

## O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE LIVRE CONCORRÊNCIA<sup>1</sup>.

*Mauricio de Moura Costa<sup>2</sup>*

1. Desde 1946 as constituições brasileiras prevêm a existência de um direito da concorrência. Um princípio de livre concorrência existia de maneira implícita na norma constitucional que previa a repressão dos abusos do poder econômico. Esta repressão foi prevista pela primeira vez na Constituição de 1946. A Constituição de 1967 fez de tal repressão um “princípio da ordem econômica”, princípio que foi mantido pela Emenda Constitucional de 1969. A Constituição atual ainda prevê a repressão dos abusos do poder econômico, mas não mais como um princípio. Trata-se de uma simples disposição relativa à intervenção legislativa no domínio econômico. Paralelamente, a livre concorrência passou a ser prevista, de maneira expressa, como um princípio constitucional da ordem econômica.

Apesar da consagração do princípio de livre concorrência, e do desprestígio da repressão dos abusos do poder econômico na sistemática constitucional, grande parte da doutrina continua a considerar a repressão dos abusos do poder econômico como o fundamento do direito brasileiro da concorrência. A nosso entender, porém, o fundamento constitucional do direito da concorrência é, no Brasil, o princípio de livre concorrência. Antes de analisar este princípio como referência constitucional para o direito brasileiro da concorrência (seção II), convém verificar seu significado e conteúdo no contexto da “ordem econômica constitucional” (seção I).

### ***Seção I. O significado e o conteúdo do princípio constitucional de livre concorrência.***

2. A ordem jurídica econômica brasileira é submetida a disposições constitucionais importantes. Sob o título “A Ordem Econômica e Financeira” a Constituição brasileira estabelece as finalidades e os princípios gerais desta “ordem econômica” assim como o tipo de organização econômica, a delimitação entre o domínio da iniciativa privada e da intervenção direta do Estado na

---

<sup>1</sup> Este artigo é a tradução do capítulo preliminar da tese de doutorado do autor, com o título “Le droit brésilien de la concurrence - étude comparée avec le droit français et le droit communautaire de la concurrence”.

<sup>2</sup> O autor é Doutor em Direito pela Universidade de Paris II, e associado ao escritório de advocacia Castro Barros e Sobral.

economia e ainda as bases jurídicas dos fatores de produção, ou seja, o “núcleo duro da constituição econômica brasileira”<sup>3</sup>.

A livre iniciativa, estabelece a Constituição, é ligada ao seu valor social e deve ser exercida em conformidade com os objetivos da “ordem econômica”. De outra parte, tal ordem econômica deve respeitar toda uma série de princípios, entre os quais o princípio de livre concorrência. Para determinarmos qual o conteúdo do princípio de livre concorrência (§II), convém analisar antes seu significado contexto constitucional (§I).

### **§I. O significado do princípio de livre concorrência no contexto constitucional.**

3. Mesmo que temperada, a ideologia liberal foi consagrada pela Constituição brasileira. De acordo com a Constituição, a livre iniciativa é o fundamento de uma ordem econômica que “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170). A fé nos benefícios da livre iniciativa é assim afirmada de maneira clara mas prudente (A). A livre iniciativa é colocada no centro da ordem econômica, mas ela deve respeitar uma série de princípios, notadamente o princípio de livre concorrência. A ordem econômica constitucional acolhe assim as contribuições da teoria econômica liberal, identificando a concorrência como o elemento necessário para que a livre iniciativa opere em favor dos interesses sociais (B).

#### **A. A livre iniciativa e o seu valor social.**

4. Apesar do papel primordial atribuído à livre iniciativa na ordem econômica constitucional, o seu valor é relativizado pela própria Constituição. A livre iniciativa não é admitida de maneira absoluta, mas unicamente em razão do seu valor social (CF, artigo 1, IV), e deve ser entendida no contexto de uma ordem econômica, idealmente concebida pela Constituição, que “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, e que deve respeitar toda uma série de princípios.

#### ***1. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE LIVRE INICIATIVA.***

5. A livre iniciativa é tradicionalmente, no Brasil, um princípio da ordem econômica constitucional<sup>4</sup>. Com a Constituição de 1988 ela passou a ser considerada como o “fundamento” da ordem constitucional econômica.

<sup>3</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, RDA, n. 178, 1989, p. 18.

<sup>4</sup> A livre iniciativa, como liberdade econômica, foi expressamente prevista em todas as constituições brasileiras desde 1934, a saber, a de 1934 (art. 115), a de 1937 (art.

A doutrina diverge sobre o fato de ser ou não a livre iniciativa econômica uma liberdade fundamental<sup>5</sup>. Um certo consenso existe, no entanto, sobre o conteúdo deste princípio. A noção e o significado do “princípio” de livre iniciativa foram sempre estabelecidos a partir da questão da intervenção do Estado no domínio econômico. O princípio de livre iniciativa significa, de um lado, que o exercício de toda atividade econômica é livre. De outro lado, ele significa que o Estado deve se abster da exploração direta da atividade econômica<sup>6</sup>.

O primeiro aspecto do princípio é de uma certa maneira explicitado pelo parágrafo único do artigo 170 da Constituição, que estabelece que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”<sup>7</sup>. Neste sentido o princípio de livre iniciativa tem um significado análogo ao princípio de liberdade de comércio e de indústria em direito francês, o qual se exterioriza por duas sub-liberdades: liberdade de empreendimento e liberdade de exploração<sup>8</sup>.

---

135), a de 1946 (art. 145), as de 1967 (art. 157, I) e 1969 (art. 160, I) e enfim, na Constituição atual (art. 170).

<sup>5</sup> Para Miguel Reale, a livre iniciativa é “a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas” (“A ordem econômica na Constituição”, in *De Tancredo a Collor*, Ed. Siciliano, São Paulo, 2a ed., 1992, p. 334). Em sentido contrário, Eros Roberto Grau, que não aceita considerar a livre iniciativa econômica (faceta da livre iniciativa *tout court*) como um direito fundamental (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2e. ed. 1991, p. 223/225).

<sup>6</sup> Werter Faria, *Constituição Econômica, liberdade de iniciativa e concorrência*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993, p. 105.

<sup>7</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello observa que este dispositivo não atribuiu à lei o poder de excepcionar a quem quer que seja o exercício livre de qualquer atividade econômica. Segundo este autor, o que a Constituição permite é que a lei estabeleça, em algumas hipóteses, a exigência de uma autorização. O autor considera assim que a regra nada mais faz do que reforçar a liberdade de iniciativa (*Curso de direito administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 4a ed., 1993, p. 319/320).

Eros Roberto Grau, a seu turno, considera que o citado dispositivo tem uma importância normativa menor, na medida em que ele nada mais faz do que explicitar o princípio da legalidade com relação à livre iniciativa (op. cit., p. 225).

<sup>8</sup> Para Miguel Reale, o princípio de livre iniciativa assegura não somente a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autonomia na escolha dos processos ou dos meios julgados adequados para a realização dos fins visados. “Liberdade dos fins e dos meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-

Mas o princípio de livre iniciativa não significa unicamente a liberdade de comércio e de indústria. Ele vai mais longe, consagrando a escolha de uma economia descentralizada, onde a iniciativa privada tem preferência<sup>9</sup>. Como observa Tércio Sampaio Ferraz Jr., “afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma ‘estabilidade’ supostamente certa e eficiente. Afirma-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado”<sup>10</sup>.

Este duplo aspecto do princípio constitucional de livre iniciativa (liberdade de criar e explorar uma atividade econômica e, sobretudo, a rejeição da atividade econômica estatal) demonstra o papel primordial atribuído à atividade privada na ordem econômica. Mas a livre iniciativa não é consagrada pela constituição como um princípio, ou mesmo como fundamento da República (vide art. 1, IV), em razão de suas virtudes individuais. Ao contrário, é o valor social da livre iniciativa que está em questão.

## **2. O VALOR SOCIAL DA LIVRE INICIATIVA.**

**6.** Apesar da importância atribuída à livre iniciativa na ordem econômica constitucional, o valor deste princípio é relativizado por outros elementos. A livre iniciativa não é admitida de maneira absoluta pela Constituição. Ela é admitida em razão de seu valor social e deve se acomodar em uma ordem econômica idealmente concebida na Constituição, ordem cujo fim é “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, e que

---

lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados artigos 1 e 170” (“A ordem econômica na Constituição”, art. citado, p. 334).

Eros Roberto Grau considera que o princípio assegura uma liberdade de comércio e indústria caracterizada pela faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado, livre de qualquer restrição estatal que não resulte da lei (op. cit., p. 223/225).

<sup>9</sup> Este aspecto do princípio é confortado por outras disposições da Constituição, que informam os termos e condições da intervenção do Estado na economia. Com efeito, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, ou seja, a ação do Estado como empresa só é permitida “quando necessária aos imperativos da segurança nacional, ou a relevante interesse coletivo” ressalvados os casos expressamente previstos na Constituição (CF, art. 173). A empresa pública sujeita-se ao regime jurídico aplicável às empresas privadas (art. 173, §1).

<sup>10</sup> Tércio S. Ferraz Jr., “A economia e o controle do Estado” apud Grau, op. cit., p. 226.

deve respeitar uma série de outros princípios (artigo 170). A ordem econômica deve ser capaz de assegurar tais valores<sup>11</sup>.

A Constituição, estabelecendo que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa, atribui a esta, vale dizer, à iniciativa privada, um papel essencial na promoção dos objetivos constitucionais<sup>12</sup>. Segundo a ideologia constitucionalmente adotada, não há contradição entre a livre iniciativa e a promoção do bem coletivo. Ao contrário, ela considera a livre iniciativa, enquanto fundamento da ordem econômica, o melhor meio para se realizar o objetivo desta ordem econômica, a saber, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

7. Ao mesmo tempo, e ainda sob o prisma constitucional, se não existe contradição necessária entre o fundamento e o objetivo da ordem econômica, isto não significa que o exercício da livre iniciativa seja capaz, por si só, de assegurar os objetivos da ordem econômica. Se assim fosse, se o bem coletivo fosse uma consequência necessária da liberdade de iniciativa, declarar que a ordem econômica fundada na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos uma existência digna seria uma redundância, uma afirmação inútil. E inútil o artigo 170 da Constituição não é. Ao contrário, tal artigo faz a síntese de dois valores. A liberdade de iniciativa é consagrada como um fundamento da ordem econômica unicamente na medida em que ela é orientada para a realização dos valores-fim desta ordem<sup>13</sup>.

Assim, como observa Eros Roberto Grau, a atividade econômica “*deve ser* dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar. (...) a *dignidade da pessoa humana* assume a mais pronunciada

---

<sup>11</sup> Sobre o valor social da livre iniciativa ver E. R. Grau, op. cit., p. 231, e T. S. Ferraz Jr., “A economia e o controle do Estado” apud. Grau, op. cit., p. 226. Ver ainda José Affonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 10a. ed., Malheiros Editores, 1995, p. 725, e Washington Peluso Albino de Souza, *Direito Econômico*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1980, pp. 117, 197 e 198.

<sup>12</sup> Neste sentido ver Luiz Fernando Shuartz, que observa que “o Estado, de um lado, transfere ao mercado parte de sua função própria de *assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social* (art. 170 da CF), reservando, de outro, a si, o poder fiscalizatório, preventivo e corretivo” (“Abuso de poder econômico e (i)legitimidade”, in *Revista de Direito Mercantil*, n. 95, 1994, p. 61).

<sup>13</sup> Como observa Celso Ribeiro Bastos, se não existe uma contradição necessária entre a idéia de livre iniciativa e de justiça social, “é certo que jogadas a si mesmas as forças da produção podem caminhar num sentido inverso ao da justiça”. Além disto, continua o autor, “o fim último da atividade econômica é a satisfação das necessidades da coletividade” (*Comentários à Constituição do Brasil*, com Ives Gandra Martins, São Paulo, Saraiva, vol. 7, 1990, p. 17/18).

relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica (...); o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição”<sup>14</sup>.

A Constituição consagra assim a liberdade de iniciativa em função de seu valor social, e não em razão de suas virtudes intrínsecas<sup>15</sup>.

Além de sua subordinação aos valores-fim da ordem econômica, a livre iniciativa, enquanto fator fundamental desta ordem, é balizada por uma série de princípios. Com efeito, estabelecendo que a ordem econômica deve respeitar uma série de princípios, a Constituição delimita ainda mais o contexto no qual a livre iniciativa se conformaria com o seu valor social. A liberdade de iniciativa deve ser exercida em um espaço jurídico-econômico idealmente delimitado por estes princípios. Em os respeitando, a livre iniciativa se beneficia de uma presunção de conformidade com as finalidades da ordem econômica, e também, consequentemente, com o seu valor social.

## **B. A livre concorrência e o valor social da livre iniciativa.**

8. Consagrando a livre concorrência como um princípio da ordem econômica (artigo 170, IV), princípio que a livre iniciativa deve respeitar, a Constituição estabelece uma distinção entre livre iniciativa e livre concorrência. Deste modo, a Constituição não considera a livre concorrência como uma consequência natural ou necessária da livre iniciativa. Consequentemente, o que é consagrado como atividade econômica legítima no contexto da ordem econômica constitucional é a livre iniciativa concorrencial.

9. A recusa em se considerar a livre concorrência como um corolário necessário da livre iniciativa é uma consequência da recepção, pela Constituição, dos aportes da teoria econômica neo-liberal.

De acordo com os economistas liberais clássicos, o conjunto dos comportamentos individuais dos agentes econômicos conduziria necessariamente à realização do bem comum. Como sublinha Michel Pédamon, “de acordo com os dogmas do liberalismo admitia-se que a ação das forças econômicas deveria ser entravada o menos possível e que o livre jogo das iniciativas individuais permitiria conseguir-se de maneira quase espontânea o máximo de eficiência e de justiça social na produção das riquezas e das trocas comerci-

---

<sup>14</sup> Eros Roberto Grau, op. cit., p. 217/218.

<sup>15</sup> Artigo 1o. da CF.

ais”<sup>16</sup>. Sob a influência das idéias dos fisiocratas e de Adam Smith pretendia-se que o jogo das leis econômicas, guiadas por uma *mão invisível*, não deveria ser falseado pelo Estado.

Com a evolução da ciência econômica foram evidenciadas insuficiências importantes da teoria liberal clássica. Esta não estabelecia a relação entre o mercado e a concorrência, presumindo que a concorrência era uma consequência necessária do *laissez faire*. É em um tal contexto que os liberais identificavam a livre busca dos interesses pessoais à promoção do desenvolvimento econômico<sup>17</sup>.

Estabelecendo uma ligação entre concorrência e mercado, o que o liberalismo clássico não conseguiu fazer<sup>18</sup>, os neoliberais puderam demonstrar que a livre concorrência e a livre iniciativa não se confundem; que a concorrência não é um estado natural; que ela não resulta necessariamente da livre iniciativa dos agentes econômicos; e que, enfim, o progresso econômico deve ser atribuído ao processo concorrencial, e não à livre iniciativa, como acreditavam os liberais clássicos.

**10.** Declarando que a livre concorrência é um princípio ao qual a livre iniciativa deve se submeter, a Constituição brasileira rejeitou a concepção dos liberais clássicos do século XIX, segundo a qual a livre concorrência é uma consequência natural da livre iniciativa<sup>19</sup>. Ao mesmo tempo, a Constituição, adotando uma ordem econômica neoliberal, consagra o dogma segundo o qual presume-se que a livre iniciativa concorrencial aproveita à coletividade.

O princípio de livre concorrência tem assim um significado próprio que o distingue do princípio de livre iniciativa. Ele se apresenta como um elemen-

---

<sup>16</sup> Michel Pédamon, *Droit Commercial*, Ed. Dalloz, 1994, p. 365 (traduzido por nós). Ver igualmente Henri Denis, *Histoire de la pensée économique*, Ed. P.U.F., 8a. ed. 1986, p. 191.

<sup>17</sup> Louis Frank, *La libre concurrence*, Ed. P.U.F., 1967, p. 9.

<sup>18</sup> Michel Glais e Philippe Laurent, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, Ed. P.U.F., 1983, Paris, p. 7.

<sup>19</sup> Neste sentido Werter Faria, op. cit., p. 149. Nós não podemos aceitar, neste ponto, a posição de E. R. Grau, que considera que a livre concorrência nada mais é do que um dos aspectos da livre iniciativa, de modo que o princípio de livre concorrência seria, em última instância, inútil (op. cit., p. 230). Na realidade, nossa divergência com a opinião de Grau se explica em grande parte pelo fato em função da sua concepção do princípio de livre iniciativa. Com efeito, o princípio de livre iniciativa, segundo Grau, compreende não somente a liberdade de comércio e indústria mais também a liberdade de concorrência, dois sub-aspectos de uma mesma idéia (p. 224). Assim, nossa divergência é minimizada pelo fato de que Grau não considera a livre concorrência como uma consequência da livre iniciativa, mas como um elemento deste.

to desejável, ou mesmo necessário para que se possa presumir que a livre iniciativa promova a realização do bem comum, o que é, a seu turno, um elemento favorável para que a livre iniciativa reencontre o seu valor social.

A livre concorrência desempenha assim um papel fundamental para que a livre iniciativa possa beneficiar da presunção de beneficiar a coletividade. Trata-se de um elemento importante para a valorização social da livre iniciativa<sup>20</sup>.

## §II. O conteúdo do princípio constitucional da livre concorrência.

**11.** Até o presente momento a doutrina tem se mostrado mais interessada em analisar a noção constitucional do abuso do poder econômico, ou do princípio de livre iniciativa do que em determinar o conceito ou o conteúdo do princípio de livre concorrência. Assim, nós tentaremos determinar o conteúdo do princípio de livre concorrência a partir das concepções divergentes de dois autores que abordaram esta questão.

**12.** Como Miguel Reale<sup>21</sup>, nós consideramos que o conceito de livre concorrência é diferente, porém complementar ao conceito de livre iniciativa. Isto posto, a concepção de Eros Roberto Grau da noção de livre concorrência nos parece mais convincente (mantidas no entanto as reservas no que concerne a posição de Grau, que considera que a livre concorrência é uma consequência do princípio de livre iniciativa).

**13.** Reale considera que “o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o ‘princípio econômico’ segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e dos serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado”<sup>22</sup>. Sua posição nos parece demasiado restritiva. Certo, a Constituição parece atribuir ao princípio de livre concorrência um papel instrumental no funcionamento da ordem econômica. No entanto, o fato de que os preços devem resultar da luta dos agentes econômicos pela clientela não é nada mais que uma consequência do princípio de livre concorrência.

A livre concorrência é uma liberdade a caráter instrumental na medida em que ela é necessária para que a livre iniciativa seja exercida em conformidade com a ordem econômica constitucional. A livre concorrência, enquanto princípio constitucional da ordem econômica, é uma liberdade considerada como essencial para a legitimidade da liberdade de iniciativa econômica. Ou

---

<sup>20</sup> Ver Izabel Vaz, *Direito econômico da concorrência*, op. cit., pp. 433 e ss., notadamente p. 435.

<sup>21</sup> Art. cit., p. 334.

<sup>22</sup> Art. cit., p. 335.

seja, a Constituição presume que a livre iniciativa só age no sentido das finalidades da ordem econômica quando o princípio da livre concorrência é respeitado<sup>23</sup>.

A possibilidade de conquistar clientela, e o fato de os preços serem fixados pelo mercado são algumas das características do princípio de livre concorrência, mas não as únicas. Tal princípio significa que o mercado deve ser regido por uma lógica concorrencial capaz de permitir que a ordem econômica produza efeitos sociais positivos; os efeitos que a Constituição declara como sendo o fim necessário da ordem econômica que ela consagra.

**14.** Eros Roberto Grau indica como elementos da livre concorrência a liberdade de conquistar a clientela, a interdição de entravar o jogo concorrencial, e a neutralidade do Estado face ao fenômeno concorrencial<sup>24</sup>. Ou seja, o princípio de livre concorrência teria um aspecto positivo (liberdade de conquistar a clientela), e dois aspectos negativos (interdição de falsear o jogo concorrencial e neutralidade do Estado face ao fenômeno concorrencial).

**15.** A existência de um duplo aspecto do princípio de livre concorrência nos parece incontestável. Não se pode dizer uma coisa e seu contrário; consagrando o princípio de livre concorrência a Constituição ao mesmo tempo rejeita tudo que vai ao encontro deste princípio. Assim, impondo a livre concorrência a Constituição condena tudo o que é contrário a livre concorrência.

O contrário pode significar em primeiro lugar o oposto, o inverso. Mas o contrário pode significar também o que é nocivo, prejudicial<sup>25</sup>. No primeiro sentido, se o princípio consagra a concorrência (o “jogo concorrencial” ou a “lógica concorrencial”), ele condena o seu oposto: o princípio de livre concorrência repudia o que não é submetido ao jogo concorrencial ou o que não resulta do jogo da livre concorrência. Assim, a Constituição valoriza a atividade econômica que é concorrencial, que é submetida à lógica concorrencial e repudia ao mesmo tempo a atividade econômica que não é submetida a uma tal lógica, ou seja, as atividades econômicas de caráter monopolístico. A Constituição considera que os resultados de uma atividade econômica concorrencial são benéficos ao interesse geral e, ao contrário, que os resultados de uma atividade econômica não concorrencial não são conformes a este interesse geral<sup>26</sup>. Em um segundo sentido, consagrando a livre concorrência, a constituição rejeita o que é nocivo à esta liberdade, o que lhe é desfavorável: o princí-

---

<sup>23</sup> Sobre este aspecto ver n. 8 supra.

<sup>24</sup> Op. cit., p. 224 e 230.

<sup>25</sup> Dicionário Aurélio, verbete Contrário.

<sup>26</sup> Deve-se sublinhar, neste sentido, que a Constituição estabelece de maneira expressa e limitativa os setores submetidos ao monopólio do Estado (art. 177).

pio de livre concorrência consagra uma liberdade e condena os constrangimentos à esta liberdade.

**16.** A lógica da proposição sugere no entanto a simetria das duas faces, positiva e negativa, do princípio. O esquema de Grau contém porém uma assimetria que nos parece que deve ser reduzida. O autor opõe a liberdade de conquistar a clientela à interdição de falsear o jogo concorrencial (interdição dirigida tanto aos agentes econômicos quanto ao Estado). O alcance do segundo aspecto parece mais extenso que o do primeiro. Visto o papel primordial que é atribuído pela Constituição ao princípio de livre concorrência (princípio instrumental necessário para a realização das finalidades da ordem econômica), o princípio de livre concorrência não pode ser reduzido a uma simples liberdade jurídica: o direito subjetivo das empresas de empregar os meios que elas estimem pertinentes para atrair a clientela.

Com efeito, se o princípio de livre concorrência consagra o livre jogo da concorrência, a liberdade de atrair a clientela não passa de uma das facetas da livre concorrência. Certo, a empresa deve permanecer livre para empregar os meios que ela julga próprios para atrair a clientela. Mas, para que a lógica concorrencial possa funcionar corretamente, é necessário igualmente que a clientela seja livre para poder responder aos esforços concorrenciais da empresa. À liberdade de ação dos agentes econômicos (liberdade que compreende a possibilidade de usar os meios concorrenciais disponíveis), soma-se a liberdade de escolha que devem ter os consumidores e utilizadores dos produtos oferecidos. E ainda, não é suficiente proteger a concorrência atual; o acesso de novos concorrentes ao mercado deve também ser livre.

Livre ação dos agentes econômicos, livre acesso ao mercado e livre escolha pelos consumidores e utilizadores, tais são as três liberdades que caracterizam um mercado concorrencial, um mercado onde a concorrência joga livremente. Ou seja, tais são as três liberdades visadas pelo princípio de livre concorrência.

Visto o significado do princípio de livre concorrência no contexto constitucional, cabe precisar o seu papel face à legislação infraconstitucional.

## ***Seção II. O princípio de livre concorrência como referência constitucional para o direito da concorrência.***

**17.** A Constituição brasileira é impregnada de uma escolha de ideologia econômica que delimita claramente as possibilidades de política econômica

abertas ao governo, assim como ao poder legislativo<sup>27</sup>. Toda regra infraconstitucional relativa à atividade econômica deve respeitar este quadro constitucional. E assim é para o direito da concorrência. Assim, tradicionalmente a doutrina indica como fundamento do direito brasileiro da concorrência o artigo constitucional que estabelece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros<sup>28</sup> (I). A importância de um tal dispositivo deve ser, no entanto, relativizada face ao novo contexto constitucional, sobretudo se levarmos em conta os princípios diretores da ordem econômica constitucionalmente adotada (II).

### **§I. A insuficiência do “princípio” de repressão dos abusos do poder econômico como fundamento do direito da concorrência.**

**18.** De acordo com o artigo 173, §4 da Constituição, “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. A maioria dos autores vêem neste dispositivo o fundamento constitucional do direito da concorrência (A). Mas, se uma leitura restritiva desta norma já foi predominante na doutrina, tal posição é hoje em dia fortemente contestada (B).

#### **A. A interpretação restritiva: o “princípio” de repressão dos abusos do poder econômico como limite máximo à intervenção legislativa.**

---

<sup>27</sup> Para uma crítica à escolha do sistema econômico na Constituição ver Fábio Nusdeo, “A ordem econômica constitucional no Brasil” in Revista de Direito Mercantil, n. 65, 1982, p. 12.

<sup>28</sup> Art. 173, §4 da Constituição. A previsão constitucional para a repressão dos abusos do poder econômico data da Constituição de 1946, que previa, em seu art. 148, que “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. A Constituição de 1967 manteve este dispositivo, adotando no entanto uma redação mais limitativa, pois a lei deveria reprimir não mais “toda forma de abuso do poder econômico”, mas unicamente “o abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros” (art. 157, V). A Emenda Constitucional de 1969 manteve idêntica redação em seu artigo 160, V. A Constituição atual mantém a noção de abuso caracterizado pela finalidade da ação.

**19.** De acordo com uma doutrina bem estabelecida, a regra constitucional que indica a repressão dos abusos do poder econômico seria o fundamento que permitiria ao Estado a adoção de um direito da concorrência. Toda regra proibindo comportamentos ou situações ligadas ao fenômeno concorrencial deveria ter como fundamento, vale dizer, como limite, o dispositivo constitucional mencionado. Toda extrapolação da autorização constitucional seria contrária à Constituição.

**20.** Para que a repressão fosse legítima, deveria-se respeitar de maneira estrita os termos do artigo constitucional: o direito brasileiro da concorrência só poderia, deste modo, proibir os abusos do poder econômico que teriam como objetivo a eliminação da concorrência, a dominação do mercado e o aumento arbitrário dos lucros. Uma leitura restritiva deste dispositivo constitucional impôs ao legislador toda uma série de limites.

Em primeiro lugar, o abuso do poder econômico só poderia ser caracterizado pela eliminação da concorrência, pela dominação do mercado e pelo aumento arbitrário dos lucros. Se já é pacífico que para que o abuso se caracterize não é necessária a presença cumulativa dos três elementos (eliminação da concorrência que cria a dominação do mercado e permite o aumento arbitrário dos lucros)<sup>29</sup>, o fato é que, de acordo com a doutrina, a repressão só é legítima se o abuso é caracterizado por pelo menos uma destas situações<sup>30</sup>.

Em seguida, a doutrina tradicional considera que, mesmo quando tais situações são constatadas, mesmo que tenha existido eliminação da concorrência, dominação do mercado ou aumento arbitrário dos lucros, um abuso não está necessariamente caracterizado<sup>31</sup>. Com efeito, para que exista abuso deveria existir, também, o elemento intencional, o dolo. De acordo com uma doutrina antiga, a linguagem do artigo constitucional traduziria a natureza penal da repressão dos abusos do poder econômico. O abuso só se caracterizaria com a existência do elemento intencional do agente: o abuso só se caracteriza se houve a intenção abusiva de eliminar a concorrência, de dominar o mercado ou de aumentar de maneira arbitrária os lucros. Ou seja, para justificar a repressão, não basta que o abuso do poder econômico tenha tido como

---

<sup>29</sup> Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1 de 1969)*, vol. VI., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 3a. ed., 1987, p. 51.

<sup>30</sup> Neste sentido ver Celso Neves, "Disciplina da lei antitruste" in Franceschini, *Poder econômico: exercício e abuso - Direito Antitruste brasileiro*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 578, e José Frederico Marques, "Direito penal econômico", in Franceschini, op. cit., p. 476.

<sup>31</sup> De acordo com Neves, "pode haver *domínio dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros* que não constituam ilícito, quando não resultem de *abuso do poder econômico*" (art. cit., p. 578, *itálicos no original*).

resultado a eliminação da concorrência, a dominação do mercado ou o aumento arbitrário dos lucros. É necessário ainda que o fim, o objetivo do comportamento abusivo tenha sido uma destas situações. Assim, o direito brasileiro da concorrência não poderia sancionar um comportamento tendo como resultado a eliminação da concorrência, a dominação do mercado ou o aumento arbitrário dos lucros se a finalidade de se obter tais resultados não fosse demonstrada.

**21.** A interpretação restritiva do artigo 173, §4 resulta do fato que este dispositivo é considerado como estabelecendo os limites à intervenção do Estado na atividade econômica. Seria assim este dispositivo uma proteção do indivíduo contra as ingerências do Estado. O artigo 173, §4 definiria desta maneira as situações proibidas (ou passíveis de proibição), vale dizer, os limites da intervenção legislativa no terreno dos abusos do poder econômico. Todas as situações não previstas pela norma constitucional não seriam passíveis de serem proibidas<sup>32</sup>.

Uma tal concepção do abuso do poder econômico supõe que ainda é válido o dogma dos liberais clássicos segundo o qual o Estado deve entravar o menos possível a liberdade de iniciativa dos agentes econômicos, pois tal liberdade seria, por ela mesma, capaz de promover o bem geral, fim último da atividade econômica<sup>33</sup>. O Estado só deveria proibir, assim, os abusos do poder econômico mais chocantes. E ainda, os abusos passíveis de repressão deveriam ser definidos de maneira estrita, a fim de preservar a segurança jurídica máxima dos operadores econômicos.

Todos estes aspectos da concepção restritiva do abuso do poder econômico podem ser contestados.

---

<sup>32</sup> Tal concepção é severamente criticada por Shuartz, que condena a concepção do abuso do poder econômico a partir de uma norma proibitiva pontual, onde remeteria-se “todas as condutas não-proibidas (manifestações indetermináveis do poder econômico não definidas expressamente como abusivas) para a esfera do permitido, i.e., do juridicamente indiferente” (“Abuso do poder econômico...”, art. cit., p. 59).

<sup>33</sup> Neste sentido Shuartz observa que “a concepção do abuso do poder econômico como mero repositório de infrações expressamente previstas em normas jurídicas pressupõe o antigo paradigma jurídico liberal (...) como atualmente válido, pelo menos no que diz respeito ao funcionamento do mercado. (...) Acredita-se, pois, que o sentido do ordenamento jurídico econômico seja o de proteger a liberdade individual do sujeito econômico das intervenções indevidas do aparato administrativo, bem como das imperfeições do mercado (concorrência desleal e abuso do poder econômico)” (ibid., p. 59).

## **B. Crítica à interpretação restritiva, e interpretação dinâmica do “princípio” de repressão dos abusos do poder econômico.**

22. Impregnada por uma ideologia liberal clássica, a concepção restritiva do artigo 173, §4 se esbarra no fato de que a Constituição rejeitou de maneira quase formal a associação entre o *laissez faire* e a realização do bem comum. Com efeito, consagrando a livre concorrência como um dos princípios da ordem econômica, a Constituição declara, por um lado, que a livre concorrência não é uma conseqüência natural da livre iniciativa e, por outro lado, que a livre concorrência tem um valor próprio, sendo um elemento necessário para que a livre iniciativa possa cumprir o seu valor social<sup>34</sup>.

Ademais, exigir que o direito da concorrência defina de maneira estrita as situações proibidas, afim de se preservar a segurança jurídica máxima dos agentes econômicos arrisca condenar antecipadamente a viabilidade de um direito da concorrência eficaz. Com efeito, mais do que em qualquer outro ramo do direito, o equilíbrio ideal entre a eficácia da norma e a segurança jurídica dos indivíduos é, em direito econômico, um equilíbrio instável e frágil. Querer assegurar uma segurança jurídica máxima em matéria de direito econômico é condenar, de maneira quase deliberada, a eficácia deste direito. Consequentemente, a concepção restritiva do abuso do poder econômico arrisca deixar sem aplicação real o princípio de livre concorrência, o que iria ao encontro da Constituição.

23. Se esta interpretação do artigo 173, §4 pôde existir no passado é unicamente porque a “repressão do abuso do poder econômico” tinha, na época, o estatuto de princípio da ordem econômica<sup>35</sup>. A Constituição atual, ao mesmo tempo em que ela consagrou a livre concorrência como um princípio, reduziu a importância da “repressão do abuso do poder econômico” no contexto constitucional. Este dispositivo deve, agora, ser interpretado em conformidade com os princípios da ordem econômica, e mais particularmente com o princípio de livre concorrência. Uma parte importante da doutrina moderna rejeita,

---

<sup>34</sup> Ver supra, n. 8 e ss. Em um sentido similar, Shuartz sublinha que a interpretação restritiva do abuso do poder econômico “de um lado, ignora a dialética entre igualdade formal e desigualdade real entre os agentes no mercado, de outro, exclui a voz da sociedade (econômica e não-econômica) do necessário processo de legitimação do poder econômico” (ibid., p. 60).

<sup>35</sup> O princípio de livre concorrência, se ele sempre existiu, ficava no entanto na sombra do princípio de repressão dos abusos do poder econômico; tratava-se de um princípio implícito. Atualmente, a livre concorrência é um princípio explícito da ordem econômica constitucionalmente estabelecida, enquanto que a repressão dos abusos do poder econômico não tem mais o estatuto de princípio.

deste modo, a interpretação restritiva do artigo 173, §4, recolocando-o no novo contexto constitucional, onde o princípio de livre concorrência serve de vetor à uma concepção mais dinâmica do abuso do poder econômico.

**24.** Sobretudo, o artigo 173, §4 não limita a atividade legislativa do Estado com relação ao direito da concorrência. Com efeito, para a Constituição atual, não basta que a atividade econômica esteja ao abrigo dos abusos do poder econômico; é necessário, antes de tudo, que ela seja concorrencial. Tércio Sampaio Ferraz Jr. observa assim que o artigo constitucional em questão deve ser compreendido em seu contexto: “a inserção da livre concorrência como princípio da ordem econômica trouxe à concepção de abuso do poder econômico o sentido de uma infração contra o mercado, não sendo mais radicalmente decisivo os atos abusivos serem qualificados na forma de um ato de um agente contra outro agente”<sup>36</sup>.

No mesmo sentido, Werter Faria considera que “o abuso do poder econômico é a conduta no mercado que prejudica o nível eficiente de competição”<sup>37</sup>. Segundo este autor, o que caracteriza o abuso do poder econômico é o “prejuízo ao interesse geral, mediante práticas que impeçam, restrinjam ou falseiem o jogo normal da concorrência”<sup>38</sup>. De acordo com este autor, “a repressão dos abusos do poder econômico deve ser compreendida como proibição de todas as práticas comerciais que anulam ou distorcem a livre concorrência”<sup>39</sup>.

De modo similar, Fernando Shuartz sublinha que o poder econômico acarreta uma relação de subordinação, e que toda relação desta natureza não é *a priori* legítima. A legitimidade do poder econômico depende assim da maneira pela qual ele foi constituído e é exercido<sup>40</sup>. O autor considera que a noção de abuso do poder econômico deve ser forjada a partir da noção de desvio de finalidade, onde o poder econômico seria instrumentalizado e submetido a uma espécie de princípio de legalidade estrita. Assim, o poder econômico seria vinculado, de maneira negativa, ao conteúdo da norma constitucional, e de maneira positiva às situações contrárias àquelas que a norma proíbe, isto é, à manutenção ou à produção de uma situação de competição. Deste modo, o direito da concorrência “não busca apenas punir os desvios, mas, principalmente, alcançar uma situação objetiva ideal e positivamente determinada: o

---

<sup>36</sup> “Resilição unilateral de relações comerciais de prazo indeterminado e a lei de defesa da concorrência”, in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 5, 1995, p. 275.

<sup>37</sup> *Constituição econômica*, op. cit., p. 58.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>40</sup> Shuartz, “Abuso do poder econômico...”, art. cit., p. 60/61.

mercado saudável (competitivo)”<sup>41</sup>. Em resumo, para o autor, a noção de abuso do poder econômico deve ser estabelecida em função de um *standard* de comportamento fundado em uma legalidade estrita que supõe a existência de uma finalidade, de um resultado. “Este resultado, conclui o autor, é a própria livre concorrência enquanto manifestação parcial e pressuposto da liberdade de iniciativa”<sup>42</sup>.

**25.** A partir de uma concepção mais larga da noção de abuso do poder econômico, estes autores recusam ver nos termos do artigo 173, §4 limites rígidos à caracterização de tais abusos. O artigo citado enuncia, como finalidade que caracteriza o abuso, a trilogia “eliminação da concorrência, dominação de mercado e aumento arbitrário dos lucros”. Werter Faria considera assim que as expressões “dominação de mercados”, “eliminação da concorrência” e “aumento arbitrário dos lucros” constituem “as hipóteses genéricas do abuso do poder econômico”, de modo que a lei pode estabelecer, para cada uma destas hipóteses, os múltiplos comportamentos que os caracterizam<sup>43</sup>.

No entanto, se a noção de dominação pode ser objeto de uma interpretação mais flexível e evolutiva, compatível com um direito da concorrência moderno e dinâmico, o mesmo não se pode dizer da expressão “eliminação da concorrência”, termo que não se presta bem a fundamentar a interdição de “restrições” de concorrência. Tercio Sampaio Ferraz Jr. considera, porém, que o termo “eliminação da concorrência” significa o fato de “atentar contra a própria estrutura do mercado, fazendo da competitividade uma aparência de competitividade, da concorrência um jogo previamente combinado, em que as partes abrem mão da sua liberdade em troca de uma vantagem que as tiraniza”<sup>44</sup>.

Enfim, o abuso de poder econômico visado pelo artigo 173, §4 da Constituição se caracteriza por sua finalidade: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da con-

---

<sup>41</sup> Shuartz, “Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro”, in *Revista de Direito Mercantil*, n. 94, 1994, p. 24. O autor reconhece que esta posição é contrária à doutrina dominante no Brasil. A propósito da instrumentalização da atividade econômica das empresas ver Izabel Vaz, op. cit., p. 255.

<sup>42</sup> Shuartz, “Poder econômico...”, art. cit., p. 27. O autor observa ainda que “o Estado, de um lado, transfere ao mercado parte de sua função própria de *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social* (art. 170 da CF), reservando, de outro, a si, o poder fiscalizatório, preventivo e corretivo. Neste sentido, o dever primário do Estado não é o de punir os abusos, mas sim de preveni-los e corrigi-los” (“Abuso do poder econômico...”, art. cit., p. 61).

<sup>43</sup> Faria, op. cit., p. 151 e 153.

<sup>44</sup> “Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional”, art. cit., p. 72.

corrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. No passado pôde-se sustentar que a caracterização do abuso à partir da finalidade do comportamento era um indício da natureza penal da proibição<sup>45</sup>. Tércio Sampaio Ferraz Jr. rejeita esta interpretação. Para o autor, a “linguagem de finalidade” da Constituição atual não significa que a repressão dos abusos deve ser feita pela via penal. Segundo o autor, a finalidade de que fala a lei (a “dominação de mercado”, a “eliminação da concorrência” ou o “aumento arbitrário dos lucros”) é igualmente uma qualidade do ato, e não somente uma qualidade do agente<sup>46</sup>. Werter Faria sublinha ainda que a redação do dispositivo na Constituição atual, contrariamente à Constituição anterior, permite a interdição dos abusos em razão de seus efeitos, sem que seja exigido um efeito para a caracterização do abuso<sup>47</sup>.

**26.** Todas estas interpretações extensivas da noção de abuso do poder econômico têm como ponto comum o fato de demonstra a insuficiência de uma interpretação do artigo 173, §4 que não leva em conta o contexto constitucional, mais particularmente o princípio de livre concorrência. A repressão dos abusos do poder econômico, prevista pela norma constitucional, deve permitir a efetiva proteção de um mercado concorrencial, como o estabelece o princípio de livre concorrência.

Mas, se o artigo 173, §4 deve ser interpretado como sendo o fundamento para a preservação da livre concorrência, podemos questionar se é realmente necessário se referir a esta regra para justificar o direito da concorrência.

---

<sup>45</sup> Ver supra, n. 20.

<sup>46</sup> Ferraz, “Resiliação...”, art. cit., p. 275. O autor considera que “mesmo sem agir (subjetivamente) de modo deliberado (dolo direto), seu ato abusivo pode (ou não) repercutir na livre concorrência, distorcendo-a. Se não quisermos falar em responsabilidade objetiva, teremos que falar em dolo eventual, devendo a lei presumir que o agente, ao praticar atos negociais, assumiu como possíveis eventuais consequências lesivas para o mercado” (ibidem. Os *itálicos* estão no original). Shuartz observa assim que “o centro de gravidade da infração deixa de estar na intencionalidade dirigida contra um concorrente, mas passa a localizar-se na significação objetiva da conduta para a manutenção da competitividade no mercado” (“Poder econômico...”, art. cit., p. 26).

<sup>47</sup> Faria, op. cit., p. 150.

## § II. O princípio de livre concorrência: referência suficiente para legitimar o direito brasileiro da concorrência ?

27. Os autores que tomaram o princípio de livre concorrência como um vetor para a interpretação do artigo 173, §4 da Constituição (relativo à repressão dos abusos do poder econômico) entenderam que este princípio consagra o funcionamento normal do mercado, o livre jogo da concorrência. Restaria demonstrar, no entanto, que uma autorização expressa da Constituição é necessária para que um direito da concorrência possa ser adotado. Certo, a Constituição brasileira regulamenta com detalhes a ordem econômica. No entanto, é justamente em razão desta ordem econômica constitucionalmente consagrada que o direito da concorrência se encontra legitimado. A escolha constitucional por uma economia descentralizada, regida pelas leis do mercado, autoriza o Estado a regulamentar a concorrência. Esta autorização tácita torna-se ainda mais evidente quando analisamos mais atentivamente os princípios da ordem econômica<sup>48</sup>.

28. De acordo com o artigo 170 da Constituição, “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: (...)”. Dentre os princípios constitucionais da ordem econômica encontramos o princípio da livre concorrência.

A livre iniciativa e a livre concorrência são assim, no Brasil, valores constitucionalmente ligados à ordem econômica. A livre iniciativa é consagrada como fundamento da ordem econômica, não de maneira absoluta, ou em razão de suas virtudes intrínsecas, mas sobretudo em função de seu valor social<sup>49</sup>. A livre concorrência, por sua vez, é um princípio da ordem econômica. É um princípio que assume, no contexto constitucional, um valor instrumental. Trata-se de um dos elementos necessários para que a livre iniciativa seja presumida agir no sentido que a Constituição permite: o de assegurar a todos uma existência digna, de acordos com os ditames da justiça social.

A livre concorrência, enquanto valor instrumental necessário à consecução das finalidades da ordem econômica constitucionalmente adotada, e condição em princípio necessária à legitimidade da livre iniciativa, deve ser protegida. Cabe assim questionar se, para que o Estado possa adotar regras para a proteção de um valor de tamanho relevo na ordem econômica seria necessária uma habilitação constitucional expressa? É necessário que a Constituição permita que legislador faça regras para a repressão de abusos, ou de

---

<sup>48</sup> Na realidade, o artigo 174 da Constituição autoriza de maneira expressa o Estado a regulamentar a atividade econômica.

<sup>49</sup> Ver supra, n. 6.

um modo mais genérico, para que um direito da concorrência seja adotado? A resposta só pode ser pela negativa<sup>50</sup>.

Porém, a realidade é que o legislador constitucional indicou que a lei deve reprimir os abusos do poder econômico que tenham por fim a eliminação da concorrência, a dominação de mercados e o aumento arbitrário dos lucros. Qual o alcance de tal dispositivo?

**29.** A nós parece que este mandamento constitucional dirigido ao legislador ordinário não pode ser considerado como sendo o limite máximo da regulamentação da concorrência (um tal limite resulta sobretudo dos direitos e garantias fundamentais, notadamente dos direitos da defesa do direito de propriedade). Ao contrário, o artigo 173, §4 só pode ser compreendido como sendo o limite mínimo da intervenção legislativa face ao fenômeno concorrencial.

Assim, de um lado o Estado não pode se abster de proibir as situações que caracterizam os abusos do poder econômico, tais como descritas na Constituição<sup>51</sup>. De outro lado, a Constituição não se opõe a que o legislador crie um direito da concorrência que vá além da simples repressão dos abusos do poder econômico<sup>52</sup>. Com efeito, como observa Ferraz, “é preciso, pois, cuidar

---

<sup>50</sup> Werter Faria observa que tal disposição constitucional não existia quando foi adotado o Decreto 7666/45 (que proibia restrições de concorrência, a dominação do mercado e o aumento arbitrário dos lucros). Além disto, continua o autor, raros são os países onde a constituição contém um dispositivo similar (op. cit., p. 75). Ponter de Miranda sublinhou, ainda sob o império da Constituição de 1967, que o legislador não precisa de uma tal autorização para poder regulamentar a concorrência: “protege-se a livre concorrência; por isso mesmo atribui-se aos legisladores ordinários o ataque às formas múltiplas pelas quais a livre concorrência se converte em poder eliminador da concorrência, ou, pela concentração da propriedade, ou outros meios abusivos (...)” (*Comentários à Constituição de 1967*, op. cit., p. 48).

<sup>51</sup> W. Faria sublinha que o artigo constitucional “obriga o Estado a legislar sobre repressão às práticas comerciais restritivas”, de modo que a inconstitucionalidade da lei pode resultar do não respeito deste limite mínimo estabelecido pela Constituição (op. cit., p. 60, 75 e 182). Neste sentido, porque não considerar contrário à Constituição uma lei tecnicamente incapaz de sancionar, na prática, comportamentos que caracterizam abusos de poder econômico no sentido do artigo 173, §4 da Constituição?

<sup>52</sup> T. S. Ferraz Jr., “Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional”, art. cit., p. 73. No mesmo sentido, I. Vaz observa que “por definição constitucional, a livre concorrência é um *princípio* informador da atividade econômica, enquanto a repressão ao abuso do poder econômico configura um dos *instrumentos* de sua proteção” (*Direito econômico da concorrência*, op. cit., p. 287, itálicos no original). Igualmente, Bastos sublinha que o princípio constitucional de livre concorrência autoriza a “intervenção ativa no mercado”, pelo Estado, com o fim de estabelecer um “regime normativo de defesa da concorrência voltada ao restabelecimento das condi-

---

para que o desenvolvimento econômico ou técnico do sistema não seja comprometido por comportamentos dos agentes que, sem ser abusivos, podem levar à distorção, com o impedimento do afluxo de recursos a certos setores ou o bloqueio da possibilidade de expansão de concorrentes”<sup>53</sup>.

**30.** A lei 8884/94, ainda que fiel ao “trinômio” constitucional, contém importantes elementos evolutivos. A lei 8884/94 proíbe as restrições de concorrência, enquanto o dispositivo constitucional só fala de *eliminação* de concorrência; a lei proíbe, além da dominação de mercados, os abusos de posição dominante, enquanto que a Constituição só faz referência à dominação; a lei estabelece interdições tanto em função do objeto anticoncorrencial quanto do efeito real da prática no mercado, enquanto que a Constituição só prevê a interdição em razão do objetivo do agente; a lei estabelece mecanismos de prevenção, e a Constituição só fala de repressão. Igualmente, importantes modificações institucionais foram introduzidas para permitir uma aplicação efetiva e eficaz da lei.

Em definitivo, o legislador constitucional quis modificar a orientação do direito da concorrência brasileiro: da simples repressão dos abusos do poder econômico, deve-se passar à uma efetiva proteção da concorrência. Este novo contexto Constitucional não passou despercebido do legislador ordinário quando foi elaborada a lei 8884/94. E ele deve estar também presente no espírito do intérprete.

---

ções do mercado livre”, assim como uma intervenção “negativa consistente na eliminação das disfunções e imperfeições” (*Comentários à Constituição do Brasil*, com Ives Gandra Martins, op. cit., vol. 7, p. 27).

<sup>53</sup> Esta argumentação do autor visa a legitimar o controle das operações de concentração. Continua o autor: “neste sentido, a Constituição, que declara o mercado interno como patrimônio nacional (art. 219), exige do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174), o exercício, na forma da lei, da função de fiscalização. (...) O dever de o Estado, nestes casos, atuar preventivamente (...) é o sucedâneo constitucional de sua função fiscalizadora” (“Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional”, art. cit., p. 73).