

ABUSO DO PODER ECONÔMICO E (I)LEGITIMIDADE

LUIS FERNANDO SCHUARTZ

“A questão da legitimidade é inerente a todo e qualquer fenômeno de poder, assim como o da justiça em relação às normas jurídicas, por mais que o positivismo insista em enxotar uma e outra do campo científico” (Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Forense, 3.^a ed., 1983, p. 391).

Escolhemos o trecho transcrito para funcionar como ponto provisório de referência em um processo reflexivo que pretendemos refazer com os leitores a fim de chegarmos ao seguinte resultado: poder econômico abusivo é, primeira e basicamente, poder que se exerce de modo ilegítimo, e apenas secundariamente, ilícito.

1. A questão do abuso do poder econômico tem suscitado, por parte da dogmática jurídica nacional e particularmente após o advento da Lei 8.158/91, uma série de intervenções em certo sentido tangenciais. Com efeito, os estudiosos têm se debruçado preferencialmente sobre aspectos jurídicos específicos que dizem respeito a exemplos de práticas abusivas, sem se perguntarem, na maior parte das vezes, acerca dos respectivos conceitos de abuso que estão pressupostamente utilizando em suas argumentações.

Essa maneira de proceder não se justifica em face de nossa atual legislação, uma vez que as normas definem formas e ou exemplos de abuso (no singular), e não, como poderia parecer, abusos. Há, pois, remissão normativa a um gênero, de que derivam ramificações e para o que

se deve buscar, cautelosamente, um conceito. Em outros termos, devemos responder à seguinte questão: O que é abuso do poder econômico?

Nesta busca, comecemos com uma noção simples e praticamente intuitiva: abusar do poder econômico é usá-lo indevidamente, onde o advérbio encerra um sentido eminentemente deontológico, ou seja, implica desilusão em face de uma expectativa normativa, relativamente a uma dada maneira de uso do poder econômico. A essa desilusão, acrescente-se, enquanto ligada a uma expectativa normativa, não se segue um aprendizado como condição de adaptação e renúncia ao abuso, mas uma reação de negação: o abuso deve ser “endireitado”.

De qualquer ângulo que se encare, usar o poder econômico como não se deve implica em abusar dele, devendo tal uso ser corrigido de maneira a resgatar o uso que dele se deve fazer. Neste sentido, de um ponto de vista por assim dizer genético, a idéia de abuso do poder econômico parece pressupor, enquanto negação, a de uso devido do poder econômico, consistindo unicamente esta na idéia “verdadeiramente” positiva. Esta aparência pode ser por nós facilmente experimentada se nos desligarmos de nosso conhecimento jurídico prévio e nos movermos no terreno do senso comum. Aqui, de fato, a repulsa ao indevido praticamente pressupõe uma intuição do devido, que se manifesta por meio de um sentimento de confirmação relativamente ao conteúdo daquilo que se percebe.

2. À medida, porém, que o nosso pensamento ascende em graus de abstração, logo nos damos conta de que as coisas são um pouco mais complexas do que acreditávamos. Seja buscando compreender o nosso sentimento de confirmação, seja tentando justificá-lo perante nossos interlocutores, nos veremos obrigados a encontrar motivos e, provavelmente, argumentos, que sirvam para sustentar a nossa intuição. A direção própria do recurso a motivos e argumentos determina-se, em princípio, a partir do tipo de discurso em que participamos, devendo normalmente submeter-se às suas regras discursivas preestabelecidas. É possível, no entanto, cambiar as regras durante o próprio discurso, bastando, para isso, que o interlocutor aceite a proposta de novas regras (o que, no entanto, pressupõe metaregras).

No discurso jurídico positivista, motivos e argumentos costumam provir, em última instância, de interpretações de textos normativos postos pela autoridade formalmente competente. Nesse âmbito, argumentos fortes têm comumente atrás de si o peso da interpretação socialmente dominante de uma norma válida. Segundo tal modo de proceder, portanto, o sentimento de confirmação, a repulsa e o discurso que se instaura a partir de ambos cedem passo a um juízo acerca de uma norma ou princípio pressupostos como válidos, i.e., existentes independentemente de nós mesmos. Nesse sentido, o discurso jurídico positivista procede de modo inverso ao discurso do senso comum, posto que este parte normalmente de nós mesmos e aquele, da norma supostamente objetiva.

Ademais, no que diz respeito à gênese do conceito do devido, o discurso jurídico positivista parece admitir, ao contrário do senso comum, a anterioridade do indevido. De fato, acredita-se que as chamadas “liberdades burguesas” têm, em sua maioria, a forma de proibições: define-se — por meio de uma norma

contingente — em primeiro lugar aquilo que não deve ser para, em seguida, concluir que todo o resto pode, devidamente, ser. A atitude de indiferença em relação às condutas não previstas na norma que a permissão “fraca” implica não costuma manifestar-se de forma imediata para o senso comum, pelo menos não normativamente. O senso comum percebe o permitido para um quando ele é negado pela conduta indevida do outro, que por sua vez pressupõe a intuição do contrário devido.

Esta flexibilidade do discurso jurídico positivista, permitindo que o conceito de um desvalor se instaure originariamente a partir de uma proibição, e institucionalizando, para todos os comportamentos não compreendidos na norma proibitiva, uma relação de indiferença entre autoridade normativa e destinatários, nos coloca diante de um problema de percurso.

Com efeito, até agora vimos nos referindo despreocupadamente ao problema da gênese do devido e do indevido a partir de dois pontos de vista distintos. O primeiro destes pontos de vista poderia ser, hipoteticamente, generalizado e referido ao partícipe de uma relação social, contanto que não se submeta às regras do discurso jurídico normalmente aceitas, e defina, sozinho ou mediante uma discussão livre e aberta com outros (caso em que o resultado da discussão deve ser aceito pelos participantes livre e autonomamente), o indevido a partir do seu sentimento ou da sua concepção do devido; de outro lado, temos o sujeito que fala pressupondo tais regras como válidas, em suma, tomando como ponto de partida de seu discurso um dado que o precede objetivamente, i.e., a norma ou o princípio jurídico postos pela autoridade competente. Para os primeiros, o dado qualificado provém deles mesmos, seja como sentimento, seja como resultado de um processo de reflexão; para o segundo, trata-se de um ente normativo que deve ser aceito, pois existe positivamente.

Enquanto uso indevido do poder econômico, o abuso pode ser encarado sob os dois pontos de vista que vimos mencionando. Em primeiro lugar, o abuso pode ser sentido ou pensado como negação do devido positivamente, é dizer, parte-se de um modo intuído ou preestabelecido de acordo com o qual o poder econômico deve ser constituído, bem como de uma finalidade intuída ou preestabelecida que deve determinar a direção em que o poder econômico deve ser usado, na ausência da qual tem-se o uso abusivo ou indevido. Tal é a forma, por assim dizer, mais natural de determinação do abuso. Em segundo lugar, o abuso pode ser definido a partir de uma norma proibitiva pontual, remetendo 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.

Esta última forma de compreensão do abuso do poder econômico tem prevalecido como pano de fundo não-explicitado nas discussões dos especialistas, implicando uma opção metajurídica tendente a uma separação radical entre os pontos de vista mencionados, bem como um pseudo-isolamento do discurso jurídico em si mesmo, ou seja, sua aparente não-receptividade a argumentos originários de outras formas de discurso, em especial, do discurso do senso comum e do discurso moral. Esta circunstância torna-se patente ao nos darmos conta de que a concepção do abuso como proibição pontual autônoma não é a única possível, mesmo no interior do discurso jurídico positivista, residindo a sua predileção na aceitação implícita e irrefletida de um paradigma jurídico determinado (e falível).

3. A concepção do abuso do poder econômico como mero repositório de infrações expressamente previstas em normas jurídicas pressupõe o antigo paradigma

jurídico liberal (v. a descrição e análise dos modernos paradigmas jurídicos em Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, 1993, Capítulo IX) como atualmente válido, pelo menos no que diz respeito ao funcionamento do mercado. Esta assunção irrefletida deriva do reconhecimento, no texto da Constituição Federal, da livre iniciativa como fundamento da Ordem Econômica e da livre concorrência como um de seus princípios.

Restaurou-se, a partir daí, a crença na reinstitucionalização do velho Estado *Gendarme* que, enquanto função de uma sociedade econômica auto-regulativa, estaria autorizado a intervir apenas nos casos em que o processo de auto-regulação sofresse traumas intrínsecos. Este processo econômico auto-regulativo deveria ser instrumentalizado mediante normas de competência contratual (autonomia negocial), bem como uma série de normas de conduta gerais e abstratas, a cujas hipóteses de incidência bem determinadas deveriam conectar-se conseqüências jurídicas precisas. 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).

Nesse contexto, interpreta-se, sem fazer força, o art. 173, § 4.º da Constituição Federal, exatamente como está escrito: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência, à dominação de mercados e ao aumento arbitrário dos lucros." (Compare-se a interpretação divergente de Tércio Sampaio Ferraz Junior, in *Resilição Unilateral de Relações Comerciais de Prazo Indeterminado e a Lei de Defesa da Concorrência*, RT, Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas, 4, jul.-set./93, pp. 272-275).

Esta interpretação do abuso como intenção abusiva, i.e., como dolo específico

voltado à eliminação da concorrência, ao domínio de mercados e ao aumento arbitrário dos lucros, entretanto, além de satisfazer-se com a mera igualdade formal entre concorrentes, acaba por aprisionar o bem jurídico protegido dentro das estreitas fronteiras de uma sociedade puramente econômica constituída por relações pseudo-simétricas entre seus participantes. 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.

O ressurgimento do paradigma liberal deve-se ao fracasso de seu sucessor, o chamado "Estado Social". Este, ciente da necessidade de contrabalançar as desigualdades reais com medidas compensatórias de justiça distributiva, acabou sufocando, de modo paternalista, a liberdade daqueles que procurava beneficiar, tendo sido apanhado, adicionalmente, em um diabólico processo de deslegitimação por ineficiência. No entanto, o paradigma do Estado Social trouxe para a consciência de todos conquistas inestimáveis. Mesmo tendo este fracassado, tal conscientização não permite a volta pura e simples do paradigma liberal.

Em primeiro lugar, tomou-se consciência da existência irrecusável do fenômeno do poder social sob a forma de poder econômico, poder este capaz de constituir-se e ser utilizado em sentido inverso ao fluxo oficial de poder comunicativo (Habermas), pressuposto como legítimo no conteúdo normativo fundamental dos Estados Democráticos de Direito, onde indivíduos livres e iguais devem decidir o seu futuro comum. Este fluxo oficial, enquanto idealidade normativa, deve ter sua origem nas comunicações ou atos comunicativos livres e abertos dos membros da sociedade civil, devendo ser apreendidos pelo sistema político a fim de serem racionalizados por meio do debate constitucional-

mente regulado e, eventualmente, transformados em normas jurídicas vinculantes. Tais normas devem, a seguir, ser interpretadas também de forma legítima, mediante *standards* hermenêuticos adequados. Por fim, deve-se cuidar para que a implementação, pelo sistema administrativo, das normas e decisões legítimas, seja eficaz. Ora, se a qualidade do poder que percorre o fluxo oficial é a legitimidade, todo poder que a este se contrapõe é ilegítimo, uma vez que se constitui ou é usado como não se deve.

Em segundo lugar, e complementarmente, a constatação, enquanto resultado de um discurso livre e em princípio aberto a todos os interessados, do uso indevido do poder econômico não pode ser, por definição, um monopólio dos agentes diretamente participantes na relação de poder no mercado, nem muito menos dos operadores jurídicos. Como vimos, esta constatação pressupõe, ao nível do discurso comum (que é o discurso da cidadania), ao menos uma intuição do devido, intuição que deve ser testada por meio de argumentos no discurso livre e aberto. Nesse contexto, as comunicações vão estruturar-se em torno do dever ser do poder econômico. Evidentemente, é possível que a intuição primitiva do dever positivo desemboque, no decurso do processo de racionalização, em uma proibição e, conseqüentemente, em uma permissão "fraca" (apenas tais e tais modos de constituição e usos do poder econômico são proibidos; todos os demais são permitidos). Em tal caso, a legitimidade da norma proibitiva, ou melhor, de sua interpretação, dependeria de sua adequação ao sentido do fluxo oficial de poder comunicativo, mais especificamente, de uma suposta indiferença social ao fenômeno do poder em si, abstração feita da definição pontual dos casos típicos de abuso, o que nos parece extremamente irrazoável.

De fato, a relação de poder econômico, como qualquer relação de subordinação,

não se legitima *de per se*, mas somente torna-se socialmente aceitável em razão de um processo legítimo de formação ou constituição do poder econômico (fundado, p. ex., na maior eficiência do agente em relação a seus competidores), bem como do uso no sentido de um interesse socialmente generalizável desse poder (finalidade positiva atribuída ao poder como critério de sua legitimação *a posteriori*). Nenhum poder é aceito sem mais. Por isso podemos dizer, com o Prof. Comparato, que a todo poder inere a questão da legitimidade, na medida em que identifiquemos legitimidade com aceitabilidade social de uma relação de subordinação.

Note-se que o exposto não implica, de forma alguma, na proibição do poder econômico em si mesmo. A questão que propomos refere-se à possibilidade de seu aproveitamento social, coisa bem diferente. De fato, a Constituição Federal, mandando reprimir o abuso do poder econômico, pressupõe o poder como um dado irrecusável de nossa realidade.

O reconhecimento constitucional do poder econômico não o exime, contudo, de prestar contas perante a sociedade civil no tocante à aceitabilidade de sua constituição e utilização. Em outros termos, a previsão do poder não torna supérflua a questão atinente a sua legitimidade; pelo contrário, a questão da legitimidade condiciona o sentido da previsão institucional do poder econômico enquanto poder lícito.

Estritamente falando, a própria presença da relação de poder econômico em um dado mercado implica uma limitação da esfera de possibilidades econômicas dos menos poderosos em benefício dos "detentores" do poder. É justamente esse rompimento, institucionalmente reconhecido e garantido pelo Estado, da simetria entre os agentes no mercado, que funciona como o outro lado da moeda em relação à necessidade de intervenção do Estado na economia no sentido de defi-

nir, democraticamente, condições de aceitabilidade social desta ruptura.

Nesse sentido, pensamos que o modo legítimo de se encarar o poder econômico deriva de uma espécie de síntese entre o paradigma liberal e o paradigma do Estado Social. O abuso moderno, híbrido, não se define nem a partir de uma pseudo-igualdade formal dos agentes no mercado, nem tampouco em função de um dirigismo econômico puro.

O Estado, de um lado, transfere ao mercado parte da 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. Nesse sentido, o dever primário do Estado não é o de punir os abusos, mas sim preveni-los e corrigi-los.

4. Tomemos um outro caminho para explicitar este ponto. Muito se tem discutido na doutrina nacional e estrangeira (em especial na alemã), acerca do bem jurídico protegido pela legislação de defesa da concorrência. Alguns dizem que é a liberdade econômica do concorrente individual, outros afirmam tratar-se da concorrência livre mesma. A orientação dominante é no sentido de admitir que o escopo da legislação é proteger a própria concorrência (enquanto luta e *performance* satisfatória do mercado).

Esta nos parece ser a orientação mais correta, mas com uma ressalva. Com efeito, deve-se defender a concorrência porque se pressupõe que o resultado de uma concorrência livre vai beneficiar a totalidade dos membros do corpo social, e não apenas os produtores e consumidores imediatos de bens e serviços. O centro de gravidade desloca-se, assim, do competidor abstrata e individualmente considerado para um certo padrão de funcionamento do mercado, mercado não mais identificado com um sistema autorregulativo de relações sociais, mas entendido como instrumento de produção e

reprodução de valores socialmente generalizáveis.

Neste sentido, e contrariamente ao que normalmente se afirma, a livre concorrência não está em função apenas da defesa do consumidor, mas deve produzir resultados tangíveis e passíveis de gozo pelos membros da sociedade civil (não se confunde com a sociedade de produtores e consumidores), em um espectro em princípio indefinido de papéis.

A concorrência, no entanto, não se dá em um espaço atomizado, onde indivíduos iguais competem com outros utilizando as mesmas armas em busca da opção racional do consumidor soberano: este pressuposto do liberalismo está definitivamente sepultado. No espaço concorrencial as forças estão distribuídas desigualmente. O fenômeno da concentração econômica se fez sentir a partir do final do séc. XIX e começamos a conviver pacificamente com um poder econômico que pode produzir, ou pelo menos contribuir para a produção de, qualidade, eficiência, progresso, riqueza, e portanto mais cultura, educação, informação científica, um meio ambiente saudável etc.

O cerne da questão está, obviamente, na determinação do modo como o poder deve ser aproveitado, mais uma vez: nos critérios de diferenciação do poder devido em relação ao poder indevido. Enquanto poder, ou seja, relação de subordinação, ao poder econômico, como bem notou o Prof. Comparato, inere a questão da legitimidade. Acrescentaríamos que, neste caso, os juízos não devem provir apenas dos subordinados na relação, mas de todos os possíveis interessados nos resultados da concretização do poder econômico no sentido da concorrência. Embora o pressuposto segundo o qual “a concorrência é melhor do que a ausência de concorrência” (a concorrência produz mais valores do que a ausência de concorrência) também seja falível, não se pode negar que ele esteja profundamente enraizado em nosso ambiente cultural.

A exigência normativa dirigida aos centros de movimentação do poder econômico no sentido de o poder ser usado de modo legítimo bifurca-se em três exigências normativas complementares, dirigidas, respectivamente: 1) ao poder político no sentido de forçar normativamente os referidos centros a atuar de acordo com as expectativas dos interessados; 2) ao sistema jurídico no sentido de interpretar adequadamente as normas legítimas que instrumentalizam a primeira exigência; e 3) ao sistema administrativo, no sentido de executar eficazmente as normas e decisões legítimas, isto é, vetorialmente paralelas ao sentido espontâneo do fluxo oficial de poder nos Estados Democráticos de Direito.

Entre os limites constitucionalmente estabelecidos a partir da Constituição de 1988 (liberdade de iniciativa como fundamento da Ordem Econômica, bem como disposto no *caput* do art. 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”), a exigência normativa endereçada ao sistema político deve exteriorizar-se mediante um paradoxo pragmático: aos centros movimentadores do poder econômico se lhes deve prescrever a liberdade de concorrência.

5. Recapitulemos. Vimos que o poder econômico somente se legitima em um Estado Democrático de Direito se for utilizado paralelamente ao fluxo oficial de poder pressuposto normativamente, fluxo este que deve originar-se das comunicações livres e abertas entre os membros, livres e iguais, da sociedade civil.

A exigência endereçada ao poder político no sentido de obrigar o poder econômico a ser livre, portanto legítimo, cria uma expectativa normativa em relação

ao poder político, que, ao lado de outros fatores, contribui para medir a sua legitimidade. Com efeito, os cidadãos vão querer saber o que o poder político está fazendo em relação ao poder econômico.

Na medida em que a atividade reguladora do Estado deve submeter-se, também, aos imperativos da liberdade constitucionalmente fixados, o “peso” do dever de atuar de modo legítimo é dividido com o sistema administrativo que, por meio da ação fiscalizadora e compensatória, assume a competência pelo “endireitamento” do poder econômico, seja prevenindo (juízo de admissibilidade nas integrações horizontais e verticais), seja corrigindo, eventuais desvios.

Se o abuso, enquanto uso ilegítimo do poder, significa que o poder econômico não está sendo usado para a produção e reprodução de valores socialmente generalizáveis, o abuso em sentido técnico, i.e., o uso ilícito do poder econômico, é medido em função de instrumentos teóricos e variáveis objetivas dogmaticamente construídas para verificar, na dialética processual, se o poder econômico foi, está sendo ou será constituído ou usado em um sentido que nos autorize a supor que os valores cuja obtenção visamos serão provavelmente obtidos (v., ilustrativamente, o art. 219 da CF: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico do país, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos da lei federal”).

Não é de se admirar, pois, que os conceitos próprios do direito de defesa da concorrência, a começar pelo conceito de concorrência mesmo, adquiram uma certa fluidez em função de cada mercado específico. Exemplarmente, uma estrutura de mercado monopolística não autoriza uma conclusão no sentido da inexistência de concorrência, uma vez que o monopolista pode comportar-se como se estivesse competindo efetivamente (luta fictícia). A existência ou não de concorrência passível de ser “defendida” deve ser comprovada pelas autoridades competentes mediante um criterioso exame dos resultados tangíveis e socialmente generalizáveis atribuíveis à *performance* do agente econômico, mensuráveis a partir dos dados concretos do mercado relevante em questão e de critérios valorativos a este adequados.

Poder econômico lícito é poder econômico legítimo, i.e., poder econômico constituído e utilizado tendo em vista os valores socialmente generalizáveis que fundamentam a aceitabilidade da ruptura de simetria no mercado com a constituição da relação de poder; inversamente, poder econômico abusivo é poder econômico constituído e/ou utilizado em desrespeito aos referidos valores. Nesse sentido, a abusividade é propriedade do poder, não se justificando do ponto de vista constitucional a intervenção estatal, no âmbito de aplicação da legislação de defesa da concorrência, no sentido de corrigir ou punir atos de agentes desprovidos de poder econômico.