



APONTAMENTOS SOBRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA

*Daniel Rocha Corrêa*¹

RESUMO

O princípio da liberdade de concorrência é hoje um importante princípio da ordem econômica brasileira e fundamento para o mercado. Este princípio constitucional fundamenta um importante papel do Estado contemporâneo: a defesa da concorrência. Verificamos que para a defesa da concorrência é importante delimitar o mercado, pois precisamos compreender a realidade concreta. Verificamos que a análise do Direito Comparado é útil para o fortalecimento do direito brasileiro. Constatamos que a noção de abuso é essencial na análise da ilicitude de comportamentos anticoncorrenciais. Concluímos que a compreensão da extensão e do significado do princípio da liberdade de concorrência no Brasil será o resultado de uma construção permanente.

Palavras-chave

Ordem econômica. Liberdade de concorrência. Regulação.

ABSTRACT

The principle of freedom of competition is today an important principle of the economic order and fundament of the market. That constitutional principle fundamentas an important function of the contemporaneous nations: the defense of competition. We verify that market definition is important to the defense of competition because we need understands the concrete reality. We verify that comparative law study is useful to the brazilian law strengthening. We certify that abuse notion is essential in the illegality analysis of the anti-competitive behaviours. We conclude that in Brasil the understanding of the length and the notion of the freedom of competition principle will be the results of an permanent construction.

Key-words

Economic order. Freedom of competition. Regulation.

SUMÁRIO

1- Introdução; 2 – Fundamentos da ordem econômica brasileira; 2.1 – O mercado; 2.2 – Concorrência, liberdade de concorrência e defesa da concorrência; 2.3 – A concorrência no mercado; 3 – Considerações sobre a ilicitude em matéria de concorrência; 4 – Conclusões; 5 – Referências bibliográficas.

¹ Professor da PUC Minas e Mestre em Direito Econômico pela UFMG

1 INTRODUÇÃO

Nossa economia tem por atributos essenciais a liberdade de iniciativa, a organização em regime de empresa e a valorização da liberdade de concorrência.

A livre concorrência é um valor fundamental para a economia contemporânea e para o direito, especialmente quando estamos diante da regulação de mercados. Porque a concorrência é uma força que impulsiona o mercado a resultados positivos, como o bem-estar dos consumidores, o princípio da liberdade de concorrência é muito importante para uma economia neoliberal e para o direito que lhe corresponde.

Nessa medida, a liberdade de concorrência é um direito que está no cerne do conjunto de princípios estruturantes da ordem econômica brasileira, conforme prevê a Constituição da República de 1988. Uma das consequências do reconhecimento deste direito é a necessidade de se defender a concorrência. Esta é uma importante atribuição do Estado na condução do fenômeno econômico nos dias de hoje.

Por isso, pretendemos analisar a importância da concorrência para o mercado, o significado do princípio da liberdade de concorrência e a importância da defesa da concorrência para disciplina do fenômeno econômico.

Na primeira parte do trabalho, destacaremos alguns aspectos relacionados ao reconhecimento da liberdade de concorrência como princípio constitucional. Em seguida analisaremos o próprio conceito de mercado, para daí apresentarmos algumas ideias a respeito da importância da concorrência para o mercado a fim de definirmos a liberdade de concorrência e demonstrarmos a necessidade de defesa da concorrência, para a condução jurídica da economia. Abordaremos ainda a necessidade de delimitação do mercado, para melhor compreendermos a incidência da regra de defesa da concorrência. Por fim, faremos algumas observações a respeito das particularidades do ilícito em matéria de concorrência.

Nossa principal conclusão é a de que a compreensão da extensão e sentido do princípio constitucional da liberdade de concorrência é resultado de uma construção continuada.

2 FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

Nossa Constituição Econômica vigente, isto é, o conjunto de normas de mais alta hierarquia do nosso ordenamento jurídico que se voltam à estruturação das bases, ou fundamentos, de uma ordem jurídica da economia brasileira e da disciplina do fenômeno econômico, assenta-se num trio de fundamentos, próprios das economias de mercado: a propriedade privada, a livre iniciativa e a valorização do trabalho.

A estes fundamentos acrescentamos a atribuição expressa ao Estado de um papel de normatização e regulação da economia, cabendo-lhe ainda, em caráter subsidiário, atuar como agente econômico. Paralelamente a isto ainda, o quadro se completa e fortalece a partir de um importante princípio, que é a liberdade de concorrência. Um princípio extremamente importante hoje em dia, quando observamos que os modelos predominantes nos levam a valorizarmos a concorrência como fenômeno benéfico ao equilíbrio do mercado e, quando falamos de regulação econômica, a existência da concorrência justifica o caráter subsidiário da regulação pública.

Então, para o discurso predominante hoje, por detrás de palavras como desregulação ou flexibilização, a concorrência é essencial. Desta forma, no Capítulo da Ordem Econômica, a liberdade de concorrência é um princípio constitucional estruturante da disciplina jurídica do mercado que se irradia da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e das Constituições de diversos países. Um princípio que adquiriu caráter Constitucional recentemente, quando pensamos a própria história do Constitucionalismo.

Para falarmos da Constitucionalização do princípio da liberdade de concorrência, é interessante a análise de como nos Estados Unidos da América esta liberdade ascendeu a uma fundamentalidade própria de princípio constitucional.

Observamos então que a tradição do Common Law anterior à vigência do Sherman Act, que é a Lei Antitruste Norte-Americana, estava voltada para a defesa de direitos individuais; ao passo que o surgimento da legislação antitruste em 1890 é o reflexo da Constitucionalização de outra categoria de direitos: os direitos econômicos, tutelados através da defesa do mercado e da livre concorrência.

Em 1910, ao julgar o caso *Standard Oil CO. of New Jersey v. United States*, a Suprema Corte enxergou a regulação do comércio como instrumento para segurança do governo e de direitos fundamentais, ou seja, como uma garantia ao sistema estabelecido. Vemos na referida decisão:

[...] com competência expressamente outorgada pela Constituição, o Congresso pode regular o comércio entre os Estados e com Estados estrangeiros. Este poder era e é supremo, sua força deve ser dada a outras prescrições da Lei Fundamental, projetadas pelos 'Fundadores' para a segurança do Governo e para proteção e garantia dos direitos essenciais inerentes à vida, liberdade e propriedade. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001a).

Já em *United States v. Topco Associates*, uma decisão de 1972, fica claro o caráter Constitucional dos direitos protegidos pela legislação antitruste: “[...] o direito antitruste em geral, e a Lei Sherman em especial, constituem a Magna Carta da livre empresa. Elas são tão importantes para a preservação da

liberdade econômica e de nosso sistema de livre empresa quanto o Bill of Rights é importante para a proteção de nossas liberdades pessoais fundamentais.”
(ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001b).

Mesmo quando falamos em direito comunitário, a experiência europeia nos mostra a importância da liberdade de concorrência no estabelecimento das bases jurídicas de um mercado. No caso, o mercado europeu.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias orienta-se pela supranacionalidade das normas de defesa da concorrência comunitárias. Neste sentido, em *Walt Wilhelm and others v Bundeskartellamt* (2002a), uma decisão de 1969, encontramos a afirmação de que, em relação ao livre comércio entre o Estados membros, o direito nacional não pode ir contra a uniformidade do direito comunitário. Além disso, em 1999, ao decidir o caso *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV* (2002b), o Tribunal de Justiça confirmou a supremacia do princípio, ao declarar que as normas comunitárias de proteção da liberdade de concorrência integram a ordem pública comunitária.

Também em relação ao Brasil, verificamos que é recente em nossa história o termo inicial do reconhecimento do princípio da liberdade de concorrência por disposição constitucional expressa. Somente a partir de 1946 encontraremos em nossas Constituições referências a esta liberdade fundamental.

Podemos destacar quatro fases na história do direito da concorrência brasileiro. Uma primeira fase, de caráter abstencionista, marcada pela liberdade de iniciativa e pela não intervenção, correspondente ao período em que vigoraram as Constituições de 1824 e de 1891. A segunda fase, a partir da qual já se pode falar de proteção da concorrência no Brasil, contudo, nela, o enfoque das normas, cujo caráter era penal, estava direcionado à proteção da economia popular, se deu tanto sob a égide da Constituição de 1934, quanto da Constituição de 1937. A terceira fase, a partir da qual o foco da proteção, de caráter preventivo, passou a ser o equilíbrio do mercado, por via da proteção da liberdade de concorrência, foi inaugurada a partir da Constituição de 1946. Nessa fase, foi criado o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), contudo faltou efetividade às normas durante essa terceira fase, devido tanto à falta de uma cultura de proteção da concorrência, quanto aos restritos poderes administrativos conferidos àquele órgão. A última fase é caracterizada pela defesa efetiva da concorrência no Brasil e iniciou-se com as transformações do final do século XX, em especial, a abertura do mercado e a diminuição do caráter intervencionista do período anterior, fortalecida pela nova Lei de Proteção da Concorrência, a Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994.

Para compreendermos melhor o significado do princípio da liberdade de concorrência, necessário falar um pouco da importância do fenômeno da concorrência para o mercado. Isto, faremos a seguir.

2.1 O mercado

Em linhas gerais, podemos dizer que no mercado se dão as trocas, ou que o mercado é o espaço econômico onde se dão as trocas.

A partir de relatos antropológicos, como os de Marcel Mauss sobre a dádiva, podemos afirmar que o mercado é uma instituição (criação cultural) dinâmica. Com relação a isso, o autor destacou:

[...] Descrevemos os fenômenos de troca e de contrato nessas sociedades que são, não privadas de mercados econômicos como se afirmou – pois o mercado é um fenômeno humano que, a nosso ver, não é alheio a nenhuma sociedade conhecida –, mas cujo regime de troca é diferente do nosso. Nelas veremos o mercado antes da instituição dos mercadores, e antes da sua principal invenção, a moeda propriamente dita; [...] (2003, p. 188)

O mercado é dotado de historicidade. Enquanto tribos do norte da América organizaram seus mercados com base na gratuidade e no consumo total; enquanto as trocas familiares ou fraternas também são gratuitas e constituem-se por vínculos morais; o mercado capitalista é caracterizado pela atuação dos mercadores, pela adoção da moeda como elemento unificador das trocas e por orientar-se pela lógica da acumulação.

Mesmo assim, os mercadores e a moeda não fizeram desaparecer vínculos que hoje compreendemos fora do mercado. Ao falar da dádiva, Marcel Mauss disse que “[...] essa moral e essa economia funcionam ainda em nossas sociedades de forma constante [...] [a dádiva é] uma das rochas humanas sobre as quais são construídas nossas sociedades [...]” (2003, p. 188-9). No mesmo sentido, Jacques Godbout também destaca a amplitude maior da troca como fundamento da sociedade. Para ele, “[...] o sistema da dádiva não é antes de tudo um sistema econômico, mas o sistema social das relações de pessoa a pessoa. Não é o complemento do mercado ou do plano, mas da economia e do Estado.” (1999, p. 24).

Então, o mercado, quando visto como espaço econômico em um sentido estrito, é apenas uma parte de um mercado maior. As trocas feitas naquele mercado estruturam-se em vínculos mais superficiais e cada vez mais impessoais. Ideias como quantidade, vantagem, utilidade, valor e competição são afins aos valores que nos orientam nesse momento de nossa vida social. No entanto, como procuramos demonstrar acima, este mercado ou esta feição do mercado não é a única nem é um dado anterior ao próprio ser humano. O mercado capitalista é uma criação dotada de historicidade e nada nos diz que esta instituição não se alterará no futuro ou que é impossível a mudança. Porém toda e qualquer mudança substancial só acontecerá na medida em que passarmos a reconhecer como mais importantes outros valores que não aqueles que dão sustentação a esse mercado.

No sentido estrito, que será o que daremos à palavra mercado a partir de agora no texto, François Perroux salienta que o mercado se estrutura numa “[...] rede de trocas que torna todos os preços e quantidades interdependentes. [...] o mercado é o encontro das ofertas e das procuras dum bem ou dum serviço, que gera a formação do preço desse produto ou serviço. [...]” (1967, p. 317 e 320).

Dentro da construção capitalista e liberal, a ideia de mercado caracteriza-se pela crença no valor da concorrência como uma força propulsora da sua regulação. Nessa perspectiva, lembramos que a própria organização da economia brasileira demonstra o relevo que damos ao mercado atualmente. Nossa economia tem por atributos essenciais a liberdade de iniciativa, a organização em regime de empresa e a valorização da liberdade de concorrência.

2.2 Concorrência, liberdade de concorrência e defesa da concorrência

Conforme Pascal Salin, a concorrência é um princípio essencial de todas as atividades humanas (1995, p. 115). Esse princípio nos remete à ideia de competição. Uma ideia que significa “[...] uma luta ou contenda por superioridade [...]” (WHISH, 2001, p. 2) e que, quando aplicada ao mercado, inspira os diversos sujeitos que concorrem à tentativa de superarem seus competidores nas preferências dos consumidores, para permanecerem no mercado e ampliarem suas fatias de participação nele.

Ao lado do fenômeno da concorrência, podemos destacar a liberdade de concorrência como princípio jurídico estruturante de uma determinada ordem jurídico-econômica, quer olhemos para um Estado de inspiração liberal clássica, quer olhemos para um Estado de inspiração neoliberal, como o Estado brasileiro de hoje.

É possível atribuímos dois sentidos complementares ao princípio da liberdade de concorrência. Numa perspectiva, a liberdade de concorrência implica na prerrogativa de competir, ou seja, é o direito de concorrer no mercado. Por outro lado, a liberdade de concorrência impõe um controle, para que prevaleça um mínimo ético e haja efetiva competição, ou seja, leva à necessidade da defesa da concorrência. Esta garantia de um mínimo ético visa, por exemplo, evitar que aqueles que deveriam competir entre si combinem seus preços, falseando os resultados do mercado.

Enquanto o modelo liberal clássico se prendeu àquele primeiro sentido do princípio da liberdade de concorrência, a concepção contemporânea, rotulada de neoliberal, orienta-se pela necessidade de proteção do mercado, para a garantia da concorrência.

De acordo com as crenças predominantes a cada momento, o conteúdo e sentido atribuídos ao princípio da liberdade de concorrência variarão, pois o direito da concorrência é o reflexo de uma determinada política de concorrência. Como Pascal Salin destaca, então, mesmo a teoria tradicional da concorrência

"[...] se converte em teoria normativa ao demonstrar que a realização da concorrência conduz a um ótimo econômico." (1995, p. 5).

Então, de acordo com um enfoque finalístico, podemos utilizar a norma de direito da concorrência como um meio para a realização de objetivos que se apresentem socialmente desejáveis. Richard Whish, por exemplo, atribui à defesa da concorrência o fim de defesa dos consumidores, redistribuição e proteção dos concorrentes (2001, p. 15). É justamente neste seu aspecto que o direito da concorrência assume toda a amplitude que lhe é própria como objeto do direito econômico, tornando-se meio para uma política de concorrência.

Contudo, é importante destacar algumas deficiências próprias da aplicação de modelos na realidade social. Cremos que a observação dessas deficiências nos permitirá compreender melhor as mudanças pelas quais passamos e também buscar meios para lidarmos melhor com a realidade atual. Assim, na explicação da realidade e na formulação de políticas econômicas, recursos teóricos como a abstração nos permitem a construção de modelos menos complexos que tentamos aplicar à realidade. Porém, um problema que surge na hora de nos valermos desse recurso de análise é o de tomarmos o modelo como realidade e, a partir disso, julgarmos os fenômenos verdadeiros como aberrações da realidade social, ao falarmos do comportamento no mercado.

Como Pascal Salin destaca, as políticas de concorrência procuram forçar a realidade a se ajustar a um modelo (um modelo atomista) (1995, p. 90). Para o autor, a teoria econômica tradicional (atomista) é uma construção intelectual que não permite a compreensão da realidade, pois se pauta em abstrações como a de que um agente não se preocupa com o comportamento dos concorrentes e também porque ela não considera as relações de poder (1995, p. 87, 29 e 88).

Nessa mesma linha de crítica, Richard Whish observa que a análise de uma concorrência perfeita não explica adequadamente o comportamento econômico no mundo real (2001, p. 2). Mesmo assim ele defende o mercado e propõe um modelo em que se conjuguem o mercado e a proteção estatal na promoção da concorrência. Segundo o autor, "[...] mercados possibilitam melhores ganhos do que a planificação estatal; no centro da ideia de mercado está o processo de concorrência." (2001, p. 2)

Esta é precisamente a tônica da política de concorrência predominante nos dias de hoje. Uma política que valoriza a liberdade do mercado, mas que dá ao Estado o poder-dever de garantir essa liberdade, segundo um critério de subsidiariedade. Quer falemos de defesa da concorrência hoje, quer de regulação econômica, o mercado está no centro das concepções predominantes que inspiram as diversas políticas de sua própria disciplina.

A atribuição desse papel de garantia ao Estado decorre da maior visibilidade hoje da diferença inerente a cada sujeito que atua no mercado. Uma diferença que ficou mais evidente após a concentração capitalista e a inauguração do capitalismo de grupo, revelando-nos uma assimetria de poder

que faz possível um efeito de dominação e leva à necessidade de repressão ao abuso de poder econômico (PERROUX, 1967).

Como é possível observar, por questões fáticas ou decorrentes do próprio sistema jurídico, há momentos em que apenas um sujeito se lança ao mercado como ofertante ou comprador. Barreiras técnicas ou barreiras legais podem levar a um contexto dessa natureza. Nessa hora, a concorrência fica em risco, já que a livre concorrência caracteriza-se pela ausência de barreiras (SALIN, 1995). Por isso, ao direito da concorrência, atribui-se o objetivo de repressão do comportamento das empresas com poder de mercado (WHISH, 2001, p. 15).

Mesmo conscientes de que qualquer modelo teórico é incapaz de traduzir toda a amplitude inerente à realidade, concordamos com a visão de que num ambiente concorrencial, quando há homogeneidade, a competição impulsiona os indivíduos a buscarem ser os melhores, o que contribui para toda uma prosperidade coletiva.

No entanto, observamos atualmente mudanças na realidade econômica que nos distanciam dessa situação ideal e nos levam a transformações na política de concorrência. Como Richard Whish destaca, vivemos hoje num contexto de “[...] desmopolização, liberalização e privatizações. Estes fenômenos, associados à rápida mudança tecnológica e à abertura do comércio internacional despertam poderosas forças econômicas sem precedentes.” (2001, p. 2).

No centro das forças que impõem essa adaptação, observamos a formação de grupos cujo poder econômico não encontra precedentes na história. Isso nos põe diante de um paradoxo moderno destacado por Pascal Salin que é fruto da necessidade de proteger a concorrência, mas tolerando monopólios (1995, p. 93).

Ainda nesta perspectiva dos desafios impostos pela realidade atual à proteção da concorrência, Gérard Farjat destaca que, embora o direito antitruste tenha nascido nos EUA (Estados Unidos da América) para proteger o mercado diante da concentração, hoje a posição dominante de uma empresa, por exemplo a Microsoft, é essencial para os fins hegemônicos da política internacional daquele país (2004, p. 144).

Então, de um lado observamos uma tendência à acentuação da assimetria no mercado ou à redução do número de concorrentes, e do outro, está a necessidade de proteger a concorrência.

Ainda estamos a reviver os desafios já reconhecidos por François Perroux quando afirmou que “[...] os programas estabelecidos por grandes unidades, desejosas de ganhar à custa umas das outras, não podem realizar-se simultaneamente, e acima deles tem de intervir uma arbitragem.” (1967, p. 14).

Num Estado de Direito, verifica-se então que uma constituição econômica é necessária para conter o poder econômico privado ou público (WHISH, 2001, p. 18). Nesse panorama, a política de concorrência visa restabelecer a igualdade (SALIN, 1995, p. 89).

Nessa perspectiva, Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira esclarecem a nova feição da economia de mercado:

[...] a nova economia de mercado, baseada na iniciativa privada e no (sic) concorrência, depende essencialmente da regulação pública não só para assegurar o funcionamento do próprio mercado mas também para fazer valer os interesses públicos e sociais relevantes que só por si o mercado não garante. (2003, p. 15).

Concordamos com a advertência de Carolina Munhoz, ao afirmar que

"[...] o mais importante está aí: a consciência da importância da defesa do processo competitivo no mercado. E não é qualquer defesa da concorrência, mas sim uma capaz de auxiliar na promoção do processo de desenvolvimento. [...]" (2006, p. 251). Afinal, como Richard Whish destaca, a concorrência contribui para algumas mudanças positivas:

[...] os benefícios da concorrência são preços menores, produtos melhores, mais opções e maior eficiência do que o que se pode obter sob condições de monopólio. Segundo a teoria econômica neoclássica, em condições de concorrência perfeita, o bem-estar do consumidor é maximizado. [...] 'bem estar do consumidor' [...] significa especificamente: que se pode conseguir as eficiências alocativa e produtiva; a combinação da eficiência alocativa com a eficiência produtiva maximiza a riqueza total da sociedade. Outro benefício decorrente da concorrência é que ela tem um efeito dinâmico de estimular a inovação, pois os concorrentes são levados a produzir novos e melhores produtos para os consumidores. (2001, p. 2)

Então, ao destacarmos a possibilidade da concorrência levar à eficiência dinâmica, verificamos, sob uma perspectiva estrita, a possibilidade da concorrência impulsionar o desenvolvimento econômico. Também sob uma perspectiva ampla, a liberdade de concorrência pode impulsionar o desenvolvimento. Como Amartya Sen (2000) afirma, o mercado, porque tem a liberdade como um de seus fundamentos, é uma instituição importante para o desenvolvimento. Na síntese de Carolina Munhoz, vemos que:

[...] A concorrência desempenha um papel fundamental, tanto para garantir a existência de liberdades essenciais ao processo de expansão de liberdades que constitui o desenvolvimento, como ao permitir que a moldura institucional ligada ao mercado funcione de forma a proporcionar maior certeza e segurança aos agentes econômicos. (2006, p. 164)

Nisso, o direito da concorrência se aproxima do direito econômico. Como Gérard Farjat ressalta, "Cada vez mais, a concorrência aparece como uma forma de organização e não como um estado natural, espontâneo, normal." (2004,

p. 126). Por isso, o autor destaca que o direito da concorrência está no cerne do direito econômico contemporâneo e que este interesse, que nos leva a um direito econômico da concorrência, se manifesta a partir de uma perspectiva macroeconômica do mercado, enquanto os concorrentes lhe merecem uma proteção indireta (2004, p. 121-2). No mesmo sentido, Frison-Roche e Bonfils afirmam que o direito da concorrência é um "[...] guardião da livre competição, um direito ao serviço do mercado [...]" e que se orienta por um enfoque macroeconômico (2005, p. 357).

A fim de cumprir o objetivo de defesa da concorrência, é indispensável delimitarmos o mercado em que os concorrentes concorrem. Sobre isso, falaremos a seguir.

2.3 A concorrência no mercado

A delimitação do mercado é um passo indispensável na realização destes objetivos atribuídos à norma de direito econômico e de direito da concorrência. Neste momento, nos deparamos com outra abstração (FARJAT, 2004, p. 122), porque fruto de uma arbitrariedade (SALIN, 1995, p. 90) do esforço de explicação e disciplina do mercado. Então, é necessário um enfoque restritivo na delimitação do mercado, para resguardar a eficácia da própria concorrência (FARJAT, 2004, p. 138).

Diante disso, verificamos com Richard Whish que a definição do mercado é uma ferramenta fundamental para o operador do direito da concorrência e, apesar de ser complexa e essencialmente econômica, os juristas não podem ignorá-la (2001, p. 22). O autor apresenta ainda as seguintes observações em relação à tarefa de definir o mercado para a análise própria do direito da concorrência:

Primeiro, a definição do mercado não é um fim em si: é uma ferramenta analítica que auxilia na determinação de restrições concorrenciais entre empresas. Em segundo lugar, tanto a dimensão geográfica quanto a dimensão do produto dos mercados devem ser analisadas. Em terceiro lugar, a definição do mercado apenas habilita a identificação das restrições concorrenciais entre competidores atuais: ela não nos diz nada sobre concorrentes potenciais. (2001, p. 23)

Em complemento à definição do mercado, surge a necessidade de avaliar o grau de poder de mercado dos sujeitos envolvidos, para definirmos o grau de assimetria e, com isso, compreendermos melhor a realidade e aplicarmos a norma de direito da concorrência.

Sobre o poder de mercado, Richard Whish afirma:

[...] poder de mercado não existe com relação a um produto, mas em relação a um mercado relevante quanto ao produto, a definição

deste mercado deverá combinar dois critérios: ele deverá ser suficientemente delimitado para excluir não substitutivos, e deverá ser suficientemente amplo para incluir todos os substitutos. [...] Fatias do mercado não fornecem informações completas sobre o poder de mercado, é preciso analisar também as barreiras à entrada e à saída. (2001, p. 6 e 39-40)

Lembramos ainda as anotações feitas por Valentine Korah sobre o assunto:

Poder de mercado é uma questão de grau, de acordo com fatores como o número de fornecedores independentes, a facilidade com que novas empresas consigam entrar no mercado, a disponibilidade de substitutivos (inclusive pela importação de produtos substitutivos) que atendam à mesma ou similar destinação ou possibilitem satisfação similar e o poder de barganha de grandes compradores. (1968, p. 20)

Para a correta delimitação do mercado na análise de fenômenos concorrenciais, em algumas situações as conclusões virão da utilização de meios indiretos que permitirão uma análise mais detalhada da realidade. Nesse caminho, Richard Whish nos traz uma relação de fatores que indicam dominação: a lei, acesso a capital, economias de escala, integração vertical e sistemas de distribuição bem estruturados, diferenciação dos produtos (marcas), tamanho e penetração no mercado (estrutura do mercado), custos de oportunidade, cláusulas de exclusividade, conduta da empresa dominante, performance econômica de uma empresa, registros comerciais. (2001, p. 157-61)

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ILICITUDE EM MATÉRIA DE CONCORRÊNCIA

Na aplicação do direito da concorrência, as antinomias e também a falta de maturidade desse capítulo do nosso sistema jurídico nos colocam diante de problemas complexos.

Em alguns momentos, o sistema jurídico pode ser interpretado de modo a supormos que o ilícito à concorrência seria um ilícito em si. Uma postura que concebe toda concentração como ilícita ou todo comportamento de fixação dos preços praticados num mercado alvo também como ilícito.

No entanto, talvez a única regra geral que possamos extrair de todo o direito da concorrência é a de que a licitude ou a ilicitude são padrões relativos. A realidade de cada momento nos fornece parâmetros para, no direito da concorrência, sermos mais ou menos tolerantes a determinados comportamentos.

O pensamento de Steven Anderman reforça esta nossa observação em

relação à inexistência de uma regra geral, pois o autor destaca a tendência ao estabelecimento de uma disciplina concorrencial dos DPI (Direitos de Propriedade Industrial) construída caso a caso e aponta a necessidade de olhar o mercado (2001, p. 9 e 14). Outro autor que reforça a ideia é Richard Whish, quando defende a regra da razão, a necessidade de análise concreta e propõe a adoção de uma abordagem flexível e fundada em critérios econômicos (2001, p. 547 e 548).

Como a norma do artigo 173, § 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 2008) estabelece, o cerne do ilícito que contraria o princípio da liberdade é o abuso. Ou seja, aquilo que foge a um parâmetro de razoabilidade no seu uso ou exercício. Um parâmetro que só pode ser extraído da realidade vivida. Nesse sentido, é útil a seguinte observação de João Bosco Leopoldino da Fonseca:

[...] Se a concentração pode apresentar até mesmo perigos numa sociedade econômica e socialmente desenvolvida, o mesmo não se poderá dizer no âmbito de uma sociedade em desenvolvimento, quando a concentração de empresas poderá surgir como uma conveniência, quando não como uma necessidade. Os métodos legais para a proteção da concorrência variarão segundo se apliquem numa sociedade desenvolvida ou em desenvolvimento, pois que nestas há um forte interesse em favorecer a concentração. [...] (2001, p. 8)

Conscientes disso, quando tentamos compreender os limites traçados pelo princípio da liberdade de concorrência sobre o comportamento de quem atua no mercado, encontraremos na experiência de outros países farto material que nos subsidie o trabalho de compreensão desse ilícito, quando lidamos com a defesa da concorrência.

Isso porque é fato que o mercado brasileiro só se abriu para a concorrência, ou para uma concorrência mais viva, a partir da última década do século XX, enquanto as realidades Norte-Americana e Europeia nos oferecem à observação experiências mais sólidas neste capítulo do direito. A construção do direito antitruste dos EUA vem desde finais do século XIX; por outro lado, no direito inglês, por exemplo, para a análise de algumas questões concorrenciais são feitas remissões a precedentes que remontam a 1415, como o Dier's Case.

Origens estas que são apontadas por Thomas Morgan da seguinte forma:

Algumas vezes, nós Americanos agimos como se houvésemos criado tudo o que há de bom no direito moderno. Porém, ninguém compreende realmente o direito antitruste atual sem perceber que o interesse incidente sobre os monopólios e as restrições ao comércio não é originário da Lei Sherman. Esse interesse vem, pelo menos, desde o período primitivo do desenvolvimento dos direitos de propriedade e comercial Britânicos. (1994, p. 1)

Então, em matéria de defesa da concorrência a análise do Direito

Comparado complementar a nossa visão a fim de melhor compreendermos a extensão desse importante princípio jurídico estruturante da nossa vida econômica: a liberdade de concorrência. E assim, construirmos nossa própria história da defesa da concorrência.

4 CONCLUSÕES

A liberdade de concorrência é um princípio constitucional que fundamenta as relações que se estabelecem no mercado e a sua disciplina jurídica.

Destacamos que a liberdade de concorrência assume dois significados complementares: de um lado, vemos nela a prerrogativa de competir; do outro, ela nos leva à defesa da concorrência. Naquele primeiro significado está a tônica do direito durante o período liberal, enquanto que no período atual o princípio da liberdade de concorrência impõe ao Estado uma atuação na defesa da concorrência.

Se olharmos o mercado sob o prisma das concepções liberais ou neoliberais, identificaremos a concorrência como uma força propulsora de sua regulação e que contribui para o bem-estar individual e coletivo.

Conscientes de que qualquer modelo teórico é incapaz de traduzir toda a amplitude inerente à realidade, concordamos com a visão de que num ambiente concorrencial, quando há homogeneidade, a competição impulsiona os indivíduos a buscarem ser os melhores, o que contribuiria para a prosperidade coletiva.

No esforço de defesa da concorrência, os dias de hoje nos revelam paradoxos como o de que, enquanto a liberdade de concorrência é contrária ao monopólio, há mercados cujas estruturas encontram-se altamente concentradas, além disso, o fortalecimento de certos grupos é essencial para a política comercial de alguns Estados no mercado internacional.

Com isso, vem a observação de que, a despeito das regras, consumidores, trabalhadores e pequenas empresas se veem, em muitos momentos, à mercê do poder econômico.

Acreditamos que o paradoxo apontado e a conseqüente frustração são efeitos inerentes às crenças que movem o ser humano até então. Enquanto não se modificar nossa hierarquia de valores, a sensação de angústia será a constatação de que o trabalho está por fazer. Um trabalho diário de todo o aparato institucional de defesa da concorrência. Pois, embora a ideia de mercado, em sua essência, nos revele a historicidade da instituição e sua abertura à transformação, identificamos a realidade de cada espaço e tempo como o limite para toda tentativa de mudança e, em especial, para uma política de concorrência.

Tudo isso nos permite afirmar que a defesa da concorrência é um trabalho

de construção, pois não existe uma linha divisória nítida entre uso e abuso, entre lícito e ilícito. Existe sim uma tensão. Uma tensão que se resolve caso a caso numa síntese particular.

Diante disso, essa síntese ficará facilitada por um trabalho de análise do Direito Comparado que complementarará essa construção ainda jovem no Brasil, a fim de que, em meio às contradições fenômeno econômico e da própria concorrência, compreendamos cada vez melhor e mais profundamente o sentido do princípio da liberdade de concorrência.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERMAN, Steven D. *EC Competition Law and Intellectual Property Rights: The Regulation of Innovation*. New York, Oxford University Press Inc., 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>, acesso em 20 set. 2008.

BRASIL. *Lei 8.884, de 11 jun. 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 09 nov. 2006.

COMUNIDADE EUROPEIA Tratado que institui a Comunidade Europeia Disponível em: <http://www.europa.eu.int/eur-lex/pt/treaties/dat/ec_cons_treaty_pt.Pdf>. Acesso em: 23 abr. 2002.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Walt Wilhelm and others v Bundeskartellamt*. 61968J0014. Disponível em <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=61968J0014&model=guichett>. Acesso em: 22 abr. 2002a.

COMUNIDADE EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV*. 61997J0126. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=61997J0126&model=guichett>. Acesso em: 23 abr. 2002b.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Standard Oil CO. of New Jersey v. United States*. 221 U.S. 1, 1910. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=221&page=1>>. Acesso em: 24 jun. 2001a.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *United States v. Topco Associates*. 405 U.S. 596, 1972. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=405&page=596>>. Acesso em: 07 jun. 2001b.

FARJAT, Gérard. *A Noção de Direito Econômico*. Tradução de João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1996.

FARJAT, Gérard. *Pour un droit économique*. 1. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. (les voies du droit).

FRISON-ROCHE, Marie-Anne; BONFILS, Sébastien. *Les grandes questions du droit économique: Introduction et documents*. Paris: Presses Universitaires de France, 2005.

GODBOUT, Jacques T. *O espírito da dádiva*. Colaboração: Alain Caillé. Tradução: Patrice Charles F. X. Wuillaume. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

KORAH, Valentine. *Monopolies and restrictive practices*. London, Penguin Books, 1968.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Lei Antitruste*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A Mão Visível: mercado e regulação*. Coimbra, Almedina, 2003.

MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. In: MAUSS, Marcel. *Sociologia e Antropologia*. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2003. P. 183-314.

MORGAN, Thomas D. D. *Cases and Materials on Modern Antitrust Law and its Origins*. St. Paul., West Publishing Company, 1994.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, Livre Concorrência e Desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

PERROUX, François. *A Economia do Século XX*. Tradução de José Lebre de Freitas. Herder, 1967.

SALIN, Pascal. *La Concurrence*. Presses Universitaires de France, 1995. (Que sais-je?).

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

WHISH, Richard. *Competition Law*. 4. ed. London: Butherworths, 2001. T