

Concorrência e consumidor no âmbito da administração pública: uma relação a ser vista como de tensão no plano dos valores*

Gilberto de Abreu Sodré Carvalho**

1. Introdução

Este artigo pretende definir a tensão e a possível melhor articulação entre duas posições básicas: os espaços de incidência do princípio da defesa da livre concorrência e o do princípio da defesa do consumidor. Os dois são princípios jurídicos constitucionais, constando do art. 170, IV e V, da Constituição Federal.

Conforme se prestigie um ou outro princípio, há um resultado diferente. Nessa linha de pensamento, quando se toma o princípio de defesa do consumidor como dominante ante a da defesa da livre concorrência, isso corresponderá a prestigiar a *eficiência econômica* em vez da *livre escolha* do consumidor. Se o princípio da defesa da livre concorrência for o prevalecente em face da defesa do consumidor, então se favorecerá a livre escolha, tornando-se secundária a eficiência econômica.

A diferença entre uma coisa e outra parece confusa ou desprezível, no entanto, não é. O predomínio do princípio da defesa da livre concorrência levará a resultados mais adequados, no quadro de princípios da Constituição brasileira de 1988.

Neste artigo esse ponto será demonstrado com a argumentação restrita à análise do plano teórico.

Como conclusão, recomendo que na modelagem de administração pública os dois interesses sejam atendidos separadamente, por agências reguladoras e sistemas

* Artigo recebido em jul. 2003 e aceito em maio 2004.

** Consultor jurídico empresarial em São Paulo e no Rio de Janeiro. Mestre em direito político e econômico pela Mackenzie, graduado em direito pela Uerj e em administração pública pela Ebape/FGV. Autor do livro *A nova empresa na era da concorrência e da gestão do conhecimento*. FGV, 2003. E-mail: gsodre@uol.com.br.

autônomos. Um para a concorrência e outro para o consumidor, nos moldes atuais. Não como foi nos anos 2000 e 2001, com o modelo bifronte da Agência Nacional da Defesa do Consumidor e da Concorrência. Apesar de em teoria econômica o trato duplo e transversal da questão concorrência/consumidor seja possível e até mais adequado cientificamente, tal arranjo pode levar à perda para o consumidor, dificilmente ao ganho.

2. Um direito de mercado

Existe um conjunto de regras jurídicas disciplinadoras das relações de tráfico econômico entre os empresários e sociedades empresárias para a oferta de utilidades que finalmente chegarão aos consumidores, bem como entre os mesmos empresários e sociedades empresárias na qualidade de *fornecedores*, de um lado, e consumidores, de outro.¹ A evidência de mesma circunscrição temática das normas jurídicas relacionadas a essas várias relações jurídico-econômicas leva à formação de uma disciplina jurídica especializada: o *direito de mercado*.

Está no art. 170 da Constituição o formato básico do direito de mercado, ou seja, do capitalismo brasileiro, ao qual — ainda que notavelmente circunstanciado pelos ditames da dignidade humana, valorização do trabalho, justiça social, soberania nacional, equilíbrio regional e social, pleno emprego e proteção das empresas brasileiras de pequeno porte — reservam-se, no que sobrar, espaços para a típica ação privada de mercado.

Assim, existem, como normas-princípio de direito de mercado, as da defesa da concorrência, do consumidor e do meio ambiente, além de função social da propriedade. A última abre campo para formidáveis possibilidades legislativas, de governo e administração pública e judiciais, na orientação do exercício do direito de propriedade sobre bens de produção.

O artigo baseia-se apenas nas defesas da concorrência e do consumidor, sem incluir o meio ambiente. Essa restrição de objeto é possível por causa da articulação especial que existe entre os dois princípios. Os dois temas correspondem ao que se pode denominar núcleo do direito de mercado, um núcleo dúplice, como se verá.

¹ Santos (2000) trata do assunto. De Lucca (2003) desenvolveu recentemente a noção de mercado em que seriam atores os empresários e os consumidores. Ele não se estende muito sobre o que chama de *mercado consumidor* (p. 162 e ss), mas atinge bem o tema. As obras de Salomão Filho (1998) e Forgi-one (1998) são as que para discutir o antitruste mais aprofundam a idéia de continuidade das relações entre os fornecedores e os consumidores.

3. Comerciantes como fornecedores

Leães (1987) disserta sobre a origem do mercado como o foco. Como narrado por ele, na baixa Idade Média (séculos XII a XV) existia um sistema de normas especiais destinado à classe dos mercadores. Contrapunha-se ao direito comum, de natureza romano-canônica. O direito mercantil reduzia-se a seu cunho subjetivo, gravitando em torno da pessoa do comerciante.

Isso permanecerá durante o Renascimento (séculos XV e XVI). Só sob o império do racionalismo e do empirismo, nos séculos XVII e XVIII, primeiro com as *ordonnances* de Luís XIV (1638-1715), depois com a Revolução Francesa, o incipientíssimo direito de mercado (então direito mercantil), trasladará a sua lógica para outro conceito: o dos atos objetivos do comércio, onde importa mais o ato do que aquele que o pratica.

O ideário burguês, consagrado pela Revolução Francesa, indispunha-se com um direito especial — que se aplicasse a uma classe de pessoas, os comerciantes — diante do princípio de igualdade (formal) de todos perante a lei. Era, então, visto como desejável um direito mercantil que se dirigisse a todos que se “manifestassem” como comerciantes. Estabeleceu-se um conceito de “ato de comércio”, não se considerando, como elemento necessário, a condição prévia de comerciante.

Havia um defeito básico nessa proposição: comerciante e ato comercial são dois elementos que se relacionam.

Segundo Leães (1987:10-11):

o Código Comercial de Napoleão, assim como os demais que lhe são tributários, não consagrou a concepção objetiva de modo absoluto. Se bem que o art. 631 do código francês disponha que os tribunais de comércio conhecerão dos litígios relativos aos atos de comércio “entre todas as pessoas” e os arts. 632 e 633 subministrem uma enumeração limitativa de tais atos, o código contém outras tantas disposições que se filiam à concepção subjetiva do direito profissional do comerciante, como a enfatizar a necessidade de uma correlação sujeito-objeto no conhecimento de prática mercantil. Correlação essa que viria evidenciar-se em fins do século XIX, no Código Comercial alemão de 1 de maio de 1897 (HGB), que adotou um sistema misto, fixando a comercialidade, conforme a hipótese, ora em função da pessoa, ora em função do ato.

Com a Revolução Industrial (séculos XVIII e XIX) e a economia de massa, a *comercialidade* sob o ponto de vista econômico e jurídico desloca-se para a noção de *atividade*. É, finalmente, a *empresa*.

No final do século XIX e no século XX, as pequenas manufaturas, submetidas à lei de um mercado ainda de algum modo atomizado, vão sendo substituídas pe-

las grandes empresas com produção em escala. O capitalismo de concorrência “quase perfeita” cede paulatinamente lugar a um capitalismo de grandes unidades de monopólio ou de quase-monopólio.

É um novo ponto de inflexão para o nosso direito de mercado. Passa a haver uma atividade econômica organizada e crescentemente baseada em procedimentos racionais e profissionais. A empresa torna-se a referência.

Os industriais e os comerciantes passam a ter seus interesses dirigidos para o mercado com os seus grandes números, isto é, para a massa de consumidores. Passam a ser fornecedores, alinhando-se em cadeias de produção de bens, em que compram-se e vendem-se insumos e matérias-primas, emprestam-se recursos financeiros e capitais, tudo para o efeito de vender-se, tendo-se em consideração um conjunto impessoal de consumidores ou de destinatários finais da atividade econômica.

4. A necessidade da defesa do consumidor

Comparato (1974:89-105) escreve sobre a crescente importância dos assuntos dos consumidores em face da realidade das empresas de produção em massa.

Ele ensina que a idéia de uma sistemática proteção do consumidor, nas relações de mercado ou com as empresas, é estranha à teoria econômica clássica. Ela se fundamenta na noção de necessidade econômica individual “imaginando que ela se exprimisse livremente no mundo das trocas, como imposição da própria natureza, e como elemento formador da demanda global, à qual adaptar-se-ia, *ex post factum*, a oferta global”.

Aí, não cabe falar em defesa do consumidor. A construção teórica referida faz parecer que o consumidor ditaria as leis do mercado. A discussão limitar-se-ia ao aspecto da capacidade econômica para o consumo: a aptidão do consumidor para pagar o preço dos bens e serviços de que necessita. Hoje, os economistas reconhecem que a realidade a ser levada em consideração é também (e muito especialmente) a do poder econômico das empresas. A dialética produtor \times consumidor é mais complexa que a capital \times trabalho.

Todos somos consumidores; o próprio Estado é consumidor. A maior parte dos consumidores acha-se inserida na produção, direta ou indiretamente. Assim, na arbitragem de conflitos desse tipo, nem sempre nos deparamos com uma nítida distinção entre “fracos” e “poderosos”, em campos opostos.

Citando Comparato:

Os consumidores mais desprotegidos, diante de uma medida administrativa que afete o interesse do organismo de produção para o qual trabalham, tenderão a to-

mar o partido deste e não da “classe” dos consumidores em geral, como tem sido visto, em episódios recentes. Por outro lado, o Estado, consumidor ele próprio, mas também intimamente ligado aos interesses dos produtores, costuma pender para o lado destes, salvo quando sacudido por violentas campanhas de opinião pública.

No Brasil, será a Constituição de 1988, junto com o Código de Defesa do Consumidor, que fará com que o conflito de interesses tenha um concerto específico de regras jurídicas que protegerão o consumidor *concreto* de produtos e serviços, fazendo-o um efetivo ator no direito de mercado.²

5. A melhor defesa do consumidor está no princípio de defesa da concorrência e não no princípio da defesa do consumidor

A Constituição de 1967, emenda de 1969, em seu art. 160, não tinha, com transparência, o papel do Estado na repressão ao abuso de poder econômico. Parecia que tudo estava na mesma categoria de fundamentos da ordem econômica, tanto a livre-iniciativa, quanto a repressão do abuso.

A Constituição de 1988 repetiu a antiga separação da matéria, pelos arts. 145 (ordem econômica) e 148 (repressão ao abuso do poder econômico) da Constituição de 1946. A Constituição de 1988 teve ainda o cuidado de, no art. 170, indicar, como fundamento da ordem econômica, a *livre concorrência*.

O princípio da defesa da concorrência não se subordina ao princípio de defesa do consumidor.³ O contrário parece ter sustentação, ainda que, como princípios constitucionais, sejam de mesmo porte.

A satisfação de um suposto interesse utilitarista e imediato do consumidor deve estar submetida ao interesse público e traduzir-se como o interesse do consumidor de longo prazo, o que inclui a idéia da dignidade humana (em sua máxima expressão, não como *mínimo essencial*) de proceder à escolha entre produtos e serviços em seu mercado relevante.

Nesse quadro, a defesa das estruturas da concorrência é instrumento para o atendimento do interesse público e dos consumidores no longo prazo, prestigiada a dignidade humana pela possibilidade do seu direito amplo de iniciativa, de escolha, de definição e de especificação das suas próprias necessidades econômicas — o que

² Comparato (1990:66-75).

³ Carvalho (2002:31-55) defende essa mesma posição.

será percebido, processado e atendido (com a rapidez possível) pelos fornecedores existentes e estimulará, conforme o caso, os entrantes.

Com a concepção que se introduz, a de *satisfação do utilitarismo imediato do consumidor*, quer se indicar a situação de as forças dominantes de um mercado relevante poderem legitimar a produção de utilidades (produtos ou serviços), em especial nas concentrações empresariais, para a simples satisfação fundamental de necessidade econômica do consumidor à base da redução das alternativas mercadológicas a, até mesmo, uma só possibilidade, desde que a necessidade econômica identificada possa ser satisfeita a um preço acessível. Essa posição corresponderia a algo como a satisfação da dignidade humana no seu *mínimo essencial*.

Isso não pode ocorrer. Os interesses do consumidor são satisfeitos por consequência da proteção da concorrência. Só assim a dignidade do ser humano, que está por trás e acima do consumidor, será cabalmente atendida.

A idéia da *eficiência econômica*, como legitimadora do eventual desfazimento das estruturas da concorrência em um mercado relevante, deve ser banida, uma vez que esse valor *não é* um dos componentes da axiologia constitucional brasileira, ou, ainda que o fosse, não teria prevalência sobre a dignidade humana. A escolha da *eficiência econômica* (em especial na autorização para concentrações empresariais) representa, em geral, concentração de poder econômico no mercado relevante, inclusive em sua dimensão internacional, e não é, entretanto, determinante de benefícios efetivos ou permanentes para os consumidores, conforme explicado por Salomão Filho (2001:110 e ss).

Dramatizando a discussão. Em direito de mercado qual o valor deve ser privilegiado: o suposto interesse imediatista dos consumidores ou o da proteção das estruturas da concorrência?

Ora, os princípios constitucionais da ordem econômica não poderiam ser impassíveis de organicidade lógica. Impõe-se, destarte, que seja identificada uma direção, que seja a mais consistente. De fato, a questão não é tranqüila: parte da teoria econômica (e os teóricos do direito econômico, em geral) opta pelo interesse imediato dos consumidores/eficiência econômica e não pelas estruturas da concorrência.

Nesse cenário, os consumidores poderiam estar satisfeitos ainda que houvesse uma situação de dominação de mercado, sendo essa visão a disponibilizada pelo Cade, a nossa agência antitruste, expressamente na área das concentrações de empresas, pelo art. 54 da Lei nº 8.884/94. Esse concorrente dominante deveria, muito eticamente, dividir seus ganhos de eficiência econômica com os consumidores, proporcionando-lhes preços convenientes, arbitrando seus lucros, para baixo, com sabedoria.

Outra parte do pensamento econômico, por certo a que se afina harmoniosamente com o pensamento jurídico-constitucional brasileiro e com a teoria mercadológica do consumidor, privilegia as estruturas da concorrência, vistas como devendo ser

mantidas ou viabilizadas em seu suficiente operacional. O exercício da competição entre os concorrentes de um dado mercado relevante abre oportunidade para os consumidores na sua iniciativa eficaz de exposição de suas necessidades e de escolha entre serviços ou produtos diferenciados em algum aspecto, sendo isso uma forma, ou a forma, de os atender em seus interesses permanentes, e na sua dignidade humana maximizada, como comanda o *caput* do art. 170 da Constituição. Em uma visão jurídica mais filosófica: as variações disponibilizadas pelo sistema produtivo para a escolha seriam projeções das necessidades e desejos dos seres humanos em dignidade. Para essa teorização não caberia, em absoluto, a satisfação do utilitarismo imediato dos consumidores, como alternativa possível.

Os dois valores — a proteção das estruturas da concorrência e os interesses do consumidor — são parte da chamada constituição econômica: art. 170 e seguintes, da Constituição Federal. Deveriam ser esses valores tutelados da mesma maneira, com o mesmo empenho? Cada vez um deles impondo-se? Não. Não cabe haver disputa entre os dois valores. Eles têm de se harmonizar; deve haver uma prévia fórmula de definição de preferência.

Para tanto, chega-se à posição de que a proteção das estruturas da concorrência é o meio para a garantia da satisfação adequada dos interesses dos consumidores, por força do interesse público, que estaria desatendido se os interesses dos consumidores fossem vistos no desenho proposto pela teoria econômica e o direito econômico tradicionais, que esposam a eficiência econômica como um *must*. O interesse público deve corresponder à máxima consideração da dignidade humana.

A outra solução, a de que os interesses imediatistas dos consumidores (na pequenez de um subinteresse público) seriam o valor dominante, não prospera, uma vez que não levaria instrumentalmente à proteção das estruturas da concorrência. Conduziria ideologicamente ao extremo de também banir-se o valor jurídico e social do capitalismo democrático, bem como o do livre-comércio, da livre circulação dos capitais e do direito de propriedade privada sobre os bens de produção.

Dentro do nosso sistema jurídico, a discricionariedade da agência antitruste brasileira, em poder ou não permitir concentrações de empresas, é uma técnica de possibilitar-se o exercício monitorado, de fora, pelo Estado, da autonomia da vontade por parte dos concorrentes desde que não se agrida o fundamental das estruturas da concorrência. Assim, as concentrações são sempre — excetuados os erros de avaliação de negócio — boas para os concorrentes que as praticam. O que não podem ser é prejudiciais às estruturas da concorrência, isto é, aos consumidores em seu interesse permanente de serem atores plenos no mercado, capazes de escolhas ou de provocar situações de escolha.

Sejam, em suma, as concentrações empresariais permitidas, em uma primeira ponderação, por respeito ao direito de contratar dos concorrentes, desde que não haja desfazimento essencial das estruturas da concorrência (o que violentaria o in-

teresse público). Em segunda ponderação, como um meio de, pela eficiência econômica que se possa evidenciar atender-se, assume-se, aos consumidores que *escolham* o utilitarismo imediatista. Desde que, sempre, não se obstruam as estruturas da concorrência, cartorializando-se o fornecimento de um dado produto ou serviço.

O valor defesa da concorrência desse molde impõe-se, isso não significando que os concorrentes devam ficar manietados quanto à amplitude das suas possíveis ações de ordem societária ou simplesmente negocial em direção a concentrações, ou à sua justa procura de maior eficiência econômica, a qual poderá ser servida com a concentração. As liberdades de contratar e a contratual (de dar conteúdo ao contrato) estão apenas limitadas, no caso, pelo preceito da defesa da concorrência como meio de tornar concreto o modelo de escolha pelos consumidores entre produtos e serviços. Garanta-se ao consumidor seu justo papel de ator no mercado.

Tal assunção (a de não aceitarem-se os supostos interesses imediatos dos consumidores como preferenciais) não pode ser vista como injusta diante dos interesses constitucionais dos consumidores, já que esses têm todo um microsistema jurídico próprio capitaneado pelo Código de Defesa do Consumidor, além do art. 29 da Lei nº 8.884/94, que reconhece expressamente o espaço do consumidor nas questões concorrenciais avocadas pela agência antitruste brasileira. O que se quer é estabelecer que o interesse público só é atingível por intermediação primeira do atendimento do valor defesa da concorrência.

O excesso na consideração de supostos interesses autônomos dos consumidores, ou a via direta ao consumidor, poderia levar, por estranho que pareça, a uma economia não-capitalista ou à mancomunação do Estado com o grande capital, como na Alemanha nazista. Isso não quer o art. 173, §4º, da Constituição Federal. Quer o oposto; daí a proteção das estruturas da concorrência ser meio para a satisfação do interesse do consumidor na sua plena capacitação humana concreta como sujeito de direito.

6. Escolas de Freiburg e Chicago

O pensamento favorável à primazia da eficiência econômica que levaria ao atendimento dos consumidores, inclusive com eventual perda para as estruturas da concorrência, é apoiado pela chamada escola de Chicago. O pensamento que sustenta ser a defesa da concorrência preferencial é conhecido como da escola de Freiburg, secundada pela escola de Harvard. O assunto é discutido por Forgione (1998:154-161)⁴ e Salomão Filho (1998:18-24).⁵

O direito constitucional brasileiro parece ter esposado as colocações que nasceram com a escola de Freiburg, da universidade de mesmo nome na Alemanha, que

entende essencialmente que se deva proteger a fluidez do mercado relevante em suas relações entre os concorrentes, garantindo as estruturas da concorrência. Só admitindo, em extremo, monopólios ou qualquer tipo de concentração societária, propriamente dita ou negocial, quando se mantiverem as condições livres para entrada, no mercado relevante, de novo concorrente que o queira. Os monopólios seriam, desse modo, circunstanciais e temporários; nunca poderiam ser institucionais ou autoritários.

A doutrina da Universidade de Harvard, nos EUA, assemelha-se à de Freiburg.

⁴ A autora entende que a escola de Harvard caracteriza-se pela constatação de que um certo desequilíbrio é possível e mesmo desejável nos mercados, mas a regra buscada deve ser a da concorrência. No geral, a escola de Harvard sustenta que devem ser evitadas as excessivas concentrações de poder no mercado, que acabam por gerar disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas, buscando-se um modelo de *workable competition*, em que um pouco de desequilíbrio é bom. Na década de 1980, atinge seu auge a escola de Chicago. Ela tem como base as lições de Aaron Director e Ronald Coase nos anos 1950. A escola de Chicago traz para o antitruste a análise econômica, a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficiaria os consumidores. Isso seria verdadeiro mesmo que estivesse o agente econômico em posição monopolista. As concentrações (e o poder econômico que delas derivam) não são vistas como um mal a ser evitado.

⁵ “A tradição econômica neoclássica, desenvolvida nesse campo sobretudo na Universidade de Chicago (e por isso denominada Chicago School), responde a essa pergunta com uma expressão que para os seus seguidores (e para as cortes americanas, que desde o começo dos anos 1980, adotaram, inteiramente, a teoria neoclássica) já se tornou sinônimo de sistema antitruste: ‘eficiência’. Para os teóricos neoclássicos, esse valor se sobrepõe e elimina qualquer outro objetivo que possa ter o direito concorrencial, inclusive a própria existência da concorrência. Os teóricos neoclássicos de Chicago não hesitam em admitir a existência de monopólios ou de restrições à concorrência, caso esses sejam instrumentais relativamente ao objetivo definido: a maximização da eficiência. (...) Segundo esses teóricos, basta que o direito antitruste se preocupe com a eficiência. A distribuição equitativa dos benefícios com o consumidor é presumida, derivando, necessariamente, da ‘racionalidade’ monopolista. (...) A maior contestação a essa teoria vem da chamada escola Ordo-Liberal ou escola de Freiburg. A escola de Freiburg nasce nos anos 1930 na Alemanha. (...) Para seus representantes a garantia da competição é fundamento essencial para garantia do funcionamento econômico de uma economia de mercado. A organização ideal da ordem privada é aquela que permita a ‘autocoordenação’ e o ‘autocontrole’. O direito deve criar as condições para que ambas as garantias se efetivem: a ‘autocoordenação’ é garantida através das transações privadas, para as quais o direito de propriedade e o direito das obrigações são elementos organizativos fundamentais. Já a segunda ordem, ‘autocontrole’, *‘becomes effective as soon as the potential partners to a transaction have moved into a position which allows them to assess the conditions of an exchange in view of the possibility of substituting partners to (and objects of) a transaction’*, isto é, *‘as soon as effective competition is possible. The transitory patterns of allocation and of distribution produced by self coordination and self control reflect a spontaneous order’*. É esse tipo de preocupação — a possibilidade de efetiva competição — que deve ter guarida no direito concorrencial.”

A vantagem para os consumidores dignificados em sua humanidade, nesse esquema de fluidez da concorrência, está na garantia e manutenção de sua capacidade de escolha ampla entre os produtos ou serviços em oferta no mercado relevante, seja pela qualidade, preço, aparência, nome, comprometimento social, respeito às leis, políticas ambientais, desenho, pós-venda etc. Nesse quadro, é imposta a condição de que: ou exista fluidez de relações no mercado relevante, uma vez que nenhum concorrente tem condições para o abuso, ou então que, mesmo havendo um concorrente com posição dominante, ou mesmo monopolística, esse não tenha condições de proceder abusivamente diante dos outros concorrentes e dos consumidores, por ser possível o imediato ingresso de novo concorrente, com produtos substitutos.

Para a escola de Chicago, a ordem econômica deve privilegiar, mediante a eficiência econômica, o consumidor idealizado. Nessa linha, à medida que o concorrente seja mais e mais competitivo, com relação a seus custos e despesas e otimização de processos, ele terá condições de atender melhor aos consumidores e garantir, afinal, um preço adequado. Não caberia supor (entendem seus ideólogos) que esse concorrente eficiente, mesmo que faça desaparecer todo o resto da concorrência, venha a *necessariamente* atuar contra o interesse dos consumidores. Em suma, a *maximização da eficiência* é diretamente relacionada ao benefício dos consumidores. Nas relações com os consumidores, haveria um pacto econômico, onde o eventual monopolista preservaria a razoabilidade dos preços e do seu lucro.

A escola de Chicago é irreal na medida em que supõe que o fornecedor eficiente, em posição de dominação, venha a ser conveniente aos consumidores. Não parece ser essa a natureza humana. O mais provável será procurar alcançar mais e mais lucros, agora ou daqui a pouco, arbitrando-os até.

São dois enfoques bem diferentes. A doutrina de Freiburg deve ser a adotada no Brasil, como já afirmado. A da escola de Chicago é uma via alternativa pouco legítima, usada quando, por circunstâncias, pretenda-se dar explicação, fora do padrão que supomos constitucional (o da escola de Freiburg), para concentrações empresariais com riscos reais de perda para as estruturas da concorrência.

7. O compromisso com valores na modelagem organizativa de administração pública

No governo Lula, não é improvável que se volte a tratar (como ocorreu em 2000 e 2001, com o projeto da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência) como de natureza complementar as questões da defesa da concorrência e as da defesa do consumidor. A tentação é grande, uma vez que isso abriria enorme espaço de poder discricionário para a administração pública, na medida em que se facilita-

ria a manipulação das duas dimensões valorativas quebrando-se os limites de suas aplicações, pela confusão de seus valores autônomos, de origem.

A concepção de que as agências reguladoras antitruste sejam instrumentos dóceis da política econômica dos governos (e não guardiãs isentas da concorrência) torna ainda mais grave a possibilidade da junção dos assuntos do consumidor com os da concorrência.⁶ A concepção de “regra da razão” (*rule of reason*),⁷ aceitável em matéria concorrencial, nos parece inconveniente em direito do consumidor, uma vez que a vocação desse direito é a de limitar a ação dos fornecedores sob regras legais explícitas.

O conceito de uma agência com função dupla parece produto do equívoco de querer-se dar nova solução para questões já em curso maduro de bons resultados, por outros meios e modelagens. A defesa do consumidor é bem atendida, pela própria cidadania, junto aos órgãos próprios do Judiciário, Ministério Público, departamentos

⁶ Forgione (1998:170-174) entende que a lei antitruste serve (e deve servir) para a implementação de políticas públicas na economia. Essa visão das normas antitruste como um instrumento de implementação de políticas públicas decorre da análise de reiteradas decisões das autoridades de países centrais. Há muitos exemplos de implementação de uma política econômica, mediante a aplicação (ou não-aplicação) da legislação antitruste. Por exemplo: não se tem notícia de as autoridades japonesas terem aplicado a lei antitruste contra o *Keiretsu*, que obstrui os canais de distribuição aos produtos estrangeiros. Lembra Forgione que “nos primeiros anos imediatamente seguintes à promulgação do Sherman Act, exceto por alguns julgados condenando cartéis, essa lei foi muito pouco aplicada. Na opinião do historiador Arthur Johnson, essa não-aplicação da lei antitruste deveu-se ao fato de que o governo seguia em uma ‘policy of drift’ porque não queria indispor-se com o grande empresariado e obstar o crescimento industrial”.

⁷ Salomão Filho (1998:141-145) informa o seguinte sobre “regra da razão”: “A ‘regra da razão’, como originalmente elaborada, tinha um objetivo muito simples: tornar viável a aplicação do direito concorrencial. A previsão genérica da Section I do Sherman Act de que seria ilícito ‘todo e qualquer contrato, combinação na forma de truste ou qualquer outra forma, ou conspiração em restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com as nações estrangeiras (...)’, permitia em tese declarar ilícitos grande parte dos contratos comerciais. Mesmo sofrendo certas resistências iniciais, a regra da razão acabou cedo por se firmar, restringindo a aplicação do dispositivo apenas àqueles contratos que causassem uma desarrazoada (*unreasonable*) restrição ao comércio. (...) Essa regra encontra-se hoje substancialmente modificada. Se a regra da razão clássica tinha acrescentado o termo ‘desarrazoada’ à Section I do Sherman Act, sua evolução posterior é no sentido de acrescentar o termo ‘injustificada’. (...) Essa evolução corresponde à incorporação ao direito antitruste de preocupações outras que não exclusivamente a preservação da competição. Duas são as vertentes aí distinguíveis. Em primeiro lugar a vertente neoclássica, dominante no momento na jurisprudência e doutrina norte-americanas. Segundo essa vertente, como já visto, a justificativa ‘extraconcorrencial’ para as restrições à concorrência é a eficiência. A segunda vertente, por assim dizer mais intervencionista, incorpora objetivos de política social e industrial ao direito antitruste. As justificativas para a restrição à concorrência passam a ser a redistribuição de benefícios para o consumidor, ou então, a persecução de objetivos da política industrial, como o desenvolvimento econômico e/ou tecnológico”.

das administrações públicas estaduais e municipais, e entidades civis, em muitos anos de sucesso, a partir do começo da vigência do Código de Defesa do Consumidor.

Como já se demonstrou, a defesa da concorrência deve ser instrumento para a defesa mercadológica dos consumidores, essa percebendo-se aí como a defesa do consumidor na qualidade de agente econômico na plenitude de sua dignidade humana. Essa situação é anterior e externa ao microsistema do direito do consumidor propriamente dito, uma vez que esse, na ordem jurídica, limita-se ao fornecedor e ao consumidor (em que pese ao fulcral conteúdo valorativo da dignidade humana encontrado nesse microsistema), não abrangendo figuras como as *estruturas da concorrência, concentrações de fornecedores, abuso do poder econômico na relação de consumo pelo arbitramento do consumo*. Essas figuras são de direito concorrencial, não são de direito do consumidor. Independentemente de, no todo, serem do âmbito maior do direito de mercado. A própria idéia de direito de mercado deve ser percebida mais como circunscrição de investigação empírica do que como uma disciplina jurídica propriamente dita, uma vez que apresenta dois valores “centrais” que podem ser díspares em certas circunstâncias.

Há que lembrar que a administração pública, como filosofia e teoria, e espera-se que também na prática, seja comprometida com valores; não só com a instrumentação tecnológica das políticas de governo na forma de processos de sua realização. A consideração ética é primordial. O compromisso com a dignidade humana, em sua máxima percepção, é seminal. O chamado princípio da *eficiência econômica* não é um princípio constitucional, assim deve ser visto com reservas; só se encontra nos textos subalternos à Constituição e nas políticas governamentais.

8. Conclusão

Em suma, nesse enquadramento de análise, os princípios da defesa da concorrência e do consumidor, do art. 170 da Constituição, devem ser examinados autonomamente e tratados separadamente em termos de estruturas e processos de administração pública. Se houver disputa entre a aplicação de um ou de outro, na interpretação de texto legal, deve prevalecer o interesse do ser humano, o que é evidente; mas esse interesse visto no longo e mais consistente prazo e o mais abrangente possível, o que parece ser a visão adequada de interesse público, nos moldes da dignidade humana no seu máximo essencial. Impõe-se a busca da garantia e preservação do direito de escolha do ser humano travestido de consumidor.

Combinando, em uma só agência, ou mesmo um só ministério ou secretaria, microsistemas jurídicos diferentes, criar-se-ia espaço umbroso favorável ao desvio

valorativo e ao arbítrio. Esse tipo de fenômeno, tanto em direito quanto em administração pública, não deve ter lugar.

Referências bibliográficas

CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. *Responsabilidade civil concorrencial* — introdução ao direito concorrencial privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil*, n. 15-16, p. 89-105, 1974.

———. A proteção do consumidor na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Mercantil*, n. 89, p. 66-75, 1990.

DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

FORGIONE, Paula. *Fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial* — as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.

———. *Regulação da atividade econômica* — princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito de marketing*. São Paulo: RT, 2000.