

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 687
Tel. — (011) 607-2433 Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 — São Paulo, SP, Brasil

SUMÁRIO

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

DOCTRINA

- O regime jurídico da comunhão de debenturistas e as condições de validade e oponibilidade das deliberações assembleares — Arnaldo Wald 5
- Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro — Luís Fernando Schuartz 13
- Sociedade por quotas — Quotas preferenciais — José Alexandre Tavares Guerreiro 28
- A regulamentação do art. 192 da Constituição Federal. A independência do futuro Banco Central do Brasil — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 35
- Incorporação de companhia controlada — Luiz Gastão Paes de Barros Leães 87

ATUALIDADES

- Da evolução legislativa e jurisprudencial do direito brasileiro em matéria de sigilo bancário — Arnaldo Wald 97
- O sistema judiciário japonês — Luiz Felizardo Barroso e Aloysio de Moraes 103
- O direito do consumidor e os contratos financeiros — Waldírio Bulgarelli 126

JURISPRUDÊNCIA

- Duplicata não aceita — Execução — Protesto — Maria do Céu Marques Rosado 130

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTA NÚMERO

ALOYSIO DE MORAES

Advogado e Tradutor Público Juramentado-RJ

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Professor Assistente e Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Advogado em São Paulo e Brasília

LUÍS FERNANDO SCHUARTZ

Advogado; Mestre em Direito pela Universidade de Frankfurt e Monitor da Cadeira de Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

LUIZ FELIZARDO BARROSO

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da UFRJ

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

MARIA DO CÉU MARQUES ROSADO

Advogada em São Paulo

WALDÍRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Tullio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito

PODER ECONÔMICO E ABUSO DO PODER ECONÔMICO NO DIREITO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRO

LUÍS FERNANDO SCHUARTZ

O escopo principal deste trabalho é tentar aportar uma contribuição teórica para a análise dos complexos conceitos jurídicos de poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência. Na verdade, esta afirmação mesma, se bem compreendida, encerra em si dois pressupostos cuja explicitação é importante, vale dizer, de um lado, a natureza conceitual das respectivas expressões e, de outro, o seu caráter complexo. A explicitação do pressuposto referente à natureza conceitual das expressões "poder econômico" e "abuso do poder econômico" é importante na medida em que implica uma certa dose de abstração e generalidade ou, se preferimos, imunização contra a quase inescapável arbitrariedade inerente a uma análise caso a caso; no que diz respeito à complexidade dos conceitos, queremos simplesmente dizer que a correta determinação dos respectivos conteúdos significativos não é tão intuitiva como poderia parecer à primeira vista, sendo necessário, além de prudência, o recurso a saberes e conceitos limítrofes e complementares.

No marco da interpretação e aplicação do direito de defesa da concorrência brasileiro, as noções de poder econômico e abuso do poder econômico disponíveis, desde a Constituição de 18.9.46, como pano de fundo obrigatório. Com efeito, com uma redação não muito distante do vigente art. 173, § 4.º, da

CF, o art. 148 da CF/46 assentava as bases constitucionais para a organização do saber dogmático relativo ao direito de defesa da concorrência em torno do mandamento da repressão ao abuso do poder econômico. A partir daí, a idéia incorporou-se à tradição jurídica brasileira, passando, com pequenas mas sensíveis modificações, de natureza formal (a repressão ao abuso do poder econômico passou a ser princípio da ordem econômica) e semântica, pela Constituição de 1967/69, vindo a encontrar também seu posto, como já dito, na Constituição atual. Na sistematicidade e historicidade desta, vale ainda dizer, a localização jurídica do problema do abuso do poder econômico aparece como controversa, podendo-se talvez afirmar, com alguma cautela, que a solução deve ser buscada em algum lugar entre o direito penal econômico e o direito administrativo econômico.

A institucionalização da repressão ao abuso do poder econômico como estrela guia das normas de direito de defesa da concorrência supôs, logicamente, um câmbio ideológico no que diz respeito ao modo de valorar politicamente o fenômeno do poder econômico, o qual, enquanto mera condição necessária, mas não suficiente, para a caracterização do abuso, passou a ocupar uma posição de aparente indiferença em face das preocupações axiológicas próprias do direito econômico.

Esta aparência se dissolve ao nos darmos conta de que, em primeiro lugar, embora a estreita relação existente entre poder econômico e abuso do poder econômico não seja, do ponto de vista lógico, biunívoca (o segundo implica o primeiro, mas este não implica o segundo), ela traduz, por assim dizer, uma espécie de imperativo prático-hermenêutico.

O profissional do direito que se confronta, em suas atividades práticas, com o fenômeno do poder econômico não pode parar diante de sua mera constatação, mas se vê forçado a emitir um juízo em relação à existência ou não do abuso. Esta necessidade prática tem causado muita confusão teórica, havendo inclusive quem, baseando-se em uma suposta plasticidade indomável da matéria, repete inútil a busca de quaisquer critérios apriorísticos de demarcação conceitual. Esta última tese não será objeto de discussão aqui, devendo mais bem ser reservada a um debate específico acerca das interessantes relações entre economia e direito. Como dissemos no início do presente trabalho, a natureza conceitual das expressões de cuja análise nos ocuparemos funciona aqui como ponto de partida, e não de chegada.

Em segundo lugar, como veremos a continuação, o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente após o advento da Lei 8.158/91, sofreu uma sensível mudança no que se refere ao aproveitamento social do fenômeno do poder econômico, o que, evidentemente, supõe um modo especial de valoração.

II — Na determinação do grau de poder econômico de um dado agente, bem como da suposta abusividade de uma sua determinada prática ou conduta, a dogmática do direito de defesa da concorrência desenvolveu um instrumento teórico de suma importância, o qual está contido na noção de mercado relevante.

A definição abstrata de mercado relevante e sua delimitação precisa em um caso concreto são importantes na medida em que todo poder econômico é, para fins de legislação de defesa da concorrência, poder que se exerce em um mercado de bens ou serviços juridicamente individualizado. O conceito de mercado relevante representa, em outros termos, a juridicização dos conhecimentos econômicos relativos a um dado mercado em suas dimensões de produto, geográfica e temporal. Nesse sentido, a definição de mercado relevante constitui a tarefa prévia de todo aquele disposto a verificar se houve ou há poder econômico e/ou conduta abusiva no sentido das normas de defesa da concorrência.

É importante reter que a noção de mercado relevante é aqui tomada como um instrumento desenvolvido para fins de aplicação de normas jurídicas. A discussão em torno da qualificação de um dado mercado como relevante, portanto, é científico-econômica somente em aparência. Trata-se, na verdade, da busca juridicamente regulada (isto é, dentro do âmbito de um discurso juridicamente admitido) de soluções para a decisão de um conflito que se apresenta como problema concreto. Deste modo, sobre o modo de pensar em princípio aberto e interrogativo do economista incide o pensamento dogmático do jurista com o seu traço mais característico, qual seja, a preocupação com a decidibilidade de conflitos jurídicos.

Tradicionalmente, o conceito de mercado relevante obtém-se por reprodução do conceito prevalecente na dogmática norte-americana, podendo ser sintetizado na fórmula de Hovenkamp, para o qual "a relevant market is the smallest market for which the elasticity of demand and supply are sufficiently low that a firm with 100% of that market could profitably reduce output and increase its price substantially". (*Economics and Federal Antitrust Law*, p. 59, West

Publishing Co., 1985) ou, ainda, na mais ambígua, mas fundamentalmente semelhante, de Sullivan: "A relevant market (...) is the narrowest market which is wide enough so that products from adjacent areas or from other producers in the same area cannot compete on substantial parity with those included in the market". (*Antitrust*, p. 41, West Publishing Co., 1977).

Devemos ter em mente que este conceito está jurisprudencialmente construído sobre a base de uma demanda e de uma oferta não reais, mas potenciais (Cabanellas, *Derecho Antimonopolico y de Defensa de la Competencia*, p. 315, nota 257, Heliasta, 1983). Com efeito, o conceito tradicional de mercado relevante representa, com as particularidades que a seguir examinaremos, um modelo hipotético, uma prognose. Por meio dele procuramos responder como se comportariam os agentes econômicos no caso de estarem presentes determinadas premissas previamente estabelecidas. Assim, não se quer saber se o agente A efetivamente compete com o agente B, mas sim se este último competiria com aquele caso determinados requisitos fossem preenchidos. A noção jurídica de mercado relevante é, deste modo, uma flexibilização da aproximação fotográfica do mercado.

Este elemento de dinamicidade, traduzido analiticamente em termos de dimensão temporal do mercado relevante, não aparece explicitado nas fórmulas de Hovenkamp e Sullivan. A razão desta não explicitação me parece óbvia. Os modelos teóricos apresentados por ambos autores são hipotéticos na medida em que a sua concretização requer um procedimento de aproximações sucessivas, cujo fio condutor se manifesta na formulação de expectativas, no seu posterior teste na experiência, na eventual desilusão destas expectativas, na formulação de novas expectativas, e assim sucessivamente, mas que é filtra-

do, para a determinação mais ou menos segura de limites que possam funcionar como parâmetros jurídicos precisos, pelos mecanismos da dialética processual.

Como veremos, o caráter hipotético inerente ao conceito de mercado relevante, embora aparentemente obscurecido na redação das fórmulas, aparece claramente no momento em que se procede, também de forma tradicional, à distinção dos seus elementos (mais especificamente, na determinação do segundo deles): *product market* e *geographic market*.

O primeiro elemento, ou dimensão, diz respeito, basicamente, às características do produto ou serviço comercializado, ao seu caráter único ou intercambiável, à sua homogeneidade, utilidade etc., as quais determinam, normalmente do ponto de vista do consumidor, os seus respectivos graus de substituibilidade (Rittner, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, p. 169, C.F. Müller, 1989). A definição do *product market* no qual opera um dado ofertante é, assim, uma tentativa de se determinar todos os produtos substituíveis disponíveis aos demandantes dos produtos do ofertante em questão. Em relação à determinação mais ou menos precisa da dimensão do produto, comenta Gellhorn (*Antitrust Law and Economics*, p. 98, West Publishing Co., 1986) que "if the definition (of product market) is drawn too narrowly and substitutes are excluded, the defendant's ability to affect price and output will be overstated; if nonsubstitutes are included, the defendant's market share (and inferentially its market power) will be understated because some of the included products will have only an insignificant impact on his price-setting powers".

A dimensão geográfica do mercado relevante, por sua vez, foi definida por Hovenkamp como sendo constituída por "some section of the country in which a firm can increase its price without: 1)

large numbers of its customers immediately turning to alternative supply sources outside the area; or 2) producers outside the area quickly flooding the area with substitute products". E o mesmo autor acrescenta: "If neither of these things happen when the firm attempts to charge a supracompetitive price, then the estimated geographic market has been drawn too narrowly and a larger market must be drawn to include these outside suppliers" (Op. cit., p. 70).

Do texto citado pode-se perceber que a noção de *geographic market* implica a observância daquela dimensão responsável pela dinamicidade e hipoteticidade inerente ao conceito de mercado relevante. Esta dimensão é o tempo. Ao tempo não se costuma dar a devida atenção, não obstante a sua importância poder ser dificilmente exagerada. Com efeito, se, de um lado, uma redução exagerada da dimensão temporal praticamente neutraliza o conceito de concorrência potencial, de outro, a sua ampliação desmesurada poderia tornar ineficaz a aplicação de qualquer direito de defesa da concorrência (Rittner, op. cit., p. 170). Vale aqui a advertência, ainda que um pouco exagerada, de Keynes: "No final estamos todos mortos".

A relação entre tempo e hipoteticidade na qualificação de um dado mercado como mercado relevante reside no raciocínio segundo o qual quanto maior o período de tempo considerado, maior o mercado relevante, pois maior também a probabilidade de que as duas condições de Hovenkamp em sua definição de mercado geográfico sejam realizadas.

Não obstante, notamos que este autor utiliza dois advérbios de tempo ("immediately" e "quickly") altamente restritivos no que se refere ao aproveitamento do elemento temporal (Sullivan, também restritivamente, utiliza o termo "promptly"). Tal restritividade deve, em razão dos argumentos acima apontados, ser

preterida em favor de um conceito mais elástico, mais facilmente generalizável, que esteja mais próximo das circunstâncias concretas referíveis a cada mercado específico. Uma definição geral não pode optar por noções restritivas, devendo-se, neste caso, recorrer ao critério da razoabilidade. Com base neste, não há que se falar nem em "immediately", nem em "quickly", nem em "promptly", como critérios que devem guiar o intérprete na demarcação de um mercado relevante, mas sim em "reasonable period of time".

A expressão "período razoável de tempo" nos coloca diante de uma zona cinzenta, cujos limites não podem, evidentemente, ser estabelecidos com precisão matemática. Nestes termos, no entanto, a incidência da dimensão temporal sobre as demais dimensões do mercado permite uma construção escalonada de diferentes constelações de mercados relevantes possíveis, compatíveis com as especificidades concretas das variadas formas de interação econômica.

Ao acenarmos para a necessidade de a dimensão temporal ser operacionalizada através daquilo que tradicionalmente se rotulou de conceito jurídico indeterminado, buscamos evitar a fixação apriorística de uma quantidade invariável de tempo para a verificação de câmbios nos comportamentos mercadológicos de ofertantes e demandantes, uma vez que a incidência de um tal padrão sobre mercados e circunstâncias altamente diferenciáveis traria consigo um grande risco de arbitrariedade e falta de equidade.

Antes de encerrar este breve *excursus* sobre o conceito de mercado relevante, gostaríamos de comentar brevemente um outro ponto que nos chamou a atenção nas definições de Hovenkamp e Sullivan, qual seja, a sua unilateralidade no que se refere ao preço como determinante do agir concorrencial dos agentes econômicos.

O comentário adquire um sentido mais elementar ao procurarmos aplicar aquelas definições diretamente sobre setores econômicos regulamentados. Com efeito, a utilização do preço (bem como a referência ao *output*) como critério pressupõe, para o agente, um poder de disposição em relação a esta variável. Posto que nos setores com preços regulamentados esta disponibilidade ou inexistência ou é indiferente para a determinação do comportamento dos agentes, os critérios determinantes devem ser buscados em outras variáveis, tais como qualidade, segurança eficiência etc.

Por outro lado, a preocupação exclusiva com a possibilidade de se praticar preços monopolísticos empobrece, como veremos, a análise de poder no mercado, além de tender, por necessidades práticas, a que as autoridades pressuponham, para efeitos de delimitação de um mercado relevante, um dado aumento de preço como padrão invariável. As conhecidas *Merger Guidelines* do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América do Norte são, no que se refere à determinação do *product market*, operacionalizadas pela Divisão Antitruste pelo chamado *5% test*. Isto significa que em relação à questão: se um fabricante de um determinado produto aumentasse seu preço "by a small but significant amount", buscariam os demandantes deste produto outros fornecedores, de modo que o aumento não seria lucrativo?, devemos substituir a expressão entre aspas por "5%".

Este modo de ver simplifica, a nosso ver, demasiadamente as coisas. Se ele pode, no contexto econômico norte-americano, ter utilidade prática, é uma outra questão. Para a descrição teórica e mesmo aplicação prática da legislação de defesa da concorrência tendo em vista a experiência econômica brasileira, um percentual fixo de aumento de preço como critério para delimitação do mercado relevante deve ser, assim como o fator temporal, indeterminado.

O conceito de mercado relevante poderia, assim, ser abstratamente caracterizado como o universo juridicamente qualificado composto pelas interações econômicas reais e potenciais entre os agentes — ofertantes e demandantes — (bem como dos padrões de relacionamento destas interações entre si) os quais, enquanto interagem efetiva ou virtualmente, podem vir a exercer poder — e, eventualmente, dele abusar — uns em relação aos outros.

Em termos ainda mais abstratos: o mercado é um sistema de interações. Enquanto sistema, implica o reconhecimento de que as relações entre as unidades que o compõem podem ser conhecidas mediante o emprego de determinadas regras pragmático-formais, ou seja, de padrões formais de comportamento. A sociologia, através do conceito de ação estratégica, a teoria matemática dos jogos e a teoria da comunicação, valendo-se, principalmente, dos resultados da análise pragmática, abriram o caminho para a visualização das limitações do enfoque monádico e do esquema teleológico (individualista) da ação para a compreensão do comportamento dos agentes econômicos no mercado.

A articulação dogmática desta experiência deve, pois, desenvolver-se no sentido de não mais tentar explicar o comportamento das variáveis no sistema (agentes econômicos) prescindindo do contexto, isto é, das outras variáveis, das relações entre as mesmas e, até mesmo, das relações entre os vários sistemas.

III — A análise do poder econômico de um dado agente pode valer-se, basicamente, de dois enfoques. O primeiro deles, denominado estático, capta o mercado, como o próprio nome indica, estaticamente, identificando o poder de um agente com o percentual com que este participa naquele mercado. Em outras palavras, o enfoque estático equaliza, em um instante "t" dado, poder

econômico e *market share*. Embora predominante na práxis do direito de defesa da concorrência brasileiro, o enfoque estático é, se aplicado isoladamente, insuficiente. O argumento mais usado para demonstrar esta insuficiência reside na constatação de que não se pode, sem uma definição arbitrária, alcançar um critério generalizável de determinação do percentual a partir do qual se deve afirmar que um dado agente tem ou não poder econômico em um dado mercado.

Há, no entanto, um argumento mais poderoso. Se não desejamos incorrer em presunções arbitrárias, a predileção pelo enfoque estático só tem sentido se identificarmos, como normalmente se faz, poder econômico com disponibilidade sobre recursos econômicos. A linguagem, aliás, nos dá uma prova irrefutável de que esta identificação é muito mais comum do que poderíamos imaginar. Falamos, ilustrativamente, que um agente "tem" poder econômico, como se o poder fosse algo materializável que se possui ou não se possui, se cede e se recebe, enfim, um objeto de posse.

Hobbes, nesse sentido, definiu o poder de um homem como consistindo "nos meios de alcançar alguma aparente vantagem futura" confundindo, ele também, poder com condição do poder, poder com instrumento do poder. Contudo, não existe poder, socialmente falando, se não existe, ao lado do indivíduo ou grupo que o exerce, outro indivíduo ou grupo que é induzido a comportar-se tal como aquele deseja (Bobbio, Maíteucci, Pasquino, *Dicionário de Política*, 2/934, Edunb, 4.^a ed.).

Em vista disso, poder não é algo que se possui ou se perde, mas sim uma determinada relação entre pessoas, ou mais propriamente, uma relação entre comportamentos. Para a existência de poder, no entanto, não é logicamente necessário que um sujeito B seja efetivamente induzido a atuar conforme a

intenção de um sujeito A, bastando, para que possamos falar de poder, a possibilidade da efetivação. Nesse sentido distingue-se entre poder potencial e poder atual (ou poder em ato).

Citando Weber, podemos, concluindo, dizer que o poder se manifesta em uma relação de subordinação na qual há uma certa probabilidade de que alguém imponha a outrem a sua própria vontade, contra toda a resistência e qualquer que seja o fundamento da probabilidade.

É justamente na verificação da existência deste aspecto relacional inerente à noção de poder social que encontramos a valia do outro enfoque a que aludimos acima, o qual, contraria mas complementarmente ao enfoque estático, chamaremos de dinâmico. Com o advérbio complementarmente, queremos dizer que o enfoque estático não é irrelevante. Ele é simplesmente insuficiente, devendo ser tomado como indício, jamais como único fundamento, de uma análise de poder.

Com o enfoque dinâmico do poder econômico está bem familiarizada a dogmática do direito de defesa da concorrência norte-americana e européia. A Comissão das Comunidades Econômicas Européias, em seu Memorando de 1965 sobre o Problema da Concentração no Mercado Comum caracterizou, no sentido dinâmico, o poder econômico como "la faculté d'exercer sur le fonctionnement du marché une influence notable et en principe prévisible pour l'entreprise dominante. Cette faculté économique d'une entreprise dominante influe sur le comportement et les décisions économiques d'autres entreprises qu'elle soit utilisée ou non dans un sens donnée".

Deste modo, no Direito Comunitário, o poder econômico se consubstancia em um poder de agir, que se apresenta em duas frentes: ativamente, ele possibilita à empresa dominante uma influência sobre as outras empresas atuantes no mercado; passivamente, ele significa que a empresa

dominante pode subtrair-se à influência das demais (Louis Vogel, *Droit de la Concurrence et Concentration Économique*, p. 97, Economica, 1988).

Note-se que a análise tem como centro o conceito de empresa dominante. Em uma situação hipotética de mercado em que existam mais de uma empresa dominante, o poder evidentemente dilui-se, encontrando o sistema um padrão de equilíbrio competitivo próprio, incluindo, também, um confronto dos poderes entre si.

O direito positivo brasileiro não ficou à margem desta concepção dinâmica do poder econômico. A Lei 4.137/62, embora restringindo a esfera de influência aos preços, definiu, em seu art. 5.º, condições monopolísticas como aquelas em que "uma empresa ou grupo de empresas controla em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço, que passa a exercer *influência preponderante* sobre os respectivos preços" (destacamos).

Outros exemplos podem ser retirados do direito positivo (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) alemão, assim como, mais timidamente, da definição normativa de *monopolistic conditions* do direito japonês, a qual prevê como suas condições, além de um determinado *market share*, a existência de *entry barriers* e aumentos de preços.

Vogel, na obra citada, distingue, ainda, três critérios para a mensuração do poder de que goza um determinado agente econômico em um dado mercado. São eles chamados de critérios: a) estruturais, b) comportamentais e c) de performance.

Os primeiros referem-se a aspectos relativamente estáveis do mercado, que não dependem de ações a curto prazo da empresa dominante, podendo-se incluir entre os mesmos as *entry barriers*. Estas designam o conjunto de obstáculos com os quais se confrontam ou possam confrontar-se agentes que pretendam entrar no mercado.

Com relação à questão das *entry barriers*, cabem alguns comentários adicionais interessantes. Obstáculos à entrada de agentes econômicos em um dado mercado foram estudados em detalhe pela doutrina norte-americana principalmente em face do fenômeno da integração. Integrações costumam ser classificadas em verticais e horizontais. Segundo Hovenkamp, "a firm is vertically integrated whenever it performs by itself some function that could otherwise be purchased on the market" (Op. cit., p. 191). Estritamente falando, quase todos os agentes estão verticalmente integrados em algum grau. Para demonstrar esta tese, Hovenkamp dá como exemplo de integração vertical o caso de uma advogada que lava as próprias janelas, uma vez que existe, em princípio, a possibilidade de que o serviço possa ser prestado por um outro agente contratado para este fim específico.

O simples fato da integração, pois, não pode ser tomado como uma manifestação de poder nem, muito menos, caracterizado como uma infração à legislação de defesa da concorrência. Ciente destas circunstâncias, a jurisprudência norte-americana desenvolveu instrumentos teóricos para distinguir integrações lícitas de ilícitas, os quais podem ser, com algumas ressalvas, de valia para o contexto brasileiro.

A argumentação da Suprema Corte gira, basicamente, em torno das chamadas *foreclosure theory* e *entry barriers theory*. De acordo com a primeira, uma integração vertical deve ser reputada ilegal quando seu resultado seja o de negar o acesso de um dado agente a um dado mercado; a *entry barriers theory*, por seu turno, repousa em um argumento próximo, embora não idêntico ao primeiro, a saber: integrações verticais aumentariam o poder de mercado de um agente tornando a entrada de novos agentes mais custosa ou mais difícil.

Tomadas em si mesmas, as duas teorias acima apontadas são, evidentemente, frágeis. Se a função econômica elementar da integração vertical é reduzir custos operacionais, deve-se concluir que, em princípio, integrações verticais ajudam, na exata medida em que reduzem custos, a incrementar a eficiência das empresas. Ora, vistas deste ponto de vista, quaisquer medidas que tendam a aumentar a eficiência de um agente podem vir a ser consideradas como obstáculo por um outro, dado que este último deverá esforçar-se para ser, ao menos, tão eficiente quanto aquele.

Neste sentido, comenta Modesta Carvalhosa (*Poder Econômico — Fenomenologia e Disciplinamento Jurídico*, pp. 25-6, 1967), que “não se pode, hodiernamente, falar em direito individual e generalizado de concorrência como seja o direito de acesso ao mercado daqueles que, simplesmente, têm o intento de nele intervir”.

E citando Fontana: “La libertà della lotta economica quindi non si riferisce all'attività dei singoli, nel senso di permetterne lo svolgimento in qualunque senso; ma si riferisce invece alla concorrenza stessa, in quanto si garantiscono le condizioni essenziali perchè il suo svolgimento sia pieno ed assoluto, e dal gioco delle forze economiche convergenti sorga la massima utilità per i consociati”.

Por estas e outras razões complementares que dizem respeito ao funcionamento do mercado, a operacionalidade das referidas teorias pressupõe o concurso de uma condição adicional, suficiente para justificar a generalização das mesmas como regras. Nesse sentido, costuma-se exigir que, na integração vertical, ao menos um dos agentes integradores seja um monopólio (esta condição foi, no entanto, negada em algumas decisões da Suprema Corte posteriores a 1950 como, por exemplo, em 1962, em U.S. vs. Brown Shoe Co.).

Integrações horizontais ocorrem quando um determinado agente passa a deter o controle formal de um competidor ou, ainda, quando duas empresas competidoras se fundem em uma só empresa (abstramos aqui a referência aos — explícitos ou implícitos — cartéis propriamente ditos, os quais podem, do ponto de vista sociológico, ser também entendidos como integrações horizontais).

O fenômeno da integração horizontal (*mergers*) recebe, nos ordenamentos jurídicos dos países capitalistas mais desenvolvidos, uma atenção especial. No direito norte-americano, integrações horizontais são normalmente enquadradas na seção 7 (emendada em 1950) do Clayton Act de 1914, recorrendo as autoridades (*Federal Trade Commission e Antitrust Division*) aos seus respectivos guídes (respectivamente, *Statement of Federal Trade Commission Concerning Horizontal Mergers — 1982 — e Merger Guidelines of the Department of Justice — 1982/84*), para efeitos de orientação na aplicação da legislação.

A admissibilidade de uma integração horizontal repousa em um juízo estritamente técnico (à diferença do direito alemão, em que o ministro responsável excepcionalmente pode, não obstante o parecer técnico contrário do *Bundeskartellamt*, autorizar uma integração) baseado em uma análise dos efeitos da integração para a competitividade no mercado relevante em questão. Na verificação destes efeitos costuma-se recorrer aos *market shares* dos agentes em integração, ao grau de concentração do mercado respectivo (ponto de vista estático), bem como a critérios dinâmicos, tais como: eficiência do mercado como um todo, existência ou não de um padrão competitivo de funcionamento etc., representando, também neste caso, o mencionado teste dos *foreclosure e entry barriers* a pedra de toque para a caracterização ou não de uma infração.

Os segundos critérios que mencionamos envolvem comportamentos ou práticas econômicas destinadas a exprimir, manter ou reforçar o poder econômico da empresa no mercado. Critérios comportamentais são considerados mais significativos na práxis da aplicação do direito de defesa da concorrência europeu. Com efeito, parte-se da presunção de que certos tipos de comportamento econômico não seriam jamais adotados "qu'à la condition que l'entreprise dispose suffisamment de puissance économique pour les imposer aux autres participants du marché ou seraient irrationnels si leur auteurs ne se trouvaient pas dans une position dominante" (Vogel, op. cit., p. 114).

A análise de poder fundada em critérios comportamentais permite a infiltração direta de elementos pragmáticos no discurso jurídico. Esta circunstância obviamente enriquece os instrumentos de pesquisa. Ditos elementos pressupõem a existência de determinados padrões de comportamento no interior daquele sistema interacional denominado mercado, construíveis a partir de repetições que podem ser detectadas nas interações entre os agentes. Com este tipo de análise pode-se prescindir de argumentos cuja demonstração pressuporia o acesso a elementos subjetivos, tais como, por exemplo, intenções dos agentes econômicos. Pistas da relação de poder poderiam ser, assim, objetivamente identificadas.

Por fim, os critérios de performance estabelecem padrões de dominação a partir de um funcionamento insatisfatório do mercado, manifestado especialmente por altas significativas de preços, aumentos desproporcionais das taxas de lucro etc.

À diferença dos demais, os critérios de performance permitem uma observação afastada, macroscópica, do mercado. Não se busca, por meio deles, surpreender a relação de poder econô-

mico diretamente em suas manifestações concretas, mas, ao contrário, inferir do funcionamento global do mercado e, até mesmo, dos mercados adjacentes, a presença do fenômeno do poder.

Desta exposição, podemos notar que a questão do poder econômico envolve operações complexas e o recurso a pontos de vista heterogêneos. Estes, exemplificados nos três tipos de critérios acima expostos, não bastam por si mesmos para a fundamentação segura de uma decisão vinculante, mas devem ser entre si combinados. A pura e simples equalização de poder econômico e percentual de participação é, por estas razões, inadequada e perigosa. Inadequada, pois não leva em conta o aspecto essencial à idéia de poder, e perigosa, pois conjugada à tendência de se tomar poder por abuso de poder, leva inevitavelmente a uma duplamente errada aplicação do direito.

Se o poder econômico não se confunde com o abuso do poder econômico, em que se distinguem? A pergunta é nuclear, posto que, como vimos, a lei deve reprimir o abuso, não o poder (art. 173, § 4.º, da CF).

IV — A noção de abuso de poder está tradicionalmente associada à teoria política pré-liberal (por exemplo, dos *monarcomaci* franceses no final do séc. XVI) e liberal, tendo funcionado como importante instrumento ideológico de combate ao poder real. Nesta esfera, abusar do poder significava usurpá-lo ou, ainda, exercê-lo de maneira injusta. Ademais, enquanto circunscrita à teoria política, àquela noção poderiam, em tese, conectar-se tipos diversos de reação, do apelo aos magistrados à revolta popular.

Da teoria política para a técnica dogmática moderna, assistiu-se a um processo de gradativo esvaziamento do conteúdo estritamente político, de dominação, inerente à noção de abuso de poder. De um lado, isto se deu por meio

da institucionalização de um núcleo significativo tecnicamente preciso, adequado dogmaticamente, identificável em um conceito nascido, no final do séc. XIX, do ventre da jurisprudência administrativa francesa, a saber, no conceito de desvio de finalidade (*détournement de pouvoir*); de outro lado, através da domesticação das reações possíveis diante do fenômeno brutal do abuso, as quais foram filtradas e canalizadas em mecanismos procedimentais regulados tecnicamente de maneira rigorosa.

Abuso do poder significa, então, desvio de finalidade. Entretanto, a dogmática jurídica atual estabeleceu uma importante linha divisória entre abuso de poder administrativo e abuso de poder na esfera dos particulares. No direito administrativo, abuso de poder significa uso do poder para fins não autorizados em norma jurídica. Para os particulares, o abuso do poder (econômico) aproximar-se-ia do abuso de direito, instrumento teórico desenvolvido no começo deste século pela dogmática do direito privado para fazer frente a atos praticados por um agente determinado, dentro da órbita de um seu direito subjetivo, cujo propósito (corrente subjetivista) ou consequência (corrente objetivista ou finalista) fosse um mal a outrem ou à coletividade.

Alvino Lima (*Culpa e Risco*, p. 219, RT, 1960), referindo-se ao abuso de direito, observou, no sentido da corrente finalista, que “aquele (...) que age obedecendo apenas aos limites objetivos da lei, mas que no exercício do direito que lhe confere o preceito legal, viola os princípios da finalidade econômica e social da instituição, de sua destinação produzindo o desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade, abusa de seu direito”.

A propósito do parentesco existente entre abuso do poder econômico e abuso de direito manifestou-se o Prof. Miguel Reale (“Abuso do Poder Econômico e Garantias Individuais”, in “*Poder Eco-*

nômico — Exercício e Abuso, José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, p. 523, RT, 1985), ao afirmar que “as teorias do abuso de direito e do abuso de poder desenvolveram-se em esferas distintas, respectivamente, do Direito Privado e do Direito Público, mas, aos poucos, vieram convergindo no sentido de uma compreensão por assim dizer complementar (...). Dada essa complementariedade, por compreensível necessidade de se preservarem valores sociais e individuais, mesmo o exercício de um direito ou de um poder, anteriormente considerado normal segundo os parâmetros individuais dominantes, passa a ser considerado irregular ou ilícito, seja pelo dano acarretado, seja pela gritante desproporção surgida entre a titularidade do direito e as prerrogativas e privilégios que ela proporcionaria a alguns em detrimento da coletividade”.

A justificação desta sutil mas fundamental diferenciação remonta à distinção não menos fundamental entre os princípios da legalidade e da estrita legalidade, a qual, por sua vez, nos remete ao problema da liberdade no Estado. De acordo com o pensamento dominante na moderna dogmática juspublicista, não há, na esfera do Poder Público, isto é, para a imensa categoria composta pelos funcionários públicos *lato sensu*, liberdade entendida no sentido de livre determinação dos fins da ação. No lugar desta, surge o conceito de discricionariedade, o qual, partindo-se de um esquema teleológico de ação, implica uma mera liberdade na escolha dos meios adequados aos fins previamente estabelecidos. Para a Administração Pública diz-se, então, que vigora o princípio da estrita legalidade, ou seja, que os seus funcionários só podem (e devem) fazer aquilo que a lei autoriza. Para os particulares, contudo, não vale o princípio da estrita legalidade, mas sim, o da legalidade *tout court*: Nin-

guém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Onde não há lei, há liberdade.

Note-se, por outro lado, que ao admitir que os funcionários públicos somente podem fazer aquilo que a lei autoriza, a dogmática não se prende a considerações de índole subjetiva, uma vez que o desvio de finalidade é medido como desvio entre a finalidade legalmente prevista e o resultado alcançado pela ação administrativa e não, como poderia parecer à primeira vista, como um conflito entre a *voluntas legis* e a vontade do administrador.

Nesse sentido — e isto é fundamental —, a aplicação prática da doutrina do desvio de finalidade será diferente em se tratando de padrão legalidade ou estrita legalidade exatamente enquanto geralmente implica, no primeiro caso, uma análise retrospectiva e uma questão subjetivamente formulada (o agente teve a intenção ou assumiu o risco de alcançar o resultado?) e, no segundo, uma análise prospectiva e objetiva (o ato alcançará o resultado visado pela norma?). Em outras palavras, no padrão legalidade, “finalidade” ou “fim” significa motivo, no padrão estrita legalidade, resultado.

De qualquer modo, e pelas razões aludidas, se transposta diretamente a noção de abuso de poder do direito administrativo ao direito econômico, somos tentados a dizer que a mesma sofreria necessariamente uma flexão. Esta flexão, caberia acrescentar, teria atrás de si, como retaguarda ideológica, o peso da tradição do pensamento econômico liberal. Tratar-se-ia aqui de se assegurar a existência absoluta, no ordenamento jurídico, da liberdade de iniciativa.

Com efeito, sujeitar o poder econômico ao princípio da estrita legalidade (pressupondo, para isso, um câmbio no que se refere ao fundamento do poder: em um caso, uma norma de competência administrativa; no outro, uma dis-

ponibilidade sobre recursos econômicos somada a normas de competência contratual) corresponderia a instrumentalizá-lo, transformando, ao menos nesta esfera de poder, a liberdade econômica em uma espécie de “discricionariedade econômica”.

Esta transformação hipotética, embora em si não absurda do ponto de vista de uma teoria dos limites das relações reais de poder dentro do estado, seria, no marco da ordem econômico-constitucional vigente, juridicamente controversa, pois implicaria uma troca parcial, no que se refere ao aproveitamento do poder econômico, do padrão legalidade para o padrão estrita legalidade.

Na verdade, podemos até dizer que a Constituição Federal alberga, incipientemente, não propriamente uma troca de padrão dessa natureza, mas uma “convergência” talvez um pouco mais radical do que aquela a que se referiu o Prof. Miguel Reale. Ao referir-se aos proprietários de imóveis urbanos (e de forma semelhante, no capítulo referente à Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, aos proprietários de imóveis rurais), em dois dispositivos do capítulo referente à Política Urbana (capítulo II da Ordem Econômica e Financeira), o Constituinte chegou bem perto de possibilitar a instrumentalização da propriedade privada pelo Poder Público.

O art. 182, § 2.º, estabelece que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”; o § 4.º, por sua vez, autoriza o Poder Público municipal a, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, “exigir, nos termos de lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento (...)”, sujeitando-o, em não ocorrendo esse — do ponto de vista do Poder Público —

adequado aproveitamento, a penas que podem inclusive, culminar na desapropriação do imóvel.

Retomemos: para o direito econômico, abusar do poder significa usá-lo para fins contrários aos estabelecidos normativamente. Neste particular, entretanto, cabe lembrar o que agora há pouco dissemos: se partirmos, com base em um reconhecimento absoluto e unilateral do princípio da liberdade, do padrão legalidade para a definição das obrigações dos detentores do poder econômico, pode-se dizer que, tendo o próprio legislador constituinte se adiantado ao legislador ordinário e definido, no art. 173, § 4.º, da Constituição, quais os fins (motivos) ilícitos (dolo direto) para efeitos de legislação de defesa da concorrência, abusar do poder econômico é usá-lo para fins — isto é com a intenção — de: dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros; se, por outro lado, nos valermos de uma outra interpretação possível e utilizarmos um padrão mais próximo ao padrão estrita legalidade, continua o poder econômico vinculado, negativamente, ao conteúdo da norma constitucional, mas também, positivamente, aos contrários dos fins ilícitos previstos na norma, isto é, em uma fórmula genérica, à manutenção ou produção de uma situação de competitividade (resultado).

A bem da verdade, e contrariamente à posição doutrinariamente dominante, estas últimas conclusões nos parecem necessárias tendo em vista a Lei 8.158/91, a qual institui normas para a defesa da livre concorrência. A redação do art. 22 da referida lei aponta inequivocadamente para uma objetivação das irregularidades, ou — nas palavras da Lei —, “anomalias de comportamento” (artigo 1.º), constituídas por práticas de “setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores”.

Com efeito, dispõe o referido dispositivo que “na apuração e correção dos atos ou atividades previstos nesta Lei, a autoridade levará em conta, primordialmente, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, *ainda que* não se caracteriza dolo ou culpa dos agentes causadores” (destacamos). Desse modo, a norma não busca apenas punir os desvios, mas, principalmente, alcançar uma situação objetiva ideal e positivamente determinada: o mercado saudável (competitivo). E não é só. A Lei 8.158/91, em seu artigo 3.º, *caput*, estabelece que “constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto *ou produzindo o efeito* de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, *tais como*: (...)” (destacamos). O sentido da norma é, a nosso ver, unívoco: em primeiro lugar, a infração à ordem econômica está já descrita no *caput* do artigo, descrevendo os incisos (“tais como”) exemplos de práticas; em segundo lugar (e reside justamente aqui o ponto principal), para a existência da infração basta o efeito nocivo à competitividade no mercado e o nexo causal, sendo a consideração subjetiva do agente, em princípio, irrelevante.

A nosso ver, o novo modo de valorar o fenômeno do poder econômico albergado na redação e no sentido da Lei 8.158/91 (responsável pela agudização — na direção da teoria do abuso do poder administrativo — da convergência entre as teorias do abuso do direito e do abuso do poder no que diz respeito ao abuso do poder econômico), significa uma espécie de funcionarização do poder econômico em uma direção mais ou menos precisa, ou seja, a incidência de um poder normativo externo sobre os centros decisórios responsáveis pelo

movimento do poder econômico, e não mais a existência de um mero limite externo aos desdobramentos de direitos subjetivos.

Se estamos certos em nossa interpretação, há que se admitir que a Lei 8.158/91 manifesta um parcial — posto que sobrevive ao abrigo da vigência da Lei 4.137/62 e de outras normas definidoras de ilícitos penais — abandono da concepção penalista do direito de defesa da concorrência, em razão do próprio contexto histórico-axiológico determinante do surgimento da norma legal. Nesse sentido, a referida lei pode ser pensada como verdadeira norma de transição, rompendo com uma tradição normativa que remonta praticamente ao segundo quarto deste século e inaugurando, no direito pátrio, uma nova forma de encarar o poder econômico: não mais apenas reprimindo-o em seus abusos, coibindo suas manifestações excessivas e mantendo-o em estado de inação, mas forçando-o, positivamente, a produzir competitividade, qualidade, eficiência e progresso. A referência implícita à dimensão positiva do poder econômico pode, assim, ser apontada como a maior inovação da lei.

Ora, o que neste momento resta a fazer é, seguindo a dogmática tradicional, verificar se a Constituição da República autoriza esta interpretação proposta. Já vimos que nem todas as normas que se referem a particulares podem ser trabalhadas intelectualmente com base no padrão legalidade. A norma constitucional autoriza expressamente que, no concernente aos proprietários de imóveis urbanos, se recorra a um padrão diferente. O que dizer em relação ao fenômeno do poder econômico?

A concepção da concorrência e da ordem econômica subjacente à Carta de 1988 (no que segue nos reportamos integralmente a manuscrito gentilmente cedido pelo Prof. Tercio Sampaio Ferraz

Junior) aponta para um ponto médio entre a radicalização da “linguagem da finalidade” (Benjamin Shieber) no tratamento do poder econômico abusivo (isto é, a idéia de que a intenção do agente é condição da ilicitude da prática) e a “administrativização” extensiva da livre iniciativa. Nas palavras do Prof. Miguel Reale: “Tem-se dito que a Constituição atual não prevê a intervenção no domínio econômico. É lançar o dardo longe demais, contra a estrutura mesma da sociedade atual, sem o Estado intervencionista. O importante, porém, é saber como e quando essa intervenção se dá de maneira lícita. A intervenção no mundo econômico é referida, aliás, pela própria Constituição, no art. 149, que reza: ‘Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, *de intervenção do domínio econômico*’...” (grifado no original). Devemos reconhecer — conclui o Prof. Reale — “que esta intervenção está implícita nos textos do Capítulo I do Título VII, e mais propriamente no art. 173...” (“A Ordem Econômica Liberal na Constituição de 1988”, in *Constituição de 1988 — O Avanço do Retrocesso*, org. Paulo Mercadante, Rio, 1990, p. 21).

Por outro lado, a redação do artigo 173, § 4.º, da Constituição Federal (“que vise a”), poderia sugerir que a Carta Magna, retomando (a Constituição anterior usava a expressão “caracterizado por”) a linguagem da finalidade, estaria reforçando a natureza estritamente penal do abuso do poder econômico, reduzindo o papel do Estado a de um simples vigilante do mercado.

A Constituição, porém, ensina o Prof. Tercio Sampaio Ferraz Junior, “não trata da defesa da concorrência num contexto de disposições prescritivas estanques”. Note-se, inicialmente, que o § 4.º do art. 173 está inserido num dispositivo cujo *caput* cuida da “exploração direta de atividade econômica pelo Estado”. Os

parágrafos 1.º, 2.º e 3.º tratam de delimitar particularmente a atividade da empresa pública e o § 5.º determina que a lei, "sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-se às prescrições compatíveis com sua natureza nos atos praticados *contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular*". Em suma, o art. 173, como um todo, que cuida da articulação do Estado na economia, estabelece normativamente uma *concepção global do mercado*, no qual concorrem empresas públicas e privadas... (grifos no original). Nesse contexto — conclui o Prof. Tercio — "é que se insere a legislação de Direito Econômico, cujo objetivo é cuidar para que o desenvolvimento econômico ou técnico do sistema mercadológico não seja comprometido por comportamentos dos agentes que possam levar a distorções, como o impedimento do afluxo de recursos a certos setores ou o bloqueio da possibilidade de expansão de concorrentes ou a mera afirmação da prepotência econômica que, sem maiores justificações, seja manifestação de um poderio arbitrário, individualista e egoísta.

Nesse contexto, 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 da função de fiscalização. Dentro desta concepção global, a repressão aos abusos do poder econômico está referida a atos da vida econômica usual (...), atos que não são diferentes a ponto de serem classificados em virtude de uma natureza distinta (...). Portanto, os conflitos por eles eventualmente provocados podem e devem ser tratados por distintas legislações, não tendo cabimento distribuí-los de modo estanque pelos diversos ramos jurídicos. O mesmo ato e mesmo conflito pode ser enquadrado

como concorrência desleal nos termos da legislação penal, como ilícito civil sujeito às indenizações respectivas ou como infração administrativa a ser apreciada pelo INPI. É o ponto de vista da concepção global do mercado como patrimônio nacional (não patrimônio do Estado) que qualifica a competência da SDE ou do CADE".

Em resumo, para a Constituição atual, "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". Em outros termos, 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.

Mercado competitivo não é mercado atomístico. Como já tivemos a oportunidade de dizer no início deste trabalho, a carta constitucional, ao mandar reprimir o abuso do poder econômico, pressupõe o poder como fenômeno natural do mercado nas sociedades modernas. A situação de competição se manifesta mais bem através do conceito de luta, que no caso limite pode referir-se, inclusive, à luta fictícia, ou seja, a uma estruturação monopolística do mercado sem, contudo, a existência de uma performance mercadológica típica de monopólio. O caráter prognóstico da definição dogmática de mercado relevante ilustra bem a fluidez do conceito jurídico de concorrência.

Por outro lado, como tentamos demonstrar, a contrapartida ao reconhecimento da legitimidade do poder econômico (englobando, como acabamos de ver, o poder monopolístico) é o seu enquadramento positivo e a resultante

fiscalização, como medida de constatação de eventuais desvios, das consequências de sua concretização.

A sujeição das relações de poder econômico a um padrão normativo mais próximo ao padrão estrita legalidade pressupõe, no que diz respeito à avaliação do desvio, uma finalidade (resultado) prescrita. Este resultado, como indicamos, é a própria livre concorrência, enquanto manifestação parcial e pressuposto da liberdade de iniciativa. Assim, ao prescrever a liberdade dos agentes no mercado, a Lei de Defesa da Concorrência engendrou um interessantíssimo paradoxo pragmático: obedecendo, por um lado, à prescrição legal, e portanto não sendo mais inteiramente livre, o

agente econômico é livre; por outro lado, ao desobedecê-la, sendo livre, deixa de sê-lo. Paradoxos pragmático deste tipo não são, em se tratando do conceito de liberdade, infreqüentes no Direito. A esse respeito, compare-se o artigo 27 do Código Civil suíço: "Personne ne peut renoncer à sa liberté ou la limiter dans une mesure qui viole la loi ou la moralité" (sobre o conceito de paradoxo pragmático, Watzlawick, Beavin & Jackson, *Pragmática da Comunicação Humana*, Cultrix, São Paulo, 1973).

Luis Fernando Schuartz, Advogado, Mestre em Direito pela Universidade de Frankfurt e Monitor da Cadeira de Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.