

## O princípio constitucional da livre concorrência e o processo de globalização

Cláudia Maria Borges Costa Pinto\*

Sumário: 1. Premissas Iniciais. 2. Da substituição da mão invisível do mercado pela lei. 3. Do enfraquecimento do processo decisório público em face do crescimento do modo de produção globalizado. 4. Princípio da Livre Concorrência. 5. Conclusões. 6. Bibliografia.

RESUMO: Este artigo apresenta reflexões sobre o impacto do processo de globalização no princípio da livre concorrência.

Palavras-chave: Constituição brasileira – princípios constitucionais – livre concorrência – globalização.

ABSTRACT: This article presents reflections on the impact of the process of globalization in the principle of the free competition.

Key-Word: Brazilian constitution – constitutional principles - exempts competition - globalization.

---

## 1 PREMISSAS INICIAIS:

Muito se escreve sobre a livre concorrência, nos mais diferentes contextos e para fundamentar um variado número de teses jurídicas, sejam de cunho acadêmico, sejam relacionadas com litígios de natureza administrativa ou jurisdicional.

Entretanto, poucos são os estudos que abordam o princípio da livre concorrência (e o princípio que dela decorre - da repressão ao abuso do poder econômico [01]) sob a perspectiva da dualidade dos processos decisórios público e privado (ou econômico).

Processo decisório público é aquele que se situa no âmbito das decisões públicas (políticas coletivas, extramercado).

Processo decisório privado é aquele que se dá no âmbito do mercado.

Tanto o processo decisório do setor público, quanto o processo decisório do setor privado dizem respeito, direta ou indiretamente, às escolhas que os agentes econômicos fazem acerca do emprego de recursos escassos, escolhas as quais são informadas por diferentes ordens de motivações e princípios [02].

A decisão de mercado (privada) é orientada pelo sistema de preços (que seriam os parâmetros para orientar as escolhas dos agentes econômicos privados), ao passo que a decisão pública (política) é lastreada sob o critério político [03].

A identificação de pólos decisórios teoricamente separados quanto à iniciativa econômica dá lugar ao que Fábio NUSDEO denomina de sistema econômico dual ou misto, característico de sistemas econômicos do tipo ocidentais, nos quais se enquadram, por exemplo, o nosso atual sistema econômico.

Neste tipo de sistema econômico, duas são as explicações para a ação ou presença do Estado na economia:

"(...) Em primeiro lugar, ele atua no sentido de suprir certas disfunções na mecânica operacional do mercado. Age, assim, "pro" mercado, no sentido de bem fazê-lo se desincumbir de sua missão, sem lhe impor, deliberadamente, padrões de desempenho. Em segundo lugar, ele se faz presente com o fito, aí sim, de impor um desempenho consentâneo com objetivos adrede estabelecidos a nível político" [04].

No nosso sistema econômico (isto é, do tipo ocidental), ora o Estado age para suprir as denominadas "falhas do mercado" ou "market failure" (estruturais e/ou relacionadas à inadequada sinalização da escassez [05]), ora age no nível político (fazendo o mercado atender determinados objetivos, estabelecidos previamente por escolhas políticas).

Ou seja, a regulação pública de setores da economia se biparte para: a) suprir as falhas de mercado (ou concorrência imperfeita/ineficiente) [06] - que pode ser entendida dentro de um contexto em que determinadas condições estruturais do mercado (mercados concentrados, com elevadas barreiras à entrada, com demanda inelástica e conseqüentemente ineficientes para a oferta de produtos, o que ocasiona a elevação de preços), permitem um possível abuso de poder de mercado [07] e b) para a persecução de políticas públicas, voltadas para o interesse coletivo [08].

Importa esclarecer que quanto mais relevantes e maiores forem as falhas de mercado menor será a concorrência e maior será o desequilíbrio entre ofertantes e demandantes, abrindo-se o cenário ideal para o abuso de poder econômico, com indiscutíveis prejuízos ao bem-estar econômico e social.

Estas explicações iniciais, ao lado da identificação de pólos decisórios (público e privado) quanto às escolhas quanto ao emprego de recursos escassos, ainda que extra jurídicas, têm indiscutível utilidade prática na definição das noções acolhidas pelo Direito, bem assim a compreensão do arcabouço histórico em que determinados sistemas econômicos ensejaram a adoção de determinados institutos jurídicos.

Por exemplo, ao examinarmos a intensidade ou prevalência das decisões de natureza pública versus decisões de natureza privada, podemos discernir, no processo evolutivo da organização econômica ocidental, que as oscilações na prevalência de planos decisórios público e privado ora ensejaram tentativas de absoluta separação (v.g. sistema liberal) ora para tentativas de aproximação (v.g. sistema neoliberal).

Também tais premissas servem como ferramenta para interpretar-se a transição da relativa neutralidade do Estado (no liberalismo) para uma presença mais marcante no processo econômico (mediante a implantação de políticas públicas alteraram efetivamente o cenário econômico, interferindo na sua estrutura e funcionamento, v.g. "New Deal").

Em outras palavras, quando utilizamos como referencial teórico a prevalência da escolha pública, visualizamos um Estado que interfere no processo econômico, afetando os resultados até então eram naturais e espontâneos (sujeitos à "mão invisível" do mercado), com o objetivo de adaptá-los a metas de política econômica, que foram previamente fixadas para a realização do bem comum (coletivo) [09].

Por outro lado, quando há prevalência da decisão privada (o que, na prática, não passa de mera abstração, pois a verdade que não há neutralidade do Estado, no processo econômico, pois "atuação no campo econômico, o Estado sempre desenvolveu" [10] e segundo Alvacir NICZ "realisticamente, em nenhum momento o Estado se absteve por completo de intervir na ordem econômica de uma forma ou de outra [11]), verificamos a implementação de um campo teórico propício para as doutrinas da minimização do Estado.

Embora a utilização desta premissa metodológica não reduza a complexidade das razões que justificam a presença do Estado na economia, a mesma auxilia ao intérprete encontrar um eixo estrutural que facilita a compreensão do Direito Positivo que se sobressai dos sistemas econômicos, diante da prevalência deste ou daquele processo decisório.

Note-se que o Estado, quando interfere na economia, através de uma política econômica, impõe uma distorção artificial ao mercado, forçando-o a um rumo diverso, acaso a intervenção não se realizasse, minimizando o âmbito da escolha privada.

E a possível reação do setor privado quanto à minimização de seu processo volitivo pode dar ensejo a um movimento de rejeição à escolha econômica pública, gerando instabilidade ou insegurança no mercado.

Daí porque a opção das políticas econômicas a serem implantadas é tormentosa e, se não precedida de um profundo debate e submetida a um processo de profundo escrutínio popular, pode dar lugar à persecução de metas estranhas ao bem comum, privilegiando ideologias ou teorias de grupos minoritários.

Por estes motivos, insere-se a utilidade da fixação prévia dos grandes fins das políticas econômicas, evitando-se a distorção das escolhas públicas.

Segundo os estudiosos, os fins apontados como grandes vetores de uma política econômica são: a) progresso econômico; b) estabilidade econômica; c) justiça econômica; d) liberdade econômica.

É intuitiva a conclusão de que tais fins são absolutamente conexos e interligados entre si, pois não se concebe justiça econômica sem liberdade econômica, não há como existir progresso econômico sem estabilidade econômica.

Fixadas estas premissas iniciais, cumpre examinar a transição para opção para a regulamentação pública dos mercados.

-----

2DA SUBSTITUIÇÃO DA MÃO INVISÍVEL DO MERCADO PELA LEI:

As "imperfeições do liberalismo, associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados" levaram ao Estado assumir o novo papel de "agente de implementação de políticas públicas", agindo no sistema econômico basicamente sob três modalidades: a) por absorção; b) por direção; e c) por indução [12].

Da transição da velha estrutura liberal até a consolidação do "welfare state", passando pelo "New Deal" de Roosevelt, "a mão invisível de Smith passou crescentemente a ser substituída pela mão visibilíssima da lei, do regulamento, das normas geradas no interior dos órgãos burocráticos" [13].

Assim, uma grande parcela das decisões sociais que envolviam, direta ou indiretamente, as decisões sobre a distribuição dos bens econômicos escassos foram subtraídas dos mecanismos de mercado, passando para a regulamentação oficial.

Entretanto, embora frequentemente criticadas, a participação e a presença do Estado na economia não representam, necessariamente, uma mazela, senão que uma "inescapável contingência da evolução do próprio sistema de mercado", que afasta o Estado da condição de "interventor aleatório" para um "participante habitual do sistema econômico". [14]

---

### 3DO ENFRAQUECIMENTO DO PROCESSO DECISÓRIO PÚBLICO EM FACE DO CRESCIMENTO DO MODO DE PRODUÇÃO GLOBALIZADO:

Inúmeros são os autores que diagnosticam ao enfraquecimento de noções de "país", "nação" e "soberania" em face do fenômeno da globalização [15], apontando, entre outros motivos, a presença de atores ou 'players' de mercado, representados por grandes empresas e corporações (multinacionais, transnacionais, empresas globalizadas, mundializadas, etc.), as quais, ao optarem pela busca de ambientes mais competitivos aos seus interesses econômicos (lucro), causam desequilíbrio no processo das decisões econômicas.

Embora o fenômeno da globalização não seja novo [16], é inegável que o contexto social, político e econômico no qual se deu o advento da Constituição de 1988 é diferente do atual, especialmente se considerado o processo de desregulamentação do mercado, iniciado na década 90, sob os auspícios do Governo Collor (mas com sensíveis e efetivos efeitos sob o governo de Fernando Henrique Cardoso, através de inúmeras emendas constitucionais).

Dessa forma, no cenário econômico da década de 90, forçado pelo clima da globalização, houve uma retração da atuação estatal na economia, com a adoção de políticas industriais fracas e a adoção de processos de desestatização (mediante a venda de ativos patrimoniais para a iniciativa privada, quebra de monopólios e a delegação de serviços públicos tradicionalmente prestados pelo Estado para particulares).

Segundo Eros Roberto GRAU:

"(...) ainda que não tenham comprometido as linhas básicas da ordem econômica originariamente contemplada na Constituição de 1988, as emendas constitucionais promulgadas a partir de agosto de 1995 cedem ao assim chamado neoliberalismo, assinalando o desígnio de abertura da economia brasileira ao mercado e ao capitalismo internacional" [17].

Assim, embora a Constituição de 1988 tenha adotado um modelo econômico capitalista liberal do tipo social [18], não se pode olvidar as consequências do processo de abertura do mercado brasileiro ao capitalismo internacional, o que dá, em consequência, uma nova textura para o estudo do princípio da livre concorrência.

---

4PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA:

Segundo a Ciência Econômica, a regulação dos mercados é uma opção, entre outras [19], na qual o Estado se posiciona para enfrentar uma falha de mercado, implicando a adoção de uma postura na qual será permitido que a iniciativa privada se responsabilize pela oferta, mas, ao mesmo tempo, se irá regular a autonomia das decisões desta mesma iniciativa privada, para o fim de obter um resultado socialmente aceitável ao mercado.

O conceito de concorrência parte de modelos teóricos hauridos das instâncias econômicas, sendo a concorrência entendida como uma disputa, um processo de enfrentamento entre ofertantes e demandantes, em dado ambiente (mercado).

Segundo Miguel REALE o conceito da livre concorrência "tem caráter instrumental, significando o "princípio econômico" segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado [20]."

A Constituição elegeu a livre concorrência à categoria de princípio geral da atividade econômica (CF/88, art. 170, V), equiparando-a aos princípios basilares estabelecidos para o modelo econômico político brasileiro, tais como da soberania nacional, da propriedade privada, proteção do consumidor, nos termos seguintes:

"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;"

A melhor forma de identificar a importância da concorrência é analisar os ambientes onde ela não se manifesta: onde não há concorrência, o ofertante se impõe ao demandante, abusa do seu poder de mercado (isto é, o poder de elevar preços, sem oposição dos demandantes) e da sua propriedade privada (meios de produção),



diminuindo a produção dos bens de consumo e aumentando os seus preços, provocando uma transferência compulsória de renda do consumidor.

E mais, em termos macroeconômicos, onde não há concorrência [21], o ambiente não competitivo acarreta a diminuição do nível de emprego e geração de riquezas e divisas (pois reduz a competitividade internacional), provoca o engessamento das tecnologias.

A visão de um mundo newtoniano "onde a iniciativa de seres humanos autocentrados, individualistas, não geraria o caos, mas uma ordem espontânea de mercado" sendo o "interesse próprio de cada um" um "novo paradigma ético" que criaria uma "ordem econômica e social que beneficia e interessa a todos, levando a maior riqueza da sociedade" propugnada por Adam Smith [22] é uma abstração, cuja realidade histórica demonstrou ser falsa.

É preciso desmentir a falsa e "bem antiga (...) convicção, afirmada em discursos pronunciados desde o final do século XVI, de que a livre concorrência é o antídoto natural contra os males do mercado, perfeitamente capaz de impedir a exploração do consumidor e o indevido aumento de preços (= a exploração dos adquirentes) e de fomentar a otimização da qualidade dos bens e serviços" [23].

Não há como prescindir de alguma forma de organização política, que traga em seu bojo, de um lado, garantias mínimas à propriedade privada e o respeito aos compromissos contratuais e, de outro, instrumentos para corrigir as falhas de mercado.

Daí porque surge a importância de se instituir outros mecanismos, além dos de mercado, para modular ou dosar a concorrência, sobressaindo, assim, a relevância do princípio da livre concorrência.

Sem dúvida alguma a livre concorrência é um dos sustentáculos da economia de mercado e um valor a ser mantido para assegurar o equilíbrio deste e o bem-estar econômico e social.

Entretanto, a livre concorrência não é ilimitada, o Estado pode e deve utilizar o seu poder para corrigir as possíveis distorções deste princípio.

Assim, diante do concreto processo histórico de relativização da autoridade do Estado em face da atuação de empresas transnacionais, passando aqueles "a definir suas medidas de política econômico-industrial, social, fiscal, cambial e monetária, com cada vez menos autonomia, se desejarem continuar participando do sistema econômico internacional nos moldes atuais", o princípio da livre concorrência deve ser interpretado não como um fator de liberação, mas sim de limitação aos poderes econômicos privados, os quais não podem invocar o princípio da livre concorrência para legitimar atos praticados com abuso de poder econômico.

Fábio Konder COMPARATO afirma que a regulamentação da concorrência surgiu da necessidade de que a liberdade de acesso ao mercado, decorrente do liberalismo econômico, não se transformasse em uma licença em prejuízo do próprio mercado e da concorrência [24].

Em havendo condições propícias, os mercados globais potencialmente podem abranger qualquer país, pois a produção de bens e serviços não encontra fronteiras, provocando uma nova divisão do trabalho e da produção, mediante altíssimo grau de mobilidade dos fatores da produção e do rápido trânsito de capitais.

Deste modo, se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, provocando uma fragilização da autoridade estatal, imprescindível que o princípio da livre concorrência ganhe maior expressão em sua exegese, evitando que a grandiosidade das operações em escala internacional comprometa a ordem e estabilidade interna, que não podem ser afetadas sob o manto de uma possível proteção à concorrência.

---

## 5DO USO ABUSIVO DA PROPRIEDADE E O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA:

A Constituição Federal assegura o direito de propriedade privada (artigo 5º, inciso XXII), observada, entretanto, sua função social (artigo 5º, inciso XXIII), elegendo-a como princípio geral da atividade econômica (artigo 170, II e III).

Por estas balizas constitucionais, conclui-se que a propriedade do capital e dos meios de produção não pode ser utilizada de forma abusiva, sob o aparente escudo de uma liberdade de concorrência, em desproveito de um mercado fragilizado pelo processo de globalização.

Entretanto, a experiência prática da vigorosa economia norte-americana nos traz exemplos interessantes sobre o uso abusivo da propriedade no âmbito da livre concorrência e nos faz refletir sobre possíveis soluções para reprimir tais abusos.

Um exemplo marcante é o da General Motors Corporation [25] que, na década de 80, buscando o barateamento de mão-de-obra e benefícios fiscais, deslocou sua unidade industrial da cidade de Flint, no Estado de Michigan, EUA (onde foi fundada), para o México, deixando desempregados 30.000 trabalhadores e provocando, com isto, uma verdadeira catástrofe social e econômica na região, com o aumento dos índices de violência e miséria entre a população.

No Brasil, mais especificamente no Estado Paraná, situação semelhante ocorreu com o polêmico fechamento da fábrica da DaimlerChrysler, no Município de Campo Largo [26] (embora registre-se, o negativo impacto sócio-econômico, na comunidade local, não foi tão significativo quanto o havido no exemplo norte-americano).

Note-se que o Direito não pode (e nem deve reprimir) a livre circulação dos fatores da produção, enquanto o exercício legítimo de um direito de propriedade privada.

Entretanto, se um sistema jurídico, tal como o brasileiro, afirma que a propriedade deve atender sua função social e, mais, elege esta mesma função social como um princípio da ordem econômica, é intuitivo que o Direito positivo pode e deve instituir barreiras para desestimular semelhantes condutas (especialmente os mecanismos tributários indutivos de condutas empresariais desejadas) ou, ainda, instituir dispositivos compensatórios para os indivíduos atingidos economicamente por decisões de mercado que, em sua essência, provoquem resultados sócio-econômicos negativos.

Esta consideração, sem sombra de dúvidas, é polêmica, mas se buscamos uma sociedade livre, justa e solidária e, ainda, objetivamos garantir o desenvolvimento nacional, tal como preconizado no artigo 3º, incisos I e II da Constituição Federal, é necessário refletir que, com o crescimento da economia global e a crescente mobilidade dos fatores da produção, situações como as da GM e da DaimlerChrysler tendem a se tornar banais, de modo que cabe aos juristas estruturar um aparato jurídico o qual, sem comprometer o princípio da livre concorrência e, por conseguinte, a competitividade do mercado nacional, estabeleça regras que valorizem a função social da propriedade e reprimam condutas lesivas aos interesses sócio-econômicos das comunidades envolvidas.

---

## 6 CONCLUSÕES

Boaventura de Sousa SANTOS, diz que a Modernidade assentou seu projeto em três pilares:

"(...) o do Mercado, o do Estado e o da Comunidade. O do Mercado foi satisfatoriamente consolidado, diria mesmo que está plenamente vitorioso neste alvorecer do século XXI. O do Estado, também teve êxito e continua tendo, mesmo sob a aparência (falsa) de Estado Mínimo, dado que o Estado sempre foi o consorte indissolúvel do Mercado (que na ótica capitalista é tudo menos livre competição, sim regulação rigorosa e drástica, pelo poder político, de tudo quanto indispensável para a reprodução ampliada e para a homogeneização das preferências, o corpo e a alma do

sistema capitalista). Ficou desamparado e frágil, contudo, o pilar da Comunidade. Porque isso ocorreu? Justamente porque o Mercado e o Estado, para se realizarem plenamente, apoiam-se no poder e na dominação, enquanto a Comunidade tem suas raízes na renúncia à submissão do outro pelo poder e põe sua fé na integração com o outro pela solidariedade. E se o paradigma do direito foi operacional para o Mercado e para o Estado, porque se associa indissolúvelmente à coerção, não pôde, nem poderá servir à Comunidade, que pede a consciência moral do dever para com o outro, que importa em alguma forma de renúncia e de respeito pela singularidade do outro" [27].

Dentro do contexto das idéias do presente trabalho, o texto de Boaventura de Souza SANTOS encaixa-se na conclusão, pois tem a virtude de colocar, em termos simples, que nem o Mercado (campo decisório privado), nem o Estado (campo decisório público) podem furtar suas atenções à Comunidade.

Assim, a partir de um momento em que se reconhece que o cenário de economia globalizada (ou mundializada) abre espaço para a fragilização do processo decisório público, cumpre ao Estado estabelecer mecanismos de repressão ao fenômeno, cabendo ao jurista, por seu turno, estabelecer novos paradigmas para dar eixos à interpretação ao sistema jurídico vigente, evitando, assim, uma possível distorção dos seus postulados basilares, entre eles, o princípio constitucional da livre concorrência.

Devemos ter em mente que não escapa à nossa percepção os pontos positivos do processo de globalização [28]. Entretanto, a fácil e rápida mobilidade dos fatores da produção vivenciada nos dias atuais, como consequência deste processo, está a reclamar do Direito uma postura diferenciada, para resguardar as comunidades que, de forma direta ou indireta, sofrem os impactos das sucessivas mudanças das decisões econômicas.

E isto porque grandes corporações (ou empresas transnacionais) migram com grande facilidade pelo globo, deixando pelos lugares em que passam um rastro de negativos efeitos econômicos e sociais.

A busca do lucro, apontada como o vetor do trânsito de capitais pelo mundo e razão de existir das grandes corporações não pode intimidar o Estado, que, ao definir sua política econômica, pode e deve escudar e proteger os interesses da comunidade que representa.

E neste particular, o princípio da livre concorrência assume uma dimensão de grande importância, pois a sua tradicional conotação liberatória à competitividade (natural e lícita, em termos de mercado) deve ser analisada criticamente, desnudando-se eventuais discursos que queiram utilizar o princípio para chancelar abusos de poder econômico, implicando favorecimentos ilícitos ou chancelando escolhas econômicas (privadas ou "aparentemente" públicas, em favor do setor privado), que, em essência, comprometem negativamente a comunidade sobre a qual recaem tais escolhas.

Deste modo, cabe aos juristas iniciar esta reflexão e, dimensionando o princípio da livre concorrência (o qual não pode e nem deve servir de escudo para interesses desta ordem), estruturar mecanismos jurídicos os quais, tendo por norte a função social da propriedade, induzam positivamente as escolhas de mercado ou, na hipótese de escolhas de mercado que tragam impactos sócio-econômicos negativos, estabeleçam modos compensatórios às comunidades atingidas.

---

## 7 BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CANOTILHO. J.J. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 6ª edição, rev.e reimp. 1995.

COMPARATO, Fabio Konder. Concorrência Desleal. Revista dos Tribunais, n. 375.

COSTA, Orlando Teixeira da. O Trabalho e a Dignidade do Trabalhador. Síntese Trabalhista nº. 75 - set/1995.

GLÓRIA, D. F. A. G. (2003). A livre concorrência como garantia do consumidor. Belo Horizonte: Del Rey.

GODINHO, Marcello S. Estado e Economia: Algumas Reflexões Acerca das Mudanças, Revista da Faculdade de Direito da UCP, Vol. 2 – 2000.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica), 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei nº 8.884, de 1994, e Lei nº 6.279, de 1979 ("Lei Ferrari").

NASSIF, André. Fundamentos Econômicos da Empresa, Rio de Janeiro: FGV Management – Cursos de Educação Continuada, 1ª ed, 2003.

NICZ, Alvacir.A. A liberdade da iniciativa na Constituição. 1ª edição, São, Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

NUSDEO, Fábio. Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_ Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico, 3ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

PASSOS, J.J. Calmon de. Direito de Solidariedade - Publicada no Juris Síntese nº 49 - SET/OUT de 2004.

POPP, Carlyle; ABDALA, Edson Vieira. Comentários à Nova Lei Antitruste. Curitiba: Juruá, 1997, 2ª ed.

---

## Notas

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica), 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 230.

NUSDEO. Fábio. Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 8 e 20.

Fábio NUSDEO explica que nem todos os estudiosos do assunto aceitam pacificamente esta dicotomia rígida entre o processo decisório público e privado. GALBRAITH, por exemplo, comenta que as decisões de grandes empresas independem das decisões do setor público, sendo melhor distinguir, portanto, setor planejado (abrangendo tanto o Estado quanto a macro empresa) e setor de mercado ("elemento coordenador das decisões empresariais de unidades de menor envergadura"). NUSDEO argumenta, entretanto, mantém a divisão, argumentando que em muitas oportunidades a macroempresa apresentará uma conduta "sui generis", não se confundindo com as unidades menores do mercado. in Fundamentos (...) p. 21.

NUSDEO, Fábio. Fundamentos (...) p. 22.

Segundo Fabio NUSDEO cinco são as inoperacionalidades do mercado: a) falta de mobilidade de fatores da produção, que geram crises de produção (excesso ou escassez); b) deficiência de acesso nas informações, prejudicando o processo decisório dos agentes econômicos; c) concentração empresarial, derivada de economias em escala e com reflexos negativos ao jogo concorrencial, que é eliminado; d) externalidades, que deixam de sinalizar adequadamente a escassez; e) impossibilidade de captação das necessidades da comunidade por bens de caráter coletivo. In Elementos, p. 23.



Segundo os ensinamentos de André NASSIF, a referência teórica para se determinar a existência de uma falha de mercado parte da comparação de dois modelos econômicos contrastantes: o mercado perfeitamente competitivo e o monopólio natural. No primeiro modelo, as condições para uma concorrência vigorosa se encontram presentes, compreendendo a presença de várias firmas atuantes no mercado (em constante pressão para a redução de custos de produção e dos preços, melhoria da qualidade do produto, aumento da oferta e da variedade de produtos, lançamento de novos e melhores produtos, ou seja, produzindo os melhores resultados em termos de bem-estar econômico e social). Em outras palavras "a eficiência alocativa é máxima, com o preço igualando o custo unitário mínimo. O mercado funciona eficientemente porque há equilíbrio de poder entre vendedores e compradores, entre oferta e demanda". Já no monopólio natural se verifica a presença de uma única firma produzindo no mercado, sem possibilidade da inserção de outra, em função da existência de economia de escala (i.e., quando a empresa é capaz de duplicar sua produção sem duplicar os seus custos) ou de escopo (quando o custo de produção de dois produtos diferentes numa única empresa é menor do que o custo de produção em cada um desses produtos em duas empresas, tornando produtora produzir os dois produtos juntos numa mesma empresa. NASSIF, op. cit. p. 6.

Poder de mercado pode ser definido como a capacidade de uma determinada empresa em elevar seus preços, drenando a renda dos consumidores de modo compulsório.

No entanto nem toda a imperfeição do mercado ensejará a regulação pública (até mesmo porque mercados imperfeitos, oligopolizados e altamente concentrados são a regra e não exceção), importando que as características estruturais do mercado que impedem a manifestação da concorrência de forma eficaz (isto é, um desempenho insatisfatório em termos de preços, qualidade e quantidade de produtos e serviços) ocasionem resultados sociais e políticos inaceitáveis. Em outras palavras, a regulação pública é uma decisão política.

Metas estas que, teoricamente, sem a presença do Estado, não se poderiam se dar pelo simples funcionamento do mercado.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem (...), p. 14.

NICZ, A.A. A liberdade da iniciativa na Constituição. 1ª ed., São Paulo, RT, p. 143

GRAU, Eros Roberto. A Ordem (...), p. 28 e 122.

NUSDEO, Fabio. Fundamentos (...) op.cit. p. 33.

NUSDEO, Fabio. Fundamentos (...) op.cit. p. 36 e 41.

Eros Roberto GRAU anota que a globalização ameaça a sociedade civil, pois está associada a novos tipos de exclusão social, instalando uma contínua e crescente

competição entre os indivíduos e conduzindo à destruição do serviço público. In *A Ordem* (...) p. 39.

Segundo Marcello S. GODINHO o "desenvolvimento dos mercados globais não é um fenômeno inteiramente novo. A importância do comércio para o crescimento das economias foi reconhecida desde a Revolução Industrial, sendo que a teoria de Ricardo sobre os custos comparativos já tentava explicar o papel da divisão internacional do trabalho no processo de desenvolvimento dos países. No final do século XIX, já era bastante intensivo o funcionamento de uma rede de produção e de fluxos de capital. Nos anos 70, crescem os volumes e a importância dos mercados globais em relação às décadas anteriores, principalmente entre 20 e 60". GODINHO, Marcello S. *Estado e Economia: Algumas Reflexões Acerca das Mudanças*, publicada na Revista da Faculdade de Direito da UCP Vol. 2 - 2000, pág. 17.

*A Ordem* (...) p. 199

Carlyle Popp esclarece que o liberalismo econômico a que alude não é o liberalismo puro, nos moldes do sistema vigente no século XIX e início do século XX, pois naquela época o Estado era o Liberal e esclarece: "Na medida em que passou a existir uma preocupação crescente de ordem social, deixou de ter o Estado um modelo de puro liberalismo para aceitar um tipo Social". POPP, Carlyle e ABDALA, Edson Vieira. *Comentários à Nova Lei Antitruste*. Curitiba: Juruá, 1997, 2ª ed, p. 26.

As opções do Estado, em face de uma falha de mercado seriam: 1. permitir o monopolista privado atuar livremente, assumindo os riscos ao bem-estar econômico e social; 2. assumir a responsabilidade pela oferta do produto e serviço, mesmo diante das restrições da eficiência estatal; 3. permitir ou incentivar o ingresso de outras firmas no mercado, com resultados ineficientes; 4. regular o mercado. NASSIF, André. op. cit. 7.

Apud Glória, D. F. A. G. *A livre concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 78.

Note-se que a concentração nos mercados não é uma alternativa viável para enfrentar-se a concorrência internacional. Segundo André Nassif "a experiência histórica mostrou claramente que um forte e saudável ambiente concorrencial no mercado interno é o melhor estímulo e condição sine qua non para que empresas nacionais se habilitem para a concorrência internacional". NASSIF, op. cit. p. 10.

GODINHO, Marcello. *Estado* (...) op. cit. p. 17.

GRAU. Eros Roberto e FORGIONI. Paula Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei nº 8.884, de 1994, e Lei nº 6.279, de 1979 ("Lei Ferrari"), p. 111

COMPARATO, Fabio Konder. *Concorrência Desleal*. Revista dos Tribunais, n. 375, p. 30.

Há um interessante documentário (título original, em inglês: "Roger & me") de Michael Moore, o qual relata as mazelas provocadas pela saída da GM da cidade de Flint, no Estado de Michigan, retratando o acentuado declínio econômico e social da comunidade local.

"Industrialmente é a terceira vez que a Chrysler saiu do país. A primeira foi em 1957, quando possuía ativa operação quase industrial para a montagem de veículos das linhas Dodge, Chrysler e Fargo. Com o governo JK incentivando a industrialização, a Brasmotor, seu representante local, tentou provocá-la a entrar no esforço industrial, mas a Chrysler sugeriu o contrário: que representante investisse no global e a Chrysler a compensaria no futuro. A representante entendeu o futuro: encerrou a montagem de veículos e foi produzir eletrodomésticos da linha branca, os Brastemp. A Chrysler ainda correu atrás, propondo à Willys, que se instalava como pioneira e era líder de mercado, fazer uma sociedade paralela, a Chrysler-Willys, que montaria o Plymouth Savoy 1956, um carro econômico aos padrões norte-americanos de 1957, e que havia sido substituído no mercado de origem. O projeto foi aprovado pelo GEIA, Grupo Executivo da indústria Automobilística, mas as empresas não o implementaram. Voltou em 1997 anunciando investimentos de US\$ 300 milhões. Cometeu erros de marketing e industriais, colecionando prejuízos. Com a fusão - ou aquisição ou controle, eufemismo que é base para sólida discussão jurídica nos EUA -- a operação Mercosul entrou na lista dos maus resultados. Cobrado, o presidente mundial da DaimlerChrysler mandou fechar todas as unidades que operavam em vermelho, o que englobava as pequenas plantas argentina e paranaense, alijando a marca do Mercosul'.  
Fonte: <http://www2.uol.com.br/bestcars/nasser/106n.htm>

Apud PASSOS, J.J. Calmon de. Direito de Solidariedade - Publicada no Juris Síntese nº 49 - SET/OUT de 2004

28. Esclareça-se que também enxergamos os pontos positivos da globalização, a qual também trouxe grandes conquistas para a humanidade, sobretudo no que concerne à possibilidade de uma maior integração dos povos e da convivência pacífica.

\* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Curitiba e MBA em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas; Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12225>  
Acesso em: 30 mar. 2009.