim, na diminuição dos investimentos:

**Figura 1 - Aumento do preço dos produtos alimentares como entrave à eficiência econômica para David Ricardo**



Fonte: DROUIN, J.C. (2008)

Ora, ainda que essa perspectiva não goze da real completude que tal problemática apresenta – afinal, é uma visão econômica do séc. XVIII –, ela é suficientemente clara ao demonstrar uma futura ideia de que o desenvolvimento de uma nação não reside apenas na produção de riquezas, mas sim em uma pluralidade de fatores, dentre elas a eficiência social. Nas palavras de Alexandre da Moraes (2016, p. 257), tal ideia “impõe à administração pública a busca pela qualidade, que nada mais é que a adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização dos recursos públicos, evitando desperdícios e garantindo maior rentabilidade social”, sendo a defesa da concorrência um importante fator desta seara, pois, como será visto mais a frente, sua aplicação não reside apenas na regulação econômica, mas também na regulação social.

Tal cenário deixou claro, portanto, que apesar da enorme importância do livre mercado na expansão econômica da Europa nos dois últimos séculos desde a primeira revolução industrial, por haver uma pluralidade de agentes e fatores políticos, econômicos e sociais envolvidos, tal mentalidade haveria de passar por uma intervenção externa aos seus agentes dos polos econômicos, mas não na forma da mão pesada dos poderes absolutistas do passado, que visavam a limitação em prol dos próprios privilégios. Hoje, em uma ordem constitucional, há a égide de um bem maior, que é o bem comum e todos os seus princípios adjacentes, e caberia ao Estado visar equilibrar as forças do mercado de forma a garantir tal princípio. Aqui, justifica-se a regulação do Estado.

### **3. Paralelo entre a teoria da regulação econômica e a defesa da concorrência**

Séculos mais tarde, em especial a partir da proeminência da economia de mercado na Europa e nos Estados Unidos no séc. XX, tendo como precedente a uniformização das duas primeiras revoluções industriais, a consolidação dos ideais da Revolução Francesa e dos Atos de Comércio, tais agentes passaram a construir todo um sistema jurídico capaz de acomodar

todo o avanço conquistado até então, sendo o constitucionalismo liberal um claro exemplo de tal realidade. Em verdade, após a queda do governo napoleônico, da independência dos EUA e da unificação da Europa, com as devidas exceções, o mundo ocidental do hemisfério norte passou por um longo período marcado pela paz e pelos elevados investimentos estatais e privados em tecnologia produtiva, urbanização, transporte e, mais importante, na construção de mercados fortes e competitivos entre si. Ora, tal cenário se refletiu até mesmo no contexto brasileiro que, com a chegada da família real e dos investimentos privados (como o de Barão de Mauá), passou a ter um centro e uma capital cada vez mais desenvolvidos.

Porém, uma hora ou outra, tal época de pacifismo e bons louros haveria de chegar ao fim, e o que viria a se provar é que, apenas com o permear de uma mão invisível, o mercado não seria capaz de se proteger sozinho, uma vez estarem envoltas variáveis demais em uma única equação. Assim se provou à Europa com a eclosão das Duas Grandes Guerras e aos Estados Unidos com a Queda da Bolsa de Nova Iorque em 1929. E é justamente neste último caso em que a lógica da mão invisível desafiou o então governo de Franklin D. Roosevelt a intervir nas áreas mais sensíveis diante da crise: empregos, produção e moradia. Aqui, nasceu o *New Deal* (1933).

Sob forte influência do economista John Maynard Keynes, o *New Deal* expôs uma lacuna na então mentalidade econômica de então que já vinha sendo apresentada desde o séc. XVIII: a ideia de crescimento e expansão não pode atropelar a ideia de proteção. O próprio constitucionalismo liberal, apesar de extremamente importante às conquistas de então, carecia das proteções aos marginalizados a todo esse desenvolvimento. Quando a primeira crise bateu à porta, as conquistas liberais se mostraram incapazes de, sozinhas, reerguerem a nação e garantirem as condições mínimas ao povo<sup>1</sup>. Paulo Bonavides, em sua notável obra *Do Estado Liberal ao Estado Social* (2007, p. 62), descreve justamente que essa ideia de liberdade construída pelo Constitucionalismo Liberal, apesar de valorosa aos campos econômico e político até então, carecia de uma complementação às necessidades sociais supervenientes no Estado:

Tanto a filosofia política da esquerda como a da direita chegaram a esse resultado comum: a superação da liberdade qual a conceituava outrora o liberalismo, sem a consideração dos fatores econômicos, reconhecidos hoje, como indispensáveis à prática da verdadeira liberdade humana. O liberalismo de nossos dias, enquanto liberalismo realmente democrático, já não poderá ser, como vimos, o tradicional liberalismo da Revolução Francesa, mas este acrescido de todos os elementos de reforma e humanismo com que se enriquecem as conquistas doutrinárias de liberdade (grifo nosso)

---

<sup>1</sup> Daí a ascensão do Constitucionalismo Social, que passou a ser congregado pelas nações desenvolvidas com as conquistas liberais

Por isso, o *New Deal* permitiu que o então governo pudesse intervir nos pontos mais afetados da economia, de forma a reerguer tanto os agentes produtivos afetados quanto a própria população. O programa de construção de obras públicas, por si só, abarcou ambas as esferas, pois foi capaz de reinterpretar as necessidades sociais que assolavam os Estados Unidos da época tanto do ponto de vista humanitário como, principalmente, que um povo sem garantias político-sociais mínimas, as externalidades negativas só tendem a aumentar. Há uma complementação de efeitos entre ambas as acepções.

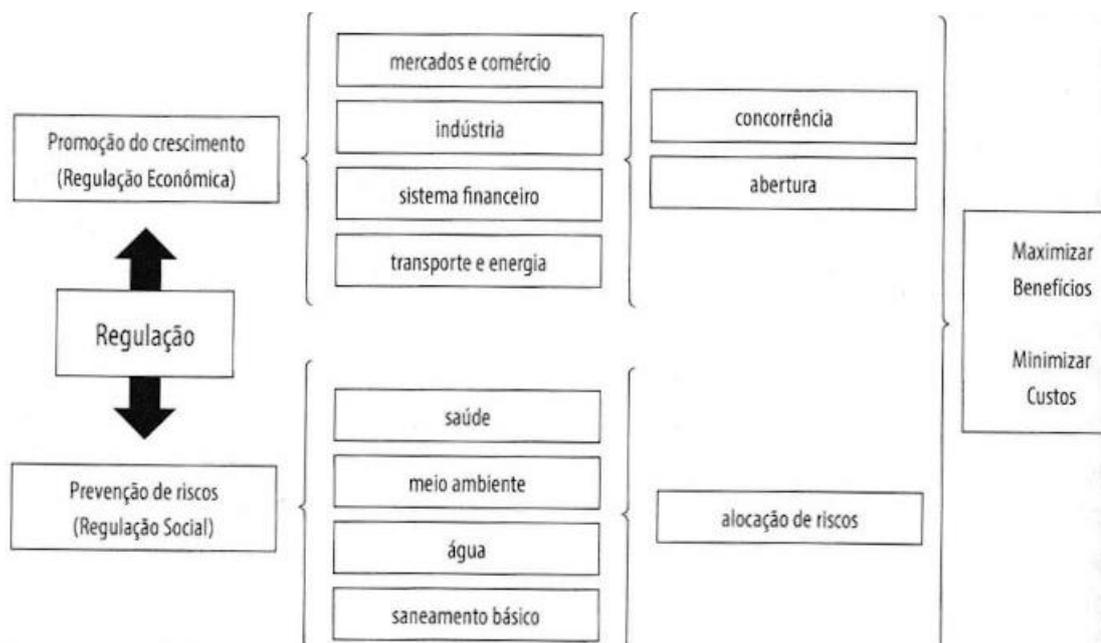
Neste diapasão, a ideia de regulação econômica, diferentemente da mentalidade absolutista, apresenta dois pontos de divergência norteadores, em síntese:

1. O destinatário das mudanças deve sempre ser a coletividade, e não o detentor dos privilégios;
2. A ideia da intervenção não visa ditar o desenvolvimento por si próprio, mas dar parâmetros para que ele seja alcançado.

E, ora, dentre ambas as premissas, o primeiro ponto a ser extraído é de que a regulação econômica perpassa por toda uma cadeia de agentes e fatores até chegar ao consumidor final, não mais se limitando a uma mentalidade de intervenção direta como outrora: de acordo com Abraão Balbino e Silva (2017, p. 4), “a regulação econômica é a área da Economia que estuda o funcionamento do sistema econômico através da regularidade de preços e de quantidades produzidas, ofertadas e demandadas através da interação econômica entre as respectivas partes do sistema econômico: o Estado, as empresas, os credores, os trabalhadores, os consumidores e os fornecedores”, dentre outros agentes.

Por isso, para que haja um funcionamento orgânico dos agentes interventores, é preciso entender que, situados em um sistema de pesos e contrapesos na macroeconomia, suas atuações ou irão se dirigir à maximização do crescimento (Regulação Econômica) ou, de forma conjugada, à prevenção de seus possíveis riscos (Regulação Social), pois, afinal de contas, diferentemente do já referido período de crescimento econômico europeu e americano, a escassez é uma variável que não pode estar apartada da intervenção econômica.

Figura 2 – Regulação econômica e social



Fonte: BAGNOLI (2020), com base no World Bank Pre ICN Conference – Marrakesh, 2014

Conforme aponta Poltronieri (1997, p. 148), em havendo tal interação entre os agentes econômicos, a regulação em geral passa a abranger:

Tanto a defesa da manutenção da concorrência como o controle do poder econômico das empresas frente ao monopólio de determinadas atividades que devem estar em franca concorrência/competição, como um ciclo “homogêneo” de concorrência contra monopólio e antimonopólio para incremento da competição.

Assim, fica claro que a promoção do crescimento das empresas que buscam a maximização de ganhos econômicos não é um evento proibitivo na ordem jurídico-econômica – em outras palavras, um agente monopolista, por exemplo, não necessariamente deve ser reprimido pelo sistema interno de defesa da concorrência –, mas que agentes com maior poder econômico, detendo maior poder de influência em determinado mercado, precisam ter um contrapeso maior pelo agente regulador. Mas qual a justificativa para tal lógica? Bem, tal como já ressaltado, o princípio da escassez se faz presente em toda economia de mercado, implicando na existência tanto de agentes com menores condições econômicas em um certo mercado quanto em consumidores que recebem desigualmente benefícios dos serviços prestados, em especial quando tais se constituem em ordem essencial, como aqueles relacionados à alimentação (supermercados, merenda escolar etc.), fornecimento de energia

elétrica, serviços de saneamento, transporte e tantos outros<sup>2</sup>. E é exatamente aqui que entra a ideia de regulação social.

A regulação social está diretamente associada à obtenção do bem-estar comum, servindo como uma espécie de filtro aos anseios econômicos almejados pelos agentes do mercado. Na maior parte das vezes, a regulação social lida com valores extraeconômicos, justamente por serem eles ligados a um bem valoroso ao bem-estar dos consumidores. Mas, suas diferenças em relação à regulação econômica, continua Poltronieri (1997, p. 149) não se restringem apenas a isso:

A distinção entre regulação econômica e social é apresentada partindo da hipótese de que existem diferenças em relação aos objetos e às finalidades perseguidas pelas formas, justificando a distinção. Nesse sentido, (i) a regulação econômica teria objeto e finalidades restritos à própria atividade econômica, como, por exemplo, performance da atividade (produção de energia elétrica), crises de funcionamento (formas de produção/venda) e descompasso de oferta (demanda versus oferta); e (ii) a regulação social ultrapassaria os parâmetros econômicos do mercado e da atividade em si, e teria como finalidade valores extra-econômicos, como, por exemplo, interesses sociais (fornecimento de energia elétrica), geração de postos de trabalho, diretos e indiretos, saúde e bem-estar coletivo (benefícios obtidos pela utilização da energia elétrica), proteção ambiental (produção econômica não-destrutiva), segurança de uso e preços baixos

Frente a isso, a despeito das diferentes perspectivas regulatórias existentes desde as primeiras décadas do séc. XX, apesar de haver diferentes focos sobre quais devam ser os agentes prioritários na intervenção econômica, fato é que foi consolidada a ideia de que “os mercados apresentam falhas e a regulação aparece, justamente, para fazer com que esses mercados, imperfeitamente competitivos, tenham a competição entre os agentes econômicos”. A regulação, portanto, deve atuar de forma a criar a concorrência no mercado em que ela naturalmente não existe ou, se existe, onde há assimetrias que reverberem nos agentes econômicos direta ou indiretamente envolvidos e, principalmente, no consumidor final (POLTRONIEIRI, 1997, p. 247).

Frente a isso, é possível apontar uma dupla utilidade prática no âmbito da atuação regulatória (MOREIRA, 1997, p. 34):

Há duas ideias que se ligam ao conceito etimológico de regulação: primeiro, a ideia de estabelecimento e implementação de regras e de normas; em segundo lugar, a ideia de manter ou restabelecer o funcionamento equilibrado de um sistema. Estas duas ideias bastam para construir um conceito operacional de regulação econômica: o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado de acordo com determinados objetivos públicos

---

<sup>2</sup> No âmbito brasileiro, vale destacar que o art. 10 da Lei 7.783/89 traz um rol descritivo de quais são os serviços considerados essenciais na ordem econômica nacional

Tal mentalidade, no bojo da formação da atual ordem globalizada, começou a ser incentivada e compartilhada por uma série de nações e órgãos internacionais de relevância no cenário global, em especial a partir da ascensão dos EUA como a principal potência econômica e comercial já nos últimos anos da Guerra Fria. O melhor exemplo disso residiu na formação de blocos econômicos capazes de fazerem frente ao poderio americano construído (sobretudo a União Europeia, criada especificamente com tal finalidade) e na realização de fóruns econômicos como a OCDE, com fins de se discutir os rumos da economia globalizada e suas governanças.

E, dentre os substratos das discussões realizadas neles, a ideia de se construir sociedades cada vez mais eficientes e equilibradas concorrencialmente tem ganhado cada vez mais força há um bom tempo, sobretudo defendendo: a existência de mercados melhor integrados globalmente, diminuição de barreiras comerciais, realização de controle de concentração em vários mercados, a defesa de políticas de governança transparentes do ponto de vista regulatório, a criação de tribunais que exerçam o controle administrativo das operações econômicas, a criação de leis repressivas a condutas anticoncorrenciais, etc.. A própria OCDE apresenta relatórios anuais demonstrando a eficiência de tais políticas em determinados cenários, utilizando como incentivo às economias internas em aderirem cada vez mais estruturas concorrencialmente balanceadas.

E um dos pontos de maior destaque é que, apesar de a regulação econômica ser uma atividade praticada diretamente por órgãos executivos, a prévia criação de leis antitruste tem se mostrando um indicador mais eficiente de economias concorrencialmente mais organizadas, haja vista que, sem elas, o poder repressivo do judiciário e de órgãos administrativos se encontra largamente prejudicado (SILVEIRA E SILVA; COSTA JÚNIOR, 2011, p. 660). É claro que o emprego de medidas executivas e administrativas que, de plano, visem controlar a concorrência, são essenciais à constituição de uma economia comercialmente competitiva e equitativa aos agentes do mercado. Porém, a prévia existência de mecanismos legislativos antitruste possibilita, inquestionavelmente, um background muito mais favorável ao ambiente competitivo de empresas, culminando em um maior incentivo à criação de novas atividades empresárias e à instalação de empresas estrangeiras em solo nacional<sup>3</sup>

Nesse sentido, o gráfico a seguir, através do emprego do índice de Gwartney e Lawson, demonstra que países que previamente aprovaram leis antitruste parecem ter passado por um processo de liberalização econômica mais eficiente:

---

<sup>3</sup> Ainda que, sem um judiciário eficiente e bem constituído, a segurança jurídica se mostraria ausente a esses agentes.

**Figura 3 – Criação da Legislação Antitruste e Crescimento Prévio do Grau de Liberdade Econômica**

País	Índice G&L		Ranking G&L	
	ano (-5)	ano 0	ano (-5)	ano 0
Argentina (1980)	3,1 (1975)	4,2 (1980)	72 (1975)	85 (1980)
Argentina (1999)	6,4 (1995)	7,2 (2000)	43 (1995)	30 (2000)
Brasil (1994)	4,1 (1990)	4,5 (1995)	100 (1990)	108 (1995)
Chile (1973)	-	-	-	-
Chile (1979)	3,5 (1975)	5,1 (1980)	71 (1975)	61 (1980)
Colômbia (1957)	-	-	-	-
Colômbia (1992)	4,9 (1990)	5,3 (1995)	77 (1990)	86 (1995)
Peru (1994 e 1996)	3,8 (1990)	6,2 (1995)	104 (1990)	56 (1995)
Peru (1991)	2,7(1985)	3,8 (1990)	110 (1985)	104 (1990)
Venezuela (1991)	6,1 (1985)	5,4 (1990)	27 (1985)	54 (1990)
México (1992)	5,9 (1990)	6,2 (1995)	41 (1990)	56 (1995)
Costa Rica (1994)	6,8 (1990)	6,6 (1995)	17 (1990)	39 (1995)
Panamá (1996)	6,6 (1990)	7,6 (1995)	23 (1990)	11 (1995)
Jamaica (1993)	5,6 (1990)	6,5 (1995)	52 (1990)	41 (1995)

Fonte: GWARTNEY E LAWSON (1997, 2002)

Por isso, antes de se discutir a implementação de estruturas de repressão do direito da concorrência em um país, é impossível desentranhá-la da esfera de políticas públicas do Estado e da criação de leis para sua promoção, pois sua eficiência perpassa anteriormente por ambos os estágios. E, como elemento de aplicação dessa tese, o capítulo seguinte se dedicará a estudar tal dinâmica no contexto brasileiro, sobretudo correlacionando a influência das políticas econômicas pretéritas até a formação do atual sistema de defesa da concorrência.

#### **4. Breve contextualização ao cenário brasileiro e seu atual estágio regulatório**

Ora, antes de tudo, é preciso lembrar que a ideia de regulação econômica não é um conceito abstrato e isolado, mas sim uma complexa e multifacetada política de governo. Por isso, dada toda a construção da importância de um governo regulador galgado em ideais defensores da concorrência e, mais ainda, na criação de políticas econômicas e na criação de leis que regulem a concorrência no Brasil, a questão que fica é: como isso tudo se reflete nas gestões governamentais brasileiras?

É claro que há uma pluralidade de pensamentos e ideologias econômicas pelas quais há a discricionariedade dos legisladores e dos agentes executivos. Porém, isso não quer dizer que seus resultados práticos não possam ser devidamente analisados e aferidos. E, tal como

ressaltado no capítulo anterior, a integração econômica adotada pelos países na forma de blocos reside em importante instrumento de análise das tendências econômicas em geral de seus países membros. Por isso, antes de uma análise pormenorizada do cenário nacional cabe fazer uma breve análise sobre o âmbito regulatório da América Latina.

A América Latina, por si só, sempre teve seus índices de desenvolvimento humanitário e econômico bem abaixo dos países do hemisfério norte, sendo um claro reflexo histórico de seu passado como base de uma economia de exploração por parte das nações europeias, pela gerência imperialista dos EUA ao longo de boa parte do séc. XX (principalmente pela *Big Stick Policy*) e pela ascensão, na segunda metade do séc. XX, de vários governos ditatoriais, centralizadores e populistas. E, não estranhamente, isso se refletiria em efeitos negativos até os dias de hoje. O atual bloco mais importante da região, o Mercosul, ao menos em teoria, tem um papel importantíssimo na fortificação de ambas as esferas dos países membros, ainda mais em um mundo em que a integração se faz tão imperiosa frente aos fluxos internacionais com outros países e blocos. Daí a importância em sua criação aos países da região (ainda que alguns ou não façam parte ou tenham menor participação).

Assim, ainda que seja inegável a existência de avanços significativos aos países latinoamericanos, fato é que sua realidade ainda está bem distante dos países membros da OCDE. E, conforme aponta José Luiz Lins dos Santos (2012, p. 156), em sendo a regulação uma espécie de controle social exercido pelo Estado, nada mais importante do que a existência de mecanismos de controle eficientes e, sobretudo, transparentes à coletividade. Para que se crie leis e tribunais administrativos que delimitem e julguem os rumos concorrenciais de um país, eles devem ser suficientemente claros e transparentes:

Apesar de a regulação se proceder num ambiente processual mais rígido, uma vez que age no sentido de manter o equilíbrio de interesses dos vários agentes envolvidos no processo regulatório, assim como qualquer outra atividade pública, o resultado da interatividade entre transparência e controle social somente se efetiva de forma eficaz se obtido em grande parte num ambiente de diálogo entre agente público e sociedade (grifo nosso)

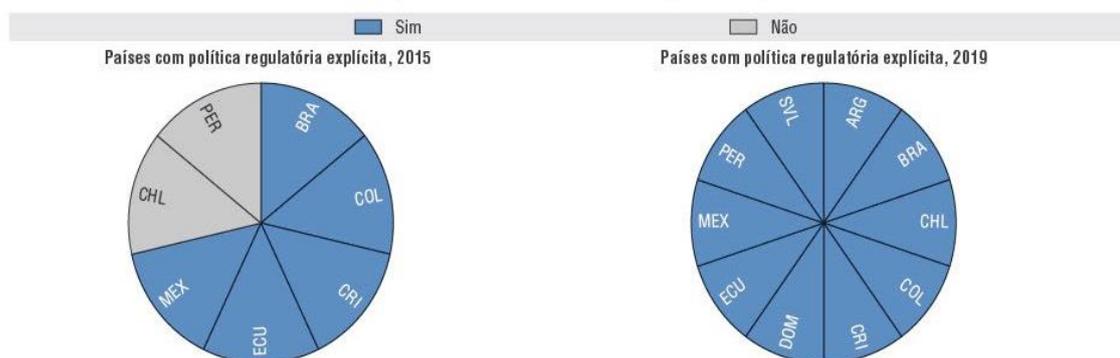
Nesse sentido, conforme apontam os seguintes gráficos da OCDE no período de 2015 a 2019, apesar do elevado grau de interesse na instauração de políticas regulatórias eficientes (figura 4), são poucos os países que aderiram a todo o processo ideal de uma política regulatória nacional, que consiste em três estágios: formulação, aplicação e avaliação do sistema regulatório<sup>4</sup> (OCDE, 2020, p. 122). O principal defeito é que o estágio de discussão e aplicação até acontecem, mas os estágio de avaliação e monitoramento das políticas

---

<sup>4</sup> Funcionalmente, conforme apontado no documento *supra* citado, “As funções desses órgãos compreendem desde a coordenação da política regulatória em todos os níveis de governo até a supervisão de programas de simplificação administrativa e a garantia da qualidade jurídica da regulação.”

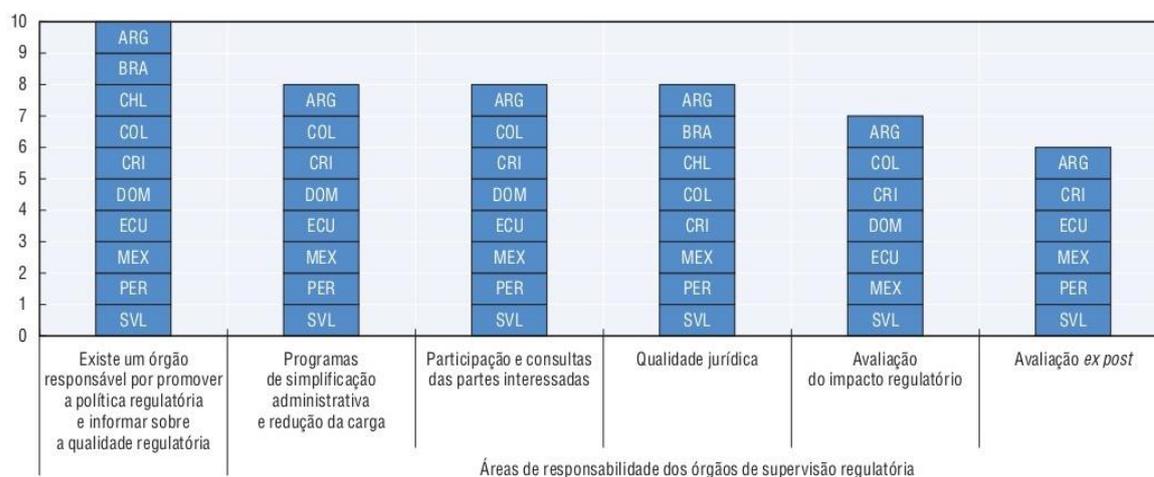
regulatórias acabam sendo, em grande parte dos países assinalados, bastante deficientes e pouco transparentes às partes (litigantes e consumidores), sobretudo no quesito de avaliação *ex post* (figura 5). Por consequência, muitos dos países latinoamericanos não conseguem chegar a um estágio de avaliação sequer próximo ao feito nos países da OCDE, o que prejudica totalmente o feedback acerca dos efeitos das políticas aplicadas<sup>5</sup>:

**Figura 4 - Política explícita sobre qualidade regulatória, 2015 e 2019**



Fonte: Indicadores da OCDE de Política Regulatória e Governança (iREG) para a métrica Latina 2016 e 2019

**Figura 5 – Avaliação dos órgãos de avaliação e monitoramento das políticas regulatórias e suas funções, 2019**



Fonte: Indicadores da OCDE de Política Regulatória e Governança (iREG) para a métrica Latina 2016 e 2019

<sup>5</sup> Como exceção, destaca-se o caso do México, que tem uma política regulatória notável a toda a América Latina

Ora, em existindo essa falta de transparência sobre as políticas regulatórias propostas, como a população (para além dos consumidores) conseguirá avaliar a efetividade das políticas econômicas e sociais aplicadas? Aqui, o cenário latino americano já se encontra prejudicado.

Já no aspecto da natureza da economia, cabe apontar que, historicamente, o Brasil teve o predomínio de economias altamente concentradas de acordo com as prioridades do governo. A instauração de uma economia mais aberta e propensa a uma concorrência mercadológica somente foi encontrar fruição a partir do governo de Eurico Gaspar Dutra (1946-1951), em especial pela então constituição de 1946, que representou uma ruptura ao governo de Getúlio Vargas desde a instauração do Estado Novo, com a própria constituição de 1937 sendo um elemento combatido e oposto pelo governo e pela então constituinte. Isso, por si só, já demonstra a tardia predisposição econômica nacional em constituir um mercado concorrencialmente disposto.

Em suma, é possível dividir os estágios regulatórios da república brasileira em três momentos (POLTRONIERI, 200, p. 134):

- i. Até década de 1930: O Estado brasileiro possuía uma economia altamente centralizada, atuando como produtor e fomentador principal da economia, sobretudo via industrialização de base;
- ii. Até década de 1980: As funções estatais de produção e gerenciamento já encontravam indicadores de uma descentralização, sobretudo quando “se esgotaram as fontes internacionais de recursos fáceis e baratos, e a estagnação estrutural do setor público acelerou o processo de paralisia dos serviços essenciais de infraestrutura, como os de transporte, energia e telecomunicação, dentre outros”. Aqui, o Estado passa a ter uma maior atuação na expansão conjunta (e não mais centralizada) das atividades produtivas e de promoção do bem-estar social. São implantados os institutos da privatização e da concessão;
- iii. A partir da década de 1990: é marcada pela tentativa de transformar o Estado brasileiro e racionalizar o setor público, implantando um “Estado gerente”, privatizando e concedendo os setores estratégicos de infraestrutura, como o de energia elétrica, mantendo para o Estado apenas os meios institucionais de controle e regulação do setor.

Assim, o Estado passa a apresentar um caráter fiscalizador muito mais ativo do que um outrora predominante caráter fomentador da economia, sendo a criação da Lei 8.884/94 um importante passo ao conferir autonomia à função fiscalizadora/repressiva do Cade (que passa a ser autarquia).

Concretamente, apesar de um dos marcos iniciais do direito da concorrência no Brasil residir no Decreto-Lei 869/38, tanto a lei antitruste canadense de 1889 quanto o *Sherman Act* norteamericano de 1890 já se constituíam em importantes fontes internacionais do tema, de modo que, timidamente, refletiram no referido decreto, ainda que lastreados nos ideais do nacional-desenvolvimentismo da Era-Vargas nos anos 30 (culminando na denominação “crimes contra a economia popular”). Como resultado, as sanções por ele descritas continham um caráter repressivo bastante acentuado, de forma que, tal como descrito em seu art. 6º, tais crimes teriam natureza “inafiançável, sem suspensão de pena e nem livramento condicional”. Tal mentalidade perdurou até meados dos anos 60, perpassando ao então regime militar.

É bem verdade que o então bem jurídico a ser tutelado não difere muito do bem-comum hoje compreendido, mas a então mentalidade pouco internacionalizada do Governo Executivo e a ausência de uma ciência econômica conjugada à análise antitruste em muito faziam falta à perspectiva econômica da época, que mais se propunha a proteger o ímpeto desenvolvimentista do próprio Estado do que construir uma economia concorrencialmente eficiente aos agentes econômicos envolvidos (CABRAL, 2020, p. 245).

Por isso, conforme constata Iagê Zendron Miola (2014, p. 272), a política antitruste que se constituiria nos anos 90 em muito contribuiria para o então cenário regulatório, em especial por, diante da ascensão de uma ordem mais globalizada, favorecer uma política antitruste mais “técnica”, sendo a promulgação da Lei nº 8.884/1994 um significativo passo em direção a essa abordagem. Em suma, Miola destaca quatro pontos principais que sintetizam tais mudanças: (i) consolidação institucional, (ii) articulação com outras políticas econômicas, (iii) internacionalização da política antitruste e (iv) economicização do antitruste no Brasil (CABRAL, 2020, p. 52). Dentre elas, a conjugação dos itens (ii) e (iii), do ponto de vista prático, permitiu que as análises do Cade passassem a ser muito mais eficientes, pois com a efetiva aplicação de uma ciência econômica e com a elaboração de normas internas pelo Cade sistematizando a análise dos atos de concentração e de, mais tarde, processos administrativos, ora, ainda que o caráter repressivo e os não-provimentos de ACs ainda existissem, o Cade efetivamente passou a ter uma atuação mais equilibrada e eficiente, tanto que o percentual de restrições impostas pelo Cade caiu de 77,77%, entre 1994 e 1996, para 8,6%, entre 1996 e 1998, período este em que nenhuma operação foi reprovada (MIOLA, 2014, p. 272).

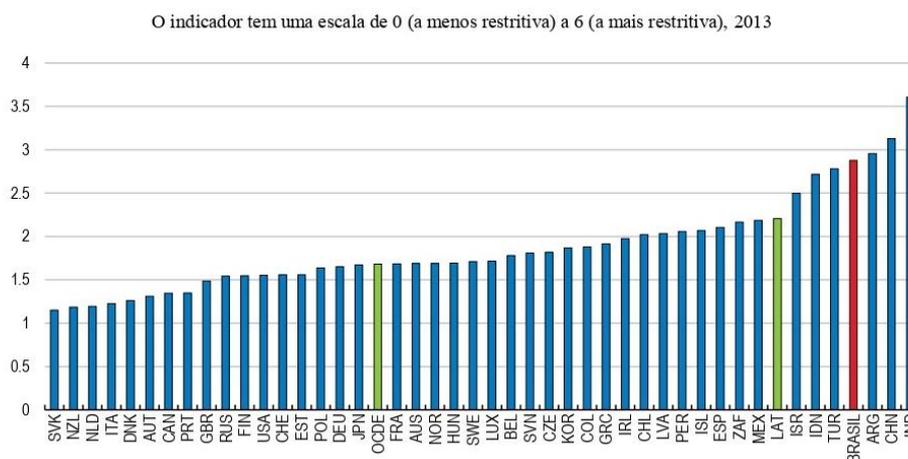
Como resultado, apesar de vários governos executivos posteriores terem adotado ideologias políticas mais centralizadoras do que as medidas tomadas nas duas últimas fases (em especial após as importantes mudanças dos anos 90 no sistema de defesa da concorrência, como apontado), fato é que os avanços destas duas últimas, sobretudo

influenciadas pelos sistemas de defesa da concorrência americano e europeu e à independência do órgão do Cade, passaram a atuar cada vez mais a instituir um sistema concorrencialmente estruturado na análise do Cade, sobretudo na vigência da atual Lei 12.529/2011<sup>6</sup> e das últimas composições do Cade que, até dados publicados em 2020, demonstraram uma maior eficiência e flexibilização nos casos submetidos à análise, tendo, por exemplo, dentre 451 ACs notificados, 454 efetivamente analisados (CADE, 2020, p. 10).

Porém, apesar de um elevado crescimento econômico até os anos 2000, galgado principalmente em políticas de incentivo ao consumo (BRACKMANN NETTO, 2014, p. 62) e desta importante mudança de paradigma nas análises concorrenciais no Brasil, o cenário nacional ainda se encontra marcado por inúmeras barreiras ao crescimento econômico em inúmeras esferas (seja fruto da mentalidade centralizadora da primeira fase descrita, seja pelas políticas executivas e legislativas mais tarde criadas), sendo as barreiras regulatórias do Estado um sinal de tal realidade. Frequentemente, a própria OCDE elabora relatórios acerca da situação econômica brasileira e, apesar de sua importante posição econômica à economia internacional, as barreiras regulatórias ainda se mostram um empecilho ao seu desenvolvimento e, ainda mais, à perspectiva social da regulação.

Como exemplo, a seguinte tabela do relatório publicado em 2020 (referente ao ano de 2013) mostra a disparidade da existência de barreiras regulatórias à atividade fomentadora de criação e recepção de novos empreendimentos em comparação a outros países:

**Figura 6 – As barreiras regulatórias aos empreendimentos são altas**



Fonte: Indicadores de Regulamentação de Mercado do Produto da OCDE, 2013

<sup>6</sup> Que, conforme apontamento de Gonçalves e Stelzer (2012, p. 15), teve um papel importante ao dar maior liberdade ao julgador no sentido de optar por “flexibilizar ou enrijecer o tratamento antitruste da economia”, não mais tendo uma política descompassada repressiva como outrora na década de 1930.

Frente a essa realidade, portanto, se há tanto uma falta de transparência sobre as políticas regulatórias quanto uma elevada existência de barreiras regulatórias, certamente o número de externalidades negativas que tais situações infligem à realidade econômico-social brasileira é bem elevada.

Nesse sentido, frequentemente os governos executivos e o legislativo discutem a criação de reformas (sobretudo econômicas e tributárias) e a criação de leis de incentivo a uma economia mais aberta, como fora feito, por exemplo, pela própria Lei de Liberdade Econômica que, dentre suas várias alterações, criou mecanismos que facilitam as atividades de empreendedorismo e protegem o empreendedor (SALOMÃO; CUEVA; FRAZÃO, 2020, p. 55). Sabendo dessa realidade, o próprio caput do art. 4º da lei expressamente dispõe reprimir os abusos de poder regulatório eventualmente praticados por agentes econômicos:

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório (...) (grifo nosso)

Apesar disso, no que concerne à atuação do Cade na esfera administrativa, a apontada transparência a ser buscada pelo sistema regulatório brasileiro vem demonstrando alguns bons frutos: a disponibilização dos julgamentos em forma virtual, a disponibilização de cadernos delimitando as principais definições de mercado relevante e as principais jurisprudências formadas no Tribunal e a maior consolidação de julgados em diversos mercados relevantes e os maiores incentivos à realização de Termos de Compromisso de Cessão aos agentes infracionários atuam como alguns dos exemplos que indicam essa direção. É verdade que os índices de previsibilidade do Cade não são os mais adequados (o que se reflete, por exemplo, na definição da base material de cálculo de TCCs, onde apenas 38 requerimentos, em um universo de 349, seguiram os termos da Lei nº 12.529/2011) (SAITO, 2021, p. 10), mas já são alguns importantes passos a serem dados no todo.

## **5. Conclusão**

Assim sendo, portanto, apesar de restar demonstrado histórica e empiricamente que um Estado liberal sem um sistema de freios e contrapesos na sua política econômica implicará em um descompasso entre a pretensa maximização do crescimento econômico e a regulação dos efeitos à coletividade (tal como exposto na Crise de 1929), a partir do momento em que a regulação estatal adota uma política com elevadas barreiras regulatórias, tanto seu crescimento quanto as condições econômico-sociais da coletividade encontrar-se-ão prejudicados.

Nesse sentido, tal como o exemplo do México na América Latina, a promoção de políticas regulatório-concorrenciais transparentes e a promoção de políticas comerciais de maior incentivo à liberdade dos agentes econômicos (sem excluir a necessária função repressiva dos agentes administrativos, como o Cade) são indicadores de uma economia concorrencialmente mais equilibrada e com menos externalidades negativas aos agentes do mercado e, principalmente, ao mercado consumidor. A frequente recomendação de reformas e de medidas executivas de incentivo ao empreendedorismo por parte da OCDE são um claro indicativo de tal necessidade, em especial por terem como norte, como finalidade primeira, a busca do bem-comum nas relações comerciais, afinal, é com isso que o Direito Concorrencial se preocupa.

## 6. Referências

\_\_\_\_\_. **Indicadores da OCDE de Política Regulatória e Governança (iREG) para a América Latina 2016 e 2019**. OCDE, [S.l.], 2019. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/b320a27a-pt/index.html?itemId=/content/component/b320a27a-pt>;

\_\_\_\_\_. **Indicadores de Regulamentação de Mercado do Produto da OCDE**, 2013. OCDE, [s.i.], 2013. Disponível em: <https://www.oecd.org/economy/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>;

\_\_\_\_\_. **Lei de Liberdade Econômica**. Planalto. Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm);

\_\_\_\_\_. **Panorama das Administrações Públicas: América Latina e Caribe**. OCDE. Paris, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9e6d37a1-pt>;

\_\_\_\_\_. **Relatório integrado de gestão**. Cade. Brasília, 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/auditorias/2020/Relatorio-Integrado-de-Gestao-2020-versao-resumida.pdf>;

\_\_\_\_\_. **Relatórios Econômicos OCDE – Brasil: Fevereiro de 2018**. OCDE, 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/economy/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>;

\_\_\_\_\_. **A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth**. OCDE. [s.i.], 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/competition-policy-for-shared-prosperity-and-inclusive-growth.htm>;

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020;

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007;

BUCHAIN, Luiz C. **Intervenção do estado na economia e direito da concorrência**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2018;

CABRAL, Mário A. M. **A construção do antitruste no Brasil: 1930-1964**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Singular, v. I, 2020;

DROUIN, Jean C. **Os grandes economistas**. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008;

GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. **Aspectos econômico-jurídicos da nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira**. In PINTO, Felipe Chiarello de Souza; SOARES, Sônia Barroso Brandão; CLARK, Giovani (Orgs.). Direito e Economia. XXI CONPEDI Niterói, RJ. Florianópolis, SC: Fundação José Boiteux; 2012. Pp. 263-283. ISBN 978-85-7840-117-7. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9f8684e630c4c30c>;

GWARTNEY, James D. LAWSON, Robert A. **The concept and measurement of economic freedom**. *European Journal of Political Economy*, Vol. 19, Columbus, 2003. Disponível em: <https://myweb.fsu.edu/jdgartney/Documents/Gwartney%20Lawson%20EJPE%20article.pdf>;

MIOLA, Iagê Zendron. **Law and the economy in neoliberalism: the politics of competition regulation in Brazil**. Tese (Doutorado em Direito e Sociedade) – Milão: “Renato Treves” International PhD Program in Law and Society/Università degli Studi di Milano, Milão, 2014;

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017;

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 1997;

NETTO, Arthur Brackmann. **Regime de crescimento da economia brasileira: uma análise dos anos 2000**. Trabalho de conclusão de curso da UFRGS. Porto Alegre, 2014. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/116247>;

POLTRONIERI, Renato. **Regulação Econômica e Regulação Social: Um Exemplo de Normatização Brasileira**. Direito Público: Estudos, Conferências e Notas, nº12, 2006. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1325>;

SAITO, Carolina. **Documento de Trabalho TCC na Lei 12.529/11**. Cade. Brasília, 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.529-11.pdf>;

SALOMÃO, Luís Felipe. CUÊVA, Ricardo Villas Boas. FRAZÃO, Ana. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020;

SANTOS, José Luiz Lins dos. **Transparência Regulatória e Controle Social Experiências Exitosas em Regulação na América Latina e Caribe**. Presidência da República, Brasília, 2012. Disponível em: [https://www.gov.br/casacivil/pt-br/conteudo-de-regulacao/regulacao/documentos/biblioteca-nacional/2012/11662\\_diamond-revista\\_miolo\\_1.pdf](https://www.gov.br/casacivil/pt-br/conteudo-de-regulacao/regulacao/documentos/biblioteca-nacional/2012/11662_diamond-revista_miolo_1.pdf);

SILVEIRA E SILVA, Rafael. COSTA JÚNIOR, Álvaro P. S. **Judiciário e política regulatória: instituições e preferências sob a ótica dos custos de transação**. *Brazilian Journal of Political Economy*, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rep/a/nRtfN43FCXXQGFK9YD9Hc9k/?lang=pt>.

**Contatos:** ambrosiouser@outlook.com (aluno) e vicente.bagnoli@mackenzie.br (orientador)