

fins e meios na correlação funcional das questões e solução das questões.”  
(FERRAZ, 1991, p. 108)

#### BIBLIOGRAFIA

- DEWEY, John. *Democracy and Education. An Introduction to the Philosophy of Education*. New York: The Macmillan Company, 1961.
- \_\_\_\_\_. Logic Method and Law. *The Philosophical Review*. Vol. 33, No 6, Nov. 1924.
- \_\_\_\_\_. *Experiencia e Educação*. Trad. Anísio Teixeira. Vol. 131, 2ª ed. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1976.
- \_\_\_\_\_. *Human Nature and Conduct. An Introduction to Social Psychology*. New York: The Modern Library, 1930.
- \_\_\_\_\_. *The Public and Its Problems*. Chicago: Gateway Books, 1946.
- \_\_\_\_\_. *History of Political Philosophy*. Chicago: University of Chicago Press Leo Strauss Ed, 1987.
- FERRAZ, Jr., Tertio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, Decisão, Dominação, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- \_\_\_\_\_. *A Ciência do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- PEIRCE, Charles S. *Selected Writings*. New York: Dover Publications, Inc., 1958.
- STRAUSS, Leo and CROPSSEY, Joseph. *History of Political Philosophy*. 3ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1987.
- WIENER, Philip P. *Evolution and the Founders of Pragmatism*. New York: Harper Torchbooks, 1965.
- PEIRCE, Charles S. *How to Make our Ideas Clear*. Selected Writings of Charles S. Peirce. New York: Dover Publications, 1958.

## A CONCORRÊNCIA LIVRE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Gilberto Bercovici

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito do Estado e Livre-  
Docente em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo. Advogado.

José Maria Arruda de Andrade

Professor Doutor de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador visitante no Max-Planck-  
Institut für Geiriges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht (Muniquê-  
Alemanha em 2009-2010), Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela  
Universidade de São Paulo. Advogado.

## 1. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA OU DA ECONOMIA POPULAR<sup>1</sup>

Embora as constituições liberais dos séculos XVIII e XIX também contivessem preceitos de conteúdo econômico, como a garantia da propriedade ou da liberdade de indústria, o debate sobre a constituição econômica é sobretudo um debate do século XX. As constituições do século XX não representam mais a composição pacífica do que já existe, mas lidam com conteúdos políticos e com a legitimidade, em um processo contínuo de busca de realização de seus conteúdos, de compromisso aberto de renovação democrática. Não há mais constituições monolíticas, homogêneas, mas sínteses de conteúdos concorrentes dentro do quadro de um compromisso deliberadamente pluralista. A constituição é vista como um projeto que se expande para todas as relações sociais. O conflito é incorporado aos textos constitucionais, que não parecem representar apenas as concepções da classe dominante, pelo contrário, tornam-se um espaço onde ocorre a disputa político-jurídica.

A diferença essencial, que surge a partir do “constitucionalismo social” do século XX, e vai marcar o debate sobre a constituição econômica, é o fato de que as constituições não pretendem mais receber a estrutura econômica existente, mas querem alterá-la. As constituições positivavam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos. A ordem econômica destas constituições é diretiva ou “programática”, incorporando conteúdos de política econômica e social. A constituição econômica que conhecemos surge quando a estrutura econômica se revela problemática, acabando a crença na harmonia pré-estabelecida do mercado. A constituição econômica quer uma nova ordem econômica, quer alterar a ordem econômica existente, rejeitando o mito da auto-regulação do mercado.<sup>2</sup>

Seguindo o exemplo da celebre Constituição de Weimar<sup>3</sup>, de 1919, a grande inovação da nossa Constituição de 1934 foi, justamente, a inclusão de um capí-

tulo referente à Ordem Econômica e Social (Título IV, artigos 115 a 140)<sup>4</sup>. A ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional (artigo 115). Era permitido à União monopolizar determinado setor ou atividade econômica, desde que agisse segundo o interesse público e autorizada por lei (artigo 116). Há no texto constitucional, também, a preocupação com o fomento da economia popular (artigo 117), sendo este o motivo que justificaria a proteção da concorrência entre as empresas, pois busava-se a garantia de melhores preços, desenvolvimento tecnológico e assegurar o abastecimento normalizado dos vários produtos<sup>5</sup>.

Todas as constituições brasileiras posteriores passaram a incluir um capítulo sobre a Ordem Econômica e Social, em que se tratava da intervenção do Estado na economia e dos direitos trabalhistas. A primeira a romper com essa sistemática foi a Constituição de 1988, ao incluir os direitos trabalhistas em capítulo diverso, o dos Direitos Sociais.

Na Carta de 1937, no capítulo da Ordem Econômica (artigos 135 a 155), determinou-se que o Estado intervinha na economia para cuidar “dos interesses da nação” (artigo 135). A Carta de 1937 também buscou fomentar a economia popular, tratando mais enfaticamente da repressão aos crimes contra a economia popular, ao equipará-los aos crimes contra o Estado (artigo 141). Este dispositivo foi regulado pelo Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, elaborado por Nelson Hungria, inspirado na legislação italiana, alemã, argentina e norte-americana. Sua feição era criminalizante, com a tipificação dos crimes contra a economia popular. A configuração e o julgamento dos crimes contra a economia popular foram regulados pelo Decreto-Lei nº 1.716, de 28 de outubro de 1939. No Brasil, portanto, o direito concorrencial não nasce como consequência do liberalismo econômico, mas como repressão ao abuso do poder econômico, buscando proteger a população em geral e o consumidor, em particular. Com este decreto-lei, pela primeira vez, proibem-se práticas abusivas,

1 Para um estudo detalhado e comparativo das Constituições brasileiras, vide SOUZA, Washington Peluso Albino de. *A Experiência Brasileira de Constituição Econômica*. In: *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 101-142.

2 BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 31-34.

3 Também exerceram influência sobre os autores da nossa Constituição de 1934, embora em menor escala, a Constituição do México, de 1917, e a Constituição da República Espanhola,

de 1931. Para uma comparação entre a ordem econômica da Constituição de Weimar e a ordem econômica da Constituição de 1934, vide GUEDES, Marco Aurélio Peri. *Estado e Ordem Econômica e Social*. A Experiência Constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 113-138.

4 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Galvão Editor, 1947, volume 1, pp. 16-20; e VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. O Direito Público Econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1968, pp. 31-32 e 40-43.

5 VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 243-244.

como manipulação de oferta e de procura, fixação de preços mediante acordo de empresas, venda abaixo do preço de custo, etc. A preocupação principal era com relação aos preços, mais do que com a concorrência em si.<sup>6</sup>

O grande passo na elaboração de uma disciplina legal do direito da concorrência deu-se, ainda no Estado Novo, com a elaboração, patrocinada pelo Ministro da Justiça, Agamenon Magalhães, do Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, chamado de "Lei Malalaia". A "Lei Malalaia", de forte cunho nacionalista, definiu as mais importantes formas de abuso do poder econômico, tais como: os entendimentos, ajustes ou acordos, visando elevar preços de venda, restringir, cercar ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas e influenciar o mercado no sentido do estabelecimento de monopólio, etc. Era estabelecido um regime de autorização prévia para formação, incorporação, transformação e agrupamento de determinadas empresas, além do registro de outros ajustes e acordos, com interferência no processo de produção e circulação de riquezas. A execução da "Lei Malalaia" era levada a cabo pela Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), subordinada ao Presidente da República. A CADE era composta pelo Ministro da Justiça, que a presidia, pelo Procurador-Geral da República, o Diretor-Geral da CADE, representantes dos Ministérios do Trabalho e da Fazenda e de representantes das classes produtoras e um técnico em economia e finanças. As funções da CADE eram verificar a existência dos atos contrários aos interesses da economia nacional, notificar as empresas para a cessação dos atos ilícitos apontados e, em caso de não cumprimento das suas determinações, aplicar a intervenção nas mesmas. A sanção aos atos lesivos ao interesse público era a desapropriação das empresas. Esse decreto não durou muito, sendo revogado, curiosamente, poucos dias após a deposição de Getúlio Vargas pelo Exército, ocorrida em 29 de outubro de 1945. O Decreto-Lei nº 8.162, de 9 de novembro de 1945, revogou a "Lei Malalaia".<sup>7</sup>

A Constituição de 1946, em sua Ordem Econômica e Social (artigos 145 a 162),<sup>8</sup> consagrou a intervenção estatal na economia como forma de corrigir os

desequilíbrios causados pelo mercado e como alternativa para desenvolver os setores que não interessassem à iniciativa privada. O fundamento da ordem econômica da Constituição de 1946 passou a ser a justiça social, consagrando-se a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano (artigo 145). A continuidade do "constitucionalismo social" é garantida pela Constituição de 1946, embora com recuos<sup>9</sup>, como foi o caso da reforma agrária.

A defesa da concorrência no texto constitucional, no artigo 148 da Constituição de 1946, dando início a uma nova fase no direito antitruste brasileiro, com a ênfase deixando de ser simplesmente a defesa da "economia popular" para ser enriquecido pelo compromisso com a ordem econômica e pela noção de defesa do consumidor. Os objetivos da legislação deixariam de ser meramente repressivos para adquirir caráter preventivo e de orientação da conduta dos agentes econômicos de acordo com os princípios da Ordem Econômica e Social<sup>10</sup>. A regulamentação do artigo 148 da Constituição de 1946 também foi proposta por Agamenon Magalhães, agora Deputado Federal, em 15 de abril de 1948. Esta proposta, o Projeto de Lei nº 122/1948, teve tramitação longa e demorada<sup>11</sup>. Na década de 1950, chegou-se a considerá-lo dispensável, tendo em vista as leis nº 1.521 e 1.522, de 26 de dezembro de 1951. Essas leis, para muitos, já regulavam a contento o dispositivo constitucional,

9 CIÊNCIA POLÍTICA (org.). *Estudos sobre a Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1954, pp. 21-39; e VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. *mimeo cit.*, pp. 45-60.

10 VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, p. 59. Para uma comparação entre as semelhanças das Constituições de 1934 e de 1946, vide LIMA, Hermes. *Espírito da Constituição de 1946*. In: INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO E CIÊNCIA POLÍTICA (org.). *Estudos sobre a Constituição Brasileira cit.*, pp. 14-16, e VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 33-34, 40, 42 e 44-45. Apesar dos recuos, o sentido da ordem econômica e social da Constituição de 1946 foi assim definido por Pontes de Miranda: "Nunca nos esqueça que a Constituição de 1946, na parte econômica, é de inspiração social-democrática. Assim é que deve ser interpretada". In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946 cit.*, volume 4, p. 13.

11 VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 57 e 291-293; e FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Lei de Defesa da Concorrência*. Origem Histórica e Base Constitucional. *Arquivos do Ministério da Justiça nº 180*. Brasília, julho/dezembro de 1992, pp. 176-177; e VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência cit.*, pp. 249-250.

Para a justificativa e o texto do projeto de lei que reprimiu o abuso do poder econômico, vide Magalhães - *Discursos Parlamentares*. Coleção *Partis Parlamentares nº 24*. Brasília, Câmara dos Deputados, 1983, pp. 228-248. Sobre a tramitação do Projeto de Lei nº 122/1948 até a sua aprovação sob a forma da Lei nº 4.137/1962, vide FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga & FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder Econômico*. Exercício e Abuso - Direito Antitruste Brasileiro. São Paulo: RT, 1985, pp. 10-14.

6 HUNGRIA, Nelson. Os Cimes contra a Economia Popular e o Intervencionismo do Estado. *Revista Forense*, vol. 79, Rio de Janeiro, julho de 1939, pp. 37-40. Vide, ainda, FORCIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2008, pp. 108-117.

7 VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 290-291; e IANNI, Octavio. *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, pp. 72-73. Vide também FORCIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste cit.*, pp. 119-123.

8 Sobre a ordem econômica da Constituição de 1946, vide CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Intervenção da União no Domínio Econômico*. In: INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO E

ao qualificar os crimes contra a economia popular e a criar a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP)<sup>12</sup> para executar os seus preceitos.

O Projeto de Lei nº 122/1948 foi aprovado somente em 1962, convertendo-se na Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, previa para a prática de abuso do poder econômico a utilização da empresa (toda e qualquer entidade de natureza civil ou mercantil, desde que explore atividades com fins lucrativos) pelo seu titular, pessoa física ou jurídica, como instrumento de obtenção do fim ilícito previsto em seu artigo 2º. A Lei enumerou todas as formas de abuso do poder econômico de forma taxativa, tornando o seu âmbito de aplicação o mais amplo possível, controlando até mesmo o setor público (artigo 18<sup>13</sup>). Foi criado para apurar e reprimir os abusos do poder econômico o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)<sup>14</sup>.

Com o golpe militar de 1964, que depôs João Goulart, foram outorgadas as Cartas de 1967 e de 1969 (esta intitulada de Emenda Constitucional nº 1), como tentativas de legitimar o regime ditatorial, especialmente perante as nações estrangeiras. Apesar de as Cartas outorgadas de 1967 e de 1969, em seus capítulos "Da Ordem Econômica e Social" (artigos 157 a 166 da Carta de 1967 e artigos 160 a 174 da Emenda nº 1, de 1969)<sup>15</sup>, previrem o desenvolvimento como fim da ordem econômica constitucional<sup>16</sup>, a preocupação principal dos "novos" donos do poder, ancorados pelos poderes de exceção propiciados pela "Doutrina da Segurança Nacional"<sup>17</sup>, era aperfeiçoar as condições de funciona-

mento e expansão da empresa privada nacional e internacional. Os grandes beneficiados foram as empresas transnacionais e os grandes grupos empresariais brasileiros a elas ligados<sup>18</sup>.

A chamada "modernização" passava pela condenação da "democracia clássica" e a hegemonia da tecnocracia<sup>19</sup>. O Estado interferiu de modo cada vez mais crescente na economia, principalmente para proporcionar as condições favoráveis ao crescimento e florescimento do setor privado, particularmente estrangeiro, que obteve inúmeras facilidades de acesso ao crédito para se expandir. A estrutura empresarial do Brasil mudou durante a ditadura militar, com o seu controle nas mãos dos grandes grupos transnacionais, reforçando ainda mais a dependência estrutural da economia brasileira<sup>20</sup>. Grande parte dos centros de decisão econômica foram novamente internacionalizados. A grande contradição do regime ocorria entre a política econômica de favorecimento das empresas transnacionais e os arroubos "nacionalistas" ligados à soberania e à segurança nacional. A principal caracterização dessa retórica nacionalista e prática internacionalizante ocorreu durante o período expansionista do "Brasil Potência", configurando-se na elaboração dos Planos Nacionais de Desenvolvimento<sup>21</sup>.

As Cartas de 1967 e de 1969 recepcionaram formalmente a Lei nº 4.137/1962. Nesses diplomas legais, a repressão ao abuso do poder econômico passou a ter a natureza de princípio da Ordem Econômica e Social (artigos 157, VI da Carta de 1967 e 160, V da Emenda nº 1, de 1969). Mas, na prática, a Lei nº 4.137/62 nunca teve eficácia. De 1963 a 1990, o CADE analisou poucos processos (somente onze até 1975, tendo detectado abuso de poder econômico em apenas um deles)<sup>22</sup>. A razão da pouca importância dada ao CADE e à legislação antitruste no Brasil nas décadas de 1960 e 1970 é

- 12 Sobre a origem, estrutura e funções da COFAP, vide VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico* cit., pp. 234-239.
- 13 Sobre a fiscalização das empresas públicas realizada pelo CADE conforme a Lei nº 4.137/1962, vide VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico* cit., pp. 451-453.
- 14 VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico* cit., pp. 293-298.
- 15 Para uma análise da ordem econômica da Carta de 1969 (que introduziu poucas alterações, geralmente de forma, à ordem econômica constitucional de 1967), vide CARVALHOSA, Modesto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*, São Paulo, RT, 1972, pp. 1-45. Vide, especialmente, CARVALHOSA, Modesto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1969* cit., pp. 69-106.
- 16 A "Doutrina da Segurança Nacional" dava às Forças Armadas um papel fundamental na estruturação do Estado brasileiro de acordo com os imperativos internos e externos da segurança nacional. Esta foi a expressão máxima do poder militar, que, para assegurar a manutenção ou conquista dos seus objetivos nacionais não hesitou em utilizar a ameaça e a violência contra seus opositores. Essa concepção ampla e abrangente de segurança nacional institucionalizou o chamado "processo revolucionário", transformando a segurança do Estado em insegurança da sociedade. O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, reafirmou o papel desempenhado pelos "órgãos de segurança", que obtiveram considerável autonomia, sem maior controle. Eles mesmos definiram suas regras e objetivos, cuidando da preservação da

- 18 segurança nacional e estipulando para cada situação o grau de repressão e coerção para eles necessário. Cf. LAFER, Celso. *O Sistema Político Brasileiro: Estrutura e Processo*. 2ª ed. São Paulo, Perspectiva, 1978, pp. 117-119.
- 19 IANNI, Octavio. *Estado e Planejamento Econômico no Brasil* cit., pp. 229-242; e FURIADO, Celso. *O Brasil Pós-"Milagre"*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 39.
- 20 IANNI, Octavio. *Estado e Planejamento Econômico no Brasil* cit., p. 249.
- 21 IANNI, Octavio. *Estado e Planejamento Econômico no Brasil* cit., p. 297.
- 22 IANNI, Octavio. *Estado e Planejamento Econômico no Brasil* cit., pp. 288-297. Sobre o planejamento durante o regime militar, vide CARVALHOSA, Modesto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1969* cit., pp. 40-44; e GRAU, Eros Roberto. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, RT, 1978.
- 22 FORCIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste* cit., pp. 136-141.

simples: a política econômica do regime militar era francamente favorável à concentração empresarial e à formação de conglomerados<sup>23</sup>.

## 2. A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA DE 1988, A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INICIATIVA ECONÔMICA E O PAPEL DO ESTADO NA ECONOMIA

A Constituição de 1988 tem expressamente uma constituição econômica voltada para a transformação das estruturas sociais. Não se pode ignorar, no entanto, que as relações econômicas são muito mais uma questão de fato (ou seja, vinculadas à constituição econômica material), do que uma questão de direito (ligadas à constituição econômica formal). Seria ilusório pretender alterar as regras e a estrutura do poder econômico no sistema capitalista por uma norma constitucional. As mudanças radicais são sempre políticas. A constituição econômica referenda juridicamente as mudanças, mas não é responsável por impulsioná-las. É necessário reconhecer os limites do voluntarismo e do instrumentalismo jurídicos, o que não significa desvalorizar o processo constituinte. Coube aos constituintes facilitar, dificultar ou impossibilitar determinadas decisões econômicas, abrir possibilidades ou fechar portas, mas não instituir uma constituição que, por si só, garantisse as transformações sociais e econômicas pretendidas<sup>24</sup>.

O capítulo da ordem econômica da Constituição de 1988 (artigos 170 a 192) tenta sistematizar os dispositivos relativos à configuração jurídica da economia e à atuação do Estado na economia, isto é, os preceitos constitucionais que, de um modo ou outro, reclamam a atuação estatal no domínio econômico, embora estes temas não estejam restritos a este capítulo do texto constitucional<sup>25</sup>.

23 CARVALHO, Modesto. *A Nova Lei das Sociedades Anônimas - Seu Modelo Econômico*, cit., pp. 66-71 e 144-148.

24 ASENSIO, Oscar de Juan. *La Constitución Económica Española: Iniciativa Económica Pública "versus" Iniciativa Económica Privada en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 91-92. Para a crítica ao instrumentalismo jurídico-constitucional, muitas vezes predominante no debate brasileiro sob a Constituição de 1988, vide BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: Uma Relação Difícil. Uma Nova - Revisão de Cultura e Política*, nº 61. São Paulo: CEDEC, 2004, pp. 5-24; e BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada)*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (coord.). *A Constitucionalização do Direito*. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 167-175. São pertinentes as afirmações de Eros Grau para quem a "ordem econômica" não é um conceito jurídico. A "ordem econômica" apenas indica, topologicamente, as disposições que, em seu conjunto, institucionalizam as relações econômicas no texto constitucional, ressaltando-se que nem todas estas disposições estão abrangidas sob o capítulo da "ordem econômica".

instituinte, segundo Eros Grau, uma ordem econômica aberta para a construção de uma sociedade de bem-estar<sup>26</sup>.

O direito econômico busca, ainda, entre outras tarefas, disciplinar juridicamente a atividade econômica, voltando-se, essencialmente, para a preservação do mercado, controlando o comportamento dos poderes econômicos<sup>27</sup>. Como relembra Eros Grau, o direito do modo de produção capitalista é racional e formal, caracterizando-se pela universalidade abstrata das formas jurídicas e pela igualdade formal perante a lei, refletindo a universalidade da troca mercantil e buscando garantir a previsão e a calculabilidade de comportamentos. O direito é também uma condição de possibilidade do sistema capitalista, não é um elemento externo.

Não por acaso, Geraldo de Camargo Vidigal denomina o direito econômico como "direito da organização dos mercados". Apesar desta perspectiva ser limitada, por ater-se apenas às relações entre os agentes econômicos privados, ela demonstra a preocupação da doutrina do direito econômico em compreender o mercado também como uma instituição jurídica, portanto, artificialmente criada e historicamente situada, não apenas econômica. As pretensões de calculabilidade e previsibilidade de comportamentos do mercado só ganham dimensão completa quando se compreende o mercado não como uma "ordem espontânea", natural, embora o discurso liberal sustente essa visão, mas como uma estrutura social fruto da história e de decisões políticas e jurídicas que servem a determinados interesses, em detrimento de outros<sup>28</sup>.

26 mas espalhadas por todo o texto. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 60-76 e 87-91.

27 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 312-316.

28 Cf. FARIAS, Gérard. *Por un Droit Économique*. Paris: PUF, 2004, pp. 180-199.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria Geral do Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1977, pp. 45-60; GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1981, pp. 19-22, 32-33 e 38-39; GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 29-39; NUNES, Antônio José Avelãs. *Nação e Objeto da Economia Política*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, pp. 68-70; e GRAU, Eros Roberto. *O Direito do Modo de Produção Capitalista e a Teoria da Regulação*. In: *O Direito Positivo e o Direito Pressuposto*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 118-126. Sobre a ordem jurídica do capitalismo, vide, especialmente, MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, 3ª ed. Coimbra: Cenebra, 1978, pp. 67-131.

### 3. A DEFINIÇÃO DE CONCORRÊNCIA LIVRE E A CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Realizado um panorama sobre a evolução das constituições econômicas brasileiras e a proteção da concorrência, resta a questão acerca da própria definição de *concorrência*.

Simultaneamente ao desenvolvimento das constituições econômicas interventivas, há uma reorientação da própria idéia de concorrência. O capitalismo passou por alterações significativas, apesar de sua auto-descrição como capitalismo concorrencial e de seus pressupostos da existência de um grande número de empresas em que nenhuma delas poderia exercer influência sensível sobre a oferta, partindo da idéia de que, sendo elas muito numerosas em cada indústria, não teriam a possibilidade de desenvolver acordos entre si (controle de preços e do mercado), o que permitiria aos consumidores orientarem a produção em quantidade e qualidade (a "soberania do consumidor", que seria exercida por meio de cálculos racionais de utilidade marginal)<sup>29</sup>.

Em outros termos, nessa auto-descrição do sistema econômico capitalista liberal trabalhava-se com pressupostos demasiado estreitos de concorrência perfeita: "[...] número indefinido de participantes no mercado, não tendo qualquer influência autônoma sobre a oferta ou a procura, atuando segundo um princípio racional de maximização da utilidade nas trocas; fungibilidade das mercadorias e plena transparência do mercado; e, finalmente, capacidade de resposta imediata dos fatores de produção às solicitações do mercado"<sup>30</sup>.

Não cabe aqui a discussão sobre as bases empíricas e históricas desse modelo teórico (na verdade, dessa auto-descrição) do capitalismo liberal, sobre o problema do mercado de trabalho, a existência de leis interventivas e as diferenças históricas concretas entre os Estados em suas políticas econômicas (como os países de industrialização retardatária, por exemplo). A questão é que, no final do século XIX, não por acaso no mesmo processo que tamanhãs alterações causou no direito e na teoria do Estado, haviam se consolidado empresas monopolistas nos principais setores econômicos, além da prática ditu-

ruma de cartéis. As primeiras acepções de concorrência (perfeita) e de liberalismo (não intervenção do estado) são confrontadas pela manifestação concreta do monopólio e pela intervenção no domínio econômico<sup>31</sup>.

Pode-se afirmar, portanto, que o modelo de concorrência perfeita se apresenta como um instrumento analítico extremamente idealizado, sem pretensões ou possibilidades empíricas, tendo utilidade meramente comparativa ou paradigmática. Defender, portanto, que uma determinada Constituição, como a brasileira, por exemplo, o adotou, seria extremamente complicado. Esse argumento teria que ter como base um texto normativo constitucional descrevendo que a concorrência em mercado é ou deve ser perfeita, ou seja, que existem ou podem existir preços uniformes, multiplicidade de demandantes e ofertantes sem influência sobre a quantidade produzida, homogeneidade entre os produtos, perfeita mobilidade dos fatores de produção, perfeito acesso às informações, custos marginais crescentes, instantaneidade dos ajustes, ausência de externalidades<sup>32</sup> etc. Como se trata de um modelo pouco compatível com a descrição empírica, apesar de sua utilidade analítica<sup>33</sup>, chega-se a questão de como lidar com mercados que tendem a situações próprias de concorrência monopolística e qual o papel do Estado na intervenção sobre o domínio econômico<sup>34</sup>. Obviamente, além do que já foi afirmado, sobre o caráter meramente hipotético do modelo da concorrência perfeita, a Constituição prescreve justamente a necessidade de se defender a concorrência livre do abuso de poder econômico, o que já pressupõe a possibilidade dele, poder econômico, existir e a necessidade, portanto, de ser combatido<sup>35</sup>.

29 DOBB, Maurice H. *Political Economy and Capitalism*. Some Essays in Economic Tradition, reimpr. Westport: Greenwood Press, 1975, pp. 37-54; e NUNES, Antônio José Avelãs. *Uma Introdução à Economia Política*. São Paulo: Quatier Latin, 2007, pp. 178-179.

30 MOREIRA, Vival. *A Ordem Jurídica do Capitalismo* *cit.*, pp. 43-44.

31 Vide a análise clássica de HILFERDING, Rudolf. *Das Finanzkapital*, 2ª ed. Frankfurt-am-Main, Europäische Verlagsgesellschaft, 1973, vol. 2, pp. 246-323. Vide, ainda, MOREIRA, Vival. *A Ordem Jurídica do Capitalismo* *cit.*, pp. 47-48; e MAZZUCHELLI, Frederico. *A Condição em Processo*. O Capitalismo e Suas Crises. São Paulo: Brasiliense, 1985, pp. 96-120.

32 Sobre esses elementos como caracterizadores de um modelo de concorrência perfeita, vide BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a Condição do Abuso em seu Exercício*. São Paulo: RT, 2001, pp. 26-31.

33 Por todos, registrando a importância da concorrência perfeita como um modelo analítico, independentemente de sua aderência à realidade empírica, vide STIGLITZ, Joseph E. & WALSH, Carl E. *Introdução à Microeconomia*, trad. da 3ª ed. original. Rio de Janeiro: Campus, 2003, pp. 23-24.

34 Para a clássica distinção entre a intervenção no domínio econômico e a intervenção sobre o domínio econômico, vide GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* *cit.*, pp. 148-151.

35 Relembando, também, a existência concreta de uma concorrência pura ou perfeita, assim como a de um monopólio puro, vide FIKENTISCHER, Wolfgang. *Die neuere Entwicklung des amerikanischen Wettbewerbsrechts und der Deutsche Kartellgesetzentwurf*. Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1954, p. 3. Sobre a dissolução da antinomia concorrência e monopólio, vide



Acreditamos que se possa defender a ideia de que a concorrência deve ser interpretada e/ou aplicada a partir da própria Constituição, e não independentemente dela. Nesse sentido, na Constituição de 1988, consagra-se a ideia de que a ordem econômica (do ponto de vista fático) gerada pelo mercado não é perfeita, já que os agentes da livre iniciativa privada não produzem harmonia a partir de sua liberdade de atuação e da não-intervenção estatal (*laissez faire*)<sup>41</sup>.

A defesa do contrário, ou seja, de que a Constituição nada comunica (prescreve) sobre a concorrência, parte de pontos que merecem uma reflexão mais detida: em primeiro lugar, a ideia de que a concorrência, no texto constitucional de 1988, é um conceito totalmente aberto (ou talvez um *não conceitual*)<sup>42</sup>, em segundo lugar, a concepção de que o "estado da arte" dos estudos econômicos traria melhores resultados do que a tentativa de se elaborarem teorias jurídicas de direito constitucional econômico e/ou concorrencial.

A primeira questão, portanto, exige que se busque as referências à concorrência na própria Constituição (e em sua evolução históricas nas constituições anteriores). Como já visto, a concorrência está totalmente vinculada a outros princípios constitucionais, como o do valor social do trabalho (valorização do trabalho humano) e o do valor social da livre iniciativa (artigos 1º, IV e 170, *caput* da Constituição de 1988).

A livre iniciativa, no texto constitucional de 1988 (artigos 1º, IV e 170, *caput*), não representa o triunfo do individualismo econômico, mas é protegida em conjunto com a valorização do trabalho humano, em uma ordem econômica com o objetivo de garantir a todos uma vida digna<sup>43</sup>, com base na justiça social. Isto significa que a livre iniciativa é fundamento da ordem econômica constitucional no que expressa de socialmente valioso<sup>43</sup>, o que não representa nenhuma

novidade na tradição constitucional brasileira, pois a livre iniciativa está presente como fundamento da ordem econômica constitucional desde 1934<sup>44</sup>.

Portanto, a livre iniciativa não pode ser reduzida, sob pena de uma interpretação parcial e equivocada do texto constitucional, à liberdade econômica plena ou à liberdade de empresa, pois abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas, como a iniciativa econômica individual, a iniciativa econômica cooperativa (artigos 5º, XVIII e 174, §3º e §4º da Constituição) e a própria iniciativa econômica pública (artigos 173 e 177 da Constituição, entre outros). A proteção constitucional à livre iniciativa não se reduz, portanto, à iniciativa econômica privada, como muitos autores, equivocadamente, defendem, sustentando uma posição ideológica que não encontra fundamento no texto constitucional. Sob a Constituição de 1988, liberdade de empresa e livre iniciativa não são sequer direitos fundamentais<sup>45</sup>.

Há aqui, já, uma possível refutação da inexistência de qualquer sentido para o termo concorrência. Nos termos de uma discussão sobre a determinabilidade do sentido, se não há uma referência semântica específica, como, aliás, devem ser afastadas todas as tentativas de representacionismo<sup>46</sup> e de

41 MONCADA, Luis S. *Cabral de Direito Econômico*. 5ª ed. Coimbra, Coimbra Ed., 2007, p. 274. Sobre as relações entre ordem econômica constitucional e dignidade da pessoa humana, vide BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Dignidade da Pessoa Humana*. *Revista da Faculdade de Direito (Universidade de São Paulo)*, vol. 102, 2007, pp. 457-467.

42 CI GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* *cit.*, pp. 200-208. COMPARATO, Fábio Konder. *Regime Constitucional do Controle de Preços no Mercado*. *Revista de Direito Público* n.º 97. São Paulo: RT, janeiro/março de 1991, pp. 18-23; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (coord.). *A Constitucionalização do Direito Excidente: A Soberania Econômica na Constituição de 1988*. *mimeo*, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Titularidade), 2010, pp. 234-237. Vide, ainda, no direito europeu, MANITAKIS, Antonis. *La Liberté du Commerce et de l'Industrie en Droit*

43 *Belge et en Droit Français*. Bruxelles: Bruylant, 1979, pp. 31-37 e 265-277; ASENIO, Oscar de Juan. *La Constitución Económica Española* *cit.*, pp. 148-169; RITI, Natalino. *L'Ordine Giuridico del Mercato*, 4ª ed. Roma/Bari: Laterza, 2001, pp. 18-20, 68-69, 85-88 e 93-96; e CANOTTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Víal. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, vol. 1, pp. 791-792.

44 Isto pode ser facilmente demonstrado a partir da leitura dos textos do artigo 115, *caput* da Constituição de 1934 ("Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica"), do artigo 145, *caput* da Constituição de 1946 ("Art. 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano"), do artigo 157, 1 da Carta de 1967 ("Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: 1 - liberdade de iniciativa"), e do artigo 160, 1 da Carta de 1969 ("Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: 1 - liberdade de iniciativa"). Como exemplo deste tipo de argumentação, vide BARRICO, Luís Roberto. *Regime Constitucional do Serviço Postal*. Legitimidade da Atuação da Iniciativa Privada. In: *Temas de Direito Constitucional*, Tomo II, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 145-188; BONAVIEDES, Paulo Sergio Postal (art. 21, XI). *Revista de Direito do Estado* n.º 6, Rio de Janeiro, abril/junho de 2007, pp. 323-324; e TIMM, Luciano Benetti. O Direito Fundamental à Livre Iniciativa. In: *O Novo Direito Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 97-112.

45 Nossa referência ao termo "representação", não tão frequente no direito, diz respeito à propriedade de os termos da linguagem (textos normativos) apontarem para elementos da natureza, ou das coisas, ou das ideias, permitindo que sujeitos cognoscitivos assimilem ou alcancem seu conteúdo preexistente.

essencialismo<sup>47</sup>, isso não corresponde à afirmação em sentido contrário, ou seja, de que o termo nada comunica, informa ou prescreve.

Se não se pode buscar o sentido dos conceitos em suas possíveis referências a idéias ou significados, não se pode ignorar que os conceitos são utilizados e aplicados de várias formas que permitam identificar certas semelhanças e dessemelhanças [semelhanças de família – "Familienhähnlichkeit"<sup>48</sup>]. Nesse sentido, entre a liberdade total do intérprete ou a sua vinculação cega à lei (ou à Constituição), há toda uma prática jurídica a ser estudada.

Assim, tentar defender um modelo teórico importado de economia e a sua adoção ou pertinência em nosso sistema constitucional e legal pode encontrar dificuldades, no mínimo, textuais (textos positivos de normas), ou seja, defender simplesmente um *welfarismo* nos moldes norte-americanos da escola de Chicago parece ser mais distante do que alegar a concorrência como um dos fatores a serem observados e defendidos para um projeto constitucional e historicamente adequado de desenvolvimento econômico brasileiro, com seu respaldo dos arts 1º, 3º, 170, 173, 218 e 219 da Constituição de 1988.

Se pode ser afirmado que as normas jurídicas não vinculam tanto como grilhões, nos dizeres de Hart<sup>49</sup>, também não deve ser defendida a idéia em sentido totalmente contrário, que sustenta a liberdade total de concretização por parte do aplicador.

Na aplicação diturna das normas jurídicas, pode-se afirmar que há um fundo de referências adquiridas que dá consistência e estrutura à experiência do acreditar e do duvidar das decisões. As razões para justificar um saber recorrem a um sistema de convicções que o situam; dessa forma, ao lado de proposições empíricas (verificáveis, ainda que passíveis de dúvida quanto à sua confirmação) existem proposições fundacionais<sup>50</sup>. Trata-se, antes, de um "sistema de crenças geradas pela prática social"<sup>51</sup>(p. 34).

- 47 Sobre o essencialismo, Tercio Sampaio Ferraz Jr. assevera: "A possibilidade de se fornecer a essência do fenômeno confere segurança ao estudo e à ação. Uma complexidade não reduzida a aspectos uniformes e nucleares gera angústia, parece subtraí-los o domínio sobre o objeto. Quem não sabe por onde começar, sente-se impotente e ou não começa ou começa sem convicção", cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980, p. 34.
- 48 WITTEGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen (PHU)*. Werkausgabe, Band 1, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1984, §67.
- 49 HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 152.
- 50 Cf. SUMARÉS, Manuel. *"Da Certeza" de Ludwig Wittgenstein*. Um Estudo Inrodutório. Porto: Contraponto, 1994, pp. 33-34. Especificamente: "[...] as proposições fundacionais não

Além disso, é necessário considerar a Constituição em termos sistemáticos e de tentar reconstruir a sua teleologia<sup>52</sup> a partir dos objetivos determinados em seu próprio texto, além de relembrar as próprias alterações textuais nas constituições brasileiras ao tratarem do tema da concorrência, passando de uma concepção tipificada, da proteção da economia popular, à perspectiva funcional e finalística atual. Nesses termos, a Constituição brasileira vigente preocupa-se com a repercussão dos vários atos econômicos sobre o mercado e seu impacto nas relações conflituosas entre o trabalho e a livre iniciativa privada (dentro do marco das finalidades constitucionais). Já não há, simplesmente, uma preocupação limitada aos atos individuais, conscientes e intencionalmente predispostos a ferirem a ordem econômica e a livre concorrência em si<sup>53</sup>.

Dai que, ressalte-se mais uma vez, de uma forma anterior de positividade da proteção à concorrência predominantemente tipificante, tem-se, hoje, um modelo muito mais finalístico e funcional, com todas as dificuldades inerentes a essa técnica (o problema da concretização de objetivos, da articulação sistemática de vários objetivos constitucionais e do próprio conflito potencial entre eles, mormente quando positivam conflitos da sociedade regulada<sup>54</sup>).

Essas características, obviamente, não são exclusivas do direito concorrencial. O direito econômico sempre teve que lidar com essa dificuldade, a da

- 51 dependem de experiências atuais e verificáveis para a sua validade, mas constituem, pela organização biológica e pela educação, as bases da estrutura motriz do ser humano e, por isso, a base das suas crenças" (p. 34).
- 52 Vide SUMARÉS, Manuel. *Sobre "Da Certeza" de Ludwig Wittgenstein* cit., pp. 40-41. Continua o autor: "[...] o sentido de uma palavra depende primeiramente do contexto de uma frase e, depois, do contexto do sistema inteiro de proposições que reflectem as actividades humanas sancionadas por uma sociedade. Os vocabulários e os argumentos nos quais se pode ser instruído, não conseguem a sua importância, os vocabulários e os argumentos nos quais se pode ser instruído, não conseguem a sua importância pela sua capacidade de correspondem de um modo privilegiado ao real, mas por serem os vocabulários praticados pelos seres humanos que fazem parte dela em vista dos seus interesses. Assim, admitimos que vocabulários e argumentos podem ter o seu momento de predomínio e, depois, ser minorizados ao longo da história de uma cultura, o processo, em todo o caso, realiza-se em termos de ajustamentos dentro de algum sistema de proposições pelo qual se orienta" (pp. 40-41).
- 53 Sobre o aspecto teleológico e sua importância no debate hermenêutico contemporâneo, vide ANDRADÉ, José Maria Arruda de. *A Constituição Brasileira e as Considerações Teleológicas na Hermenêutica Constitucional*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SAKAMOTO, Daniel & BINENBOM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988* cit., pp. 323-340.
- 54 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Concorrência como Tema Constitucional*. Política de Estado e Governo e o Estado como Agente Normativo e Regulador. cit., p. 176.
- Sobre a concorrência e a preservação de vários objetivos constitucionais, vale citar Paula Forgioli: "A restrição visada de tentar subsumir a Lei Antitruste a um único objetivo decorre, também, da compreensão desses normas como um mero instrumento para eliminar os efeitos autodestrutivos do mercado (função de preservação dos meios de reprodução do capital), sem que seja considerada a política econômica que por essas pode ser atuada" In: FORGIOLI, Paula

determinabilidade de sentido de várias normas jurídicas e a sua articulação com a ordem econômica (e com a economia política) e a própria política.

Todavia, a ligação mais direta com os construtos da economia para a construção de decisões (normas jurídicas individuais e concretas) passa a ideia de uma maior abertura cognitiva, daí que as clausuras típicas do positivismo jurídico, tão atuantes em um setor como o do direito tributário, parecem influenciar em menor grau o direito concorrencial.

Assim, se do ponto de vista mais específico e técnico, pode-se afirmar, conforme lembrado por Tercio Sampaio Ferraz Jr.<sup>55</sup>, que nem a Constituição nem a Lei Antitruste chegaram a definir o que seria concorrência, essa ausência de definição mais específica está longe de ser uma falha do nosso sistema normativo, pois essa ausência confirma ainda mais um ponto central de nossas considerações. O Sistema de Defesa da Concorrência brasileiro não está vinculado diretamente aos construtos neoclássicos e a seus pressupostos de eficiência alocativa, por mais que alguns autores procurem desenvolver algo neste sentido. Também não se justifica a adoção das noções de concorrência completa ou perfeita, até mesmo em virtude de sua utilidade meramente analítica.

Em outros termos, se a cultura do direito concorrencial brasileiro é marcada por uma forte importação de teorias econômicas estrangeiras (dos neoclássicos à teoria dos mercados contestáveis; à teoria dos jogos; à nova economia institucional etc.)<sup>56</sup> e, à primeira vista, se a discussão constitucional é escassa (sobretudo na jurisprudência)<sup>57</sup>, isso não corresponde à desvinculação absoluta entre eventuais e específicas decisões de direito concorrencial sem qualquer lastro constitucional.

Obviamente, aqui, tem-se uma questão de hermenêutica jurídica e de teoria da argumentação. Hermenêutica, para se evitar a ideia de que seria possível dizer quais são os fundamentos cognitivos das decisões a serem formuladas e aplicadas por intérpretes autênticos do sistema de defesa da concorrência e pelo Judiciário.

A. Os Fundamentos do Antitruste *cit.*, p. 164. Mais adiante, lembrará a autora: "Essa excessiva generalização pode implicar a criação de que existe um objetivo único para toda e qualquer norma antitruste, independentemente do contexto em que se insere e dos conflitos de interesse existentes", *idem*, p. 165.

55 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Concorrência como Tema Constitucional: Política de Estado e de Governo e o Estado como Agente Normativo e Regulador. *cit.*, p. 173.

56 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

57 Essas duas afirmações estão presentes no texto de SCHUARTZ, Luis Fernando. A Desconstitucionalização do Direito da Defesa da Concorrência. *cit.*, pp. 768-773.

Teoria da Argumentação, por outro lado, para se defender, aqui, que as decisões (normas individuais e concretas ou gerais e abstratas) não devem prescindir de argumentos vinculados à Constituição ou utilizar aqueles que lhe sejam contrários, mesmo reconhecendo toda a dificuldade sobre o debate dos limites da interpretação e dos limites argumentativos da racionalidade jurídica das decisões.

Sempre é bom lembrar os aspectos problemáticos do uso do ferramental (micro)econômico para fundamentar decisões jurídicas no contexto do positivismo jurídico, não simplesmente por conta de uma clausura do direito, mas em virtude da própria racionalidade também limitada desses instrumentos, algo sempre bem mais desenvolvido e reconhecido pelos economistas do que pelos juristas.

Ainda assim, aqui também há de se buscar construir decisões com base em argumentos jurídicos, a partir de procedimentos previamente estabelecidos. A economia permitirá uma série de argumentos técnicos para a construção da decisão, mas o resultado da aplicação continua sendo uma concretização de normas jurídicas, onde, se a ausência de especificações maiores sobre o termo concorrência na Constituição não permite a positividade desta ou daquela solução prévia e totalizante, não justifica, por outro lado, a ideia de que o direito concorrencial foi positivado constitucionalmente apenas com termos vazios e que a construção dogmática dele decorre de acertos institucionais decorrentes da importação de modelos (micro)econômicos correntes.

Além disso, sabidamente, esses modelos estão sendo constantemente renovados. Também eles possuem "dificuldades preditivas" e problemas de definição de "protocolos consensuais de seleção e superação de teorias", na expressão de Mario Luiz Possas<sup>58</sup>.

Avançando, ainda, no tema da definição de concorrência, as considerações feitas até aqui demonstraram que a defesa da concorrência não é a garantia de um agente econômico concorrer livremente no mercado. Não se trata, portanto, de uma garantia individual. Muito pelo contrário, a Constituição garante que a iniciativa econômica (que pode ser privada, pública ou cooperativa, nos termos constitucionais) poderá ser exercida, mas também estipula que esta poderá ser limitada pela lei. Esta afirmação não deve ser confundida com a de que a Constituição simplesmente reconhece a existência de um espaço de trocas, o "mercado",

58 ROSSAS, Mario Luiz. Limites Normativos da Análise Econômica Antitruste. *Revista do IBRAC*, vol. 16, nº 1, São Paulo, 2009, p. 235.

assegurando a ausência de qualquer intervenção estatal na esfera econômica. A concorrência, como princípio, deve ser assegurada, inclusive, para garantir o interesse coletivo na existência e na viabilidade do mercado interno, patrimônio nacional segundo o artigo 219 da Constituição de 1988. O mercado interno não é sinônimo de economia de mercado, como pretendem alguns. A sua inclusão no texto constitucional, como parte integrante do patrimônio nacional, significa a valorização do mercado interno como centro dinâmico do desenvolvimento brasileiro, inclusive no sentido de garantir melhores condições sociais de vida para a população e a autonomia tecnológica do país. Este artigo reforça a necessidade de autonomia dos centros decisórios sobre a política econômica nacional, complementando os artigos 3º, II e 170, I da Constituição de 1988<sup>59</sup>.

---

Sobre o artigo 219 da Constituição de 1988 e o significado da proteção constitucional ao mercado interno, vide CRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 254-255 e 273 e BERCOVICI, Gilberto, *Períodos, Recursos Materiais e Apropriação do Excedente cit.*, pp. 195-197. Obviamente, sabe-se que a mera existência de texto normativo constitucional não garante a concretização da Constituição, nem o alcance dos objetivos constitucionais, mas como bem lembrado por Tercio Sampaio Ferraz Jr., em outro contexto: "As políticas de Estado que possuem perfil constitucional são de maior consistência: sua relevância não precisa ser comprovada, pois constituem premissas pré-estabelecidas, dispensando-se de ser justificadas. Os problemas de interpretação que elas podem suscitar aparecem na sua incidência, não na presunção de sua necessária consideração como suporte da análise, justamente pelo fato de se poder encontrá-las ostensivamente na Constituição". In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio, *Concorrência como Tema Constitucional: Política de Estado e de Governo e o Estado como Agente Normativo e Regulador cit.*, p. 178.