
O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA: COROLÁRIO DA LIVRE INICIATIVA OU PRINCÍPIO AUTÔNOMO DA ORDEM ECONÔMICA?

*Carlos Jacques Vieira Gomes**

1. Introdução

Busca o presente artigo investigar as dimensões de peso e importância dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, em especial analisar o grupo de complementaridade ou de tensão existente entre tais princípios, com o objetivo de, ao final, tecer linhas conclusivas sobre o caráter autônomo do princípio da livre concorrência.

A tese da complementaridade reconhece que o princípio da livre iniciativa constitui valor fundante da livre concorrência¹, enquanto que o viés pela tensão entre os princípios anota ser, a tutela da livre concorrência, princípio autônomo na formulação de políticas públicas instrumentalizadas pelo controle do exercício abusivo do poder econômico.

2. A livre iniciativa: origens e fundamento

No contexto histórico em que se desenvolveu o comércio nas cidades europeias até o século XVII, verifica-se a total ausência de liberdade profissional para comerciar.

Exercia-se o comércio corporativo organizado por meio das corporações de ofício, as quais detinham o poder de autorizar tanto o acesso ao mercado como o próprio exercício da atividade comercial. Nesse cenário, todo o mercado estava cartelizado, senão monopolizado.

Ao comércio corporativo acrescia-se a existência da política de manutenção de elevadas *barreiras alfandegárias*, não apenas entre os países, mas também no interior de muitos deles².

* **CARLOS JACQUES VIEIRA GOMES** é Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB). É Consultor Legislativo do Senado Federal e Professor de Direito Econômico e Empresarial do Grupo Educacional Fortium.

¹ Como anota José I. G. Franceschini (1996, p. 8), o pleno exercício do direito à livre concorrência constitui instrumento de consecução da livre iniciativa.

² Como observa André de Laubadère (1985, p. 232) em relação à França.

À ideia de comércio não se associava o conceito de *autonomia contratual*, expressão da livre iniciativa econômica, mas o conceito de *privilégio*. Exercia a atividade comercial apenas aquele que se encontrava *autorizado* para tanto.

A mudança fundamental nessa concepção tem como marco histórico a queda do *Ancien Régime* na França e a edição da Lei de 2 de março de 1791, o chamado *Décret d'Allarde*³, o qual declarou a liberdade de comércio e de indústria⁴, podendo qualquer pessoa realizar todo o tipo de negócio, profissão, arte ou ofício⁵. Em junho do mesmo ano, editou-se a Lei *Le Chapelier*, a qual declarou a extinção das corporações de ofício⁶.

Agora reconhecida e protegida, traduziu-se a livre iniciativa na tutela da liberdade contratual como um valor absoluto⁷, em si considerado, expresso no dogma *laissez faire, laissez passer*⁸.

Contraposta à ideia de liberdade-participação do Antigo Regime⁹, a liberdade do liberalismo pregava o direito de o cidadão exercer a iniciativa econômica de forma autônoma, isto é, sem qualquer tipo de intervenção estatal¹⁰. Assim considerada, exprime a livre iniciativa um direito à abstenção do Estado perante o particular.

³ Inspirado nas reformas propostas em período anterior pelo Ministro Turgot e confirmado na França pela Lei Royer, de 27/12/1773, como anota Miguel Cunha (1998, p. 29). Observa Eros Grau (2000, p. 239) que a liberdade de iniciativa econômica foi positivada, originariamente, no chamado Édito de Turgot, de 9/2/1776.

⁴ André de Laubadère (1985, p. 232) ressalta que a Declaração de Direitos de 1789 não fez, de modo expreso e delimitado, alusão à liberdade de iniciativa econômica: “A Declaração dos Direitos de 1789 não proclama a liberdade econômica, como o faz para as outras liberdades, tais como a liberdade de expressão ou a liberdade individual; considera-se apenas que esse silêncio equivalia a um reconhecimento implícito, não tendo sido a liberdade econômica, aos olhos dos constituintes de 1789, senão um dos aspectos da liberdade geral dos cidadãos”. Com essa análise corrobora Pierre Delvolvé (1998, p. 106). Como leciona ainda André de Laubadère (1985, p. 232): “De maneira bastante curiosa, é uma simples lei fiscal, a lei dos dias 2-17 de Março de 1791, conhecida pelo nome de ‘decreto d’Allarde’, que é considerada como o texto no qual se baseia a liberdade de comércio e de indústria”.

⁵ O art. 7º do Decreto *d’Allarde* determinava que, a partir de 1º de abril de 1791, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma “patente” (imposto direto), a pagar taxas exigíveis e a sujeitar-se aos regulamentos de polícia aplicáveis.

⁶ Estatui a Lei *Le Chapelier* que, “sendo o aniquilamento de qualquer espécie de corporação de cidadãos do mesmo estado e profissão uma das bases fundamentais da Constituição francesa, é proibido restabelecê-las de facto sob qualquer pretexto ou sob qualquer forma” (LAUBADÈRE, 1985, p. 233). No Brasil, o marco histórico da posituação do princípio da livre iniciativa deu-se com D. João VI, que, pelo Alvará de 1º de abril de 1808, concedeu às colônias portuguesas a liberdade de indústria. Sobre a íntegra do Alvará, v. Paula Forgioni (1998, p. 93).

⁷ Como anota Eros Grau (2000, p. 239), o caráter absoluto da livre iniciativa nunca existiu em sua pureza conceitual, dado que, mesmo no auge do liberalismo, o Estado não era inteiramente omissivo à atividade econômica, pois sempre impôs medidas de polícia ao seu exercício, objetivando atender ao interesse público.

⁸ Como lembra Fábio Nusdeo (2001, p. 57), a expressão *laissez faire, laissez passer*, slogan do liberalismo, é de autoria do fisiocrata *Dupont de Nemours*, e significa “deixe-se fazer (produzir) e deixe-se passar (circular, comerciar) os bens”.

⁹ Como aponta Celso Lafer (*apud*. BRUNA, 1997, p. 130), o antigo conceito de liberdade coincidia com o direito de participar do processo político.

¹⁰ Na concepção de Pierre Delvolvé (1998, p. 107-8), trata-se da liberdade de empreender, que compreende a liberdade para o exercício de profissão, de comércio e de indústria e a liberdade de concorrer: “En étudiant la

A concepção liberal, por sua vez, não identifica a existência de qualquer conflito entre o exercício egoístico da livre iniciativa e a sua função social. Ao contrário, pressupõe-se que a busca do interesse individual coincide com a maximização do benefício social, como se deduz da célebre passagem de Adam Smith:

Cada indivíduo esforça-se continuamente por encontrar o emprego mais vantajoso para qualquer que seja o capital que detém. Na verdade, aquilo que tem em vista é o seu próprio benefício e não o da sociedade. Mas o juízo de sua própria vantagem leva-o, naturalmente, ou melhor, necessariamente, a preferir o emprego mais vantajoso para a sociedade. (SMITH, 1981, p. 757-758).

Tércio Sampaio Ferraz Junior reconhece ser a tutela da livre iniciativa o pilar fundamental da ordem econômica caracterizada pela autonomia de atuação da esfera privada em relação à esfera estatal:

Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma ‘estabilidade’ supostamente certa e eficiente. Afirma-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. (*apud* GRAU, 2000, p. 242).

Conceitua-se, assim, o direito à livre iniciativa, enquanto direito à criação de empresa¹¹ (isto é, o direito de empreender¹²) e à sua gestão de forma autônoma, o qual compreende: (a) a liberdade de investimento¹³ ou de acesso¹⁴, a qual se traduz no direito de escolha da atividade econômica a desenvolver¹⁵, (b) a liberdade de exercício e de organização¹⁶ da empresa, ou seja, a liberdade de determinar como será desenvolvida a atividade, incluindo-se a forma, qualidade, quantidade e o preço¹⁷ dos produtos ou serviços a serem produzidos,

reconnaissance de la liberté d’entreprendre, on vient de voir qu’elle n’a été exprimée en elle-même qu’assez tard: la jurisprudence a surtout parlé de la liberté du commerce et de l’industrie, à laquelle était reliée la liberté professionnelle et la liberté de la concurrence”.

¹¹ Eros Grau (2000, p. 237-8) reconhece que a livre iniciativa, por decorrer da liberdade humana, e não do direito de propriedade, não pode ser reduzida à ideia de liberdade econômica ou de iniciativa econômica: “Dela – da livre iniciativa – se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da liberdade. (...). Vê-se para logo, destarte, que não se pode reduzir a livre iniciativa, qual consagrada no art. 1º, IV do texto constitucional, meramente à feição que assume como liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica”.

¹² Liberdade para empreender, como menciona Pierre Delvolvé (1998, p. 105).

¹³ “Faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado” (GRAU, 2000, p. 240).

¹⁴ Liberdade de se estabelecer, ou liberdade de instalação (DELVOLVÉ, 1998, p. 113).

¹⁵ Também referida enquanto liberdade de criação de empresa (MONCADA, 1988, p. 141) ou de acesso à atividade econômica.

¹⁶ Também referida como liberdade de gestão autônoma, sem interferência externa (MONCADA, 1988, p. 141), ou como liberdade para o exercício e a exploração de atividade empresarial (DELVOLVÉ, 1998, p. 113).

¹⁷ Como anota Luís Cabral de Moncada (1988, p. 296): “O estabelecimento livre do preço pelo produtor é uma consequência directa do seu direito de livre iniciativa econômica”. Assim também Pierre Delvolvé (1998, p. 523), ao reconhecer a incompatibilidade do controle de preços com a livre iniciativa: “De manière générale, le maintien d’un contrôle des prix en certains domaines contredit le principe de liberté qui régit l’activité économique et notamment la détermination des prix dans leur ensemble”. Na jurisprudência do STF, reconheceu o Min. Moreira Alves (ADIN nº 319-4/DF, DJ de 30/4/1993) que “a liberdade de iniciativa econômica abarca a liberdade da determinação dos preços pelo empresário”.

(c) a liberdade de contratação ou liberdade negocial, por meio da qual são estabelecidas de forma livre e isonômica¹⁸ as relações jurídicas e seu conteúdo (ver SANTOS; GONÇALVES; MARQUES, p. 50), e (d) a liberdade para concorrer¹⁹, isto é, o direito ao exercício da atividade econômica em um sistema de livre concorrência (ver DELVOLVE, 1998, p. 115), sem que entraves sejam impostos pelo poder público ou pelo poder (econômico) privado²⁰.

Em sua concepção atual, entretanto, a livre iniciativa não deve ser entendida apenas como uma faculdade privada do indivíduo, mas como um *direito-função*, ou seja, um *poder-dever* a ser exercido em atenção à (sua) *função social*²¹.

A liberdade para criar e explorar uma dada atividade econômica não deve, assim, ser admitida de forma absoluta, mas relativizada em função de seu valor social²², de forma a assegurar a todos *existência digna, conforme os ditames da justiça social* (CF, art. 170, *caput*)²³.

Para Calixto Salomão Filho (1998, p. 229-230), o que ocorre é que o princípio da livre iniciativa, inserto no *caput* do art. 170 da CF, nada mais é do que uma cláusula geral, cujo

¹⁸ Inserido no âmbito do direito à liberdade de iniciativa, e como corolário do princípio da igualdade de todos perante a lei, está o *princípio da igualdade em matéria econômica*, definido por André de Laubadère (1985, p. 273) como o direito à “igualdade dos administrados perante as regulamentações e medidas econômicas e perante o funcionamento dos serviços públicos econômicos”.

¹⁹ Concebida como prolongamento da liberdade de comércio e indústria, nas palavras de Pierre Delvolvé (1998, p. 109): “La liberté de concurrence a elle-même été affirmée comme un prolongement de la liberté du commerce et de l’industrie (...)”. Eros Grau (2000, p. 240) a conceitua como: “a faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal” e como “proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência”.

²⁰ Como afirma Alberto Venancio Filho (1998, p. 6): “(...) o princípio da liberdade do comércio e da indústria proíbe ao Estado e a seus órgãos descentralizados (departamentos, comunas) intervir, com o peso excepcional dos recursos coletivos, na concorrência industrial ou comercial”. Para Eros Grau (2000, p. 240), a garantia pressupõe “neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes”. Insere-se aqui o princípio da igualdade em matéria econômica, referido anteriormente.

²¹ Como anota Sérgio Varella Bruna (1997, p. 140): “ao contrário do que ocorre com a noção clássica de direito subjetivo, o conceito de função expressa um poder que não é exercido exclusivamente no interesse do seu titular”. Para Fábio K. Comparato (*apud* PROENÇA, 2001, p. 56): “Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. A consideração dos objetivos legais é, portanto, decisiva dessa matéria, como legitimação do poder. A ilicitude, aí, não advém apenas das irregularidades formais, mas também do desvio de finalidade, caracterizando autêntica disfunção. Nem todo beneficiário do poder funcional, no entanto, é individualizado (...). É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva”.

²² Evidentemente que tal relativização não pode ser *desproporcional*, de forma a frustrar o conteúdo essencial do direito à livre iniciativa, como assinala Luís Cabral de Moncada (1988, p. 142): “A exigência final consiste na necessidade de as leis restritivas respeitarem o ‘conteúdo essencial’ dos direitos fundamentais. Trata-se de um puro conceito de valor que visa impor um limite negativo à actuação do legislador, e a que certa doutrina tem ligado a noção de dignidade da pessoa humana”.

²³ A respeito, lecionam Antônio C. Santos, Maria E. Gonçalves e Maria M. L. Marques (1999, p. 51) estar a livre iniciativa *funcionalizada à satisfação de exigências socioeconômicas*, atinentes aos trabalhadores, consumidores, pequenos e médios empresários (equilíbrio nas relações econômicas) e ao meio ambiente. Citam, a respeito, em precedente do Tribunal Constitucional de Portugal: “as restrições à iniciativa privada devem ser apenas as necessárias e adequadas à proteção de outros valores constitucionais, respeitando o princípio da proporcionalidade”. Assim também coloca Luís Cabral de Moncada (1988, p. 143): “A conformação normativa do direito de livre empresa privada em função de interesses e valores sociais é um dos cofundamentos, tal como acontece com o direito de propriedade privada e restantes direitos fundamentais de conteúdo económico da respectiva disciplina concorrencial”.

conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, porém social e passível, conseqüentemente, de ser limitada.

Outro prisma a ser considerado, dentro do espectro da função social da livre iniciativa, corresponde à inserção, no seu conceito, do direito à *liberdade para o trabalho*, como anota Eros Grau: “É que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho, do trabalho livre – como observa Miguel Reale Junior – em uma sociedade livre e pluralista”. E conclui: “Assim, livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho” (GRAU, 2000, p. 241 e 249).

Deve-se mencionar, por fim, que, dentre os escopos relacionados ao controle do exercício abusivo do poder econômico, está a tutela da livre iniciativa. Explica-se.

A livre iniciativa não deve ser entendida apenas como abstenção do Estado perante o particular. É possível imaginar a necessidade de intervenção estatal com vistas a tutelar a livre iniciativa, o que ocorre, por exemplo, quando o Estado coíbe práticas em exercício abusivo de poder econômico que venham a prejudicar, por exemplo, a *livre iniciativa a ser exercitada por concorrentes*²⁴.

Nesse prisma, relembra Paula Forgioni (1998, p. 229-230) a lição de San Tiago Dantas, para quem “As leis antitrust exprimem a concepção de que a liberdade econômica não é um princípio absoluto, em nome do qual se possam admitir os próprios pactos que excluem tal liberdade, mas é um regime social e econômico a se defender mesmo contra a liberdade individual, se esta o ameaçar”.

Cite-se, também, a passagem em que Shieber menciona Francisco Campos:

O poder econômico, o poder financeiro não podem continuar a ser poderes arbitrários. Cumpre que eles se exerçam no sentido do interesse geral. Ao governo dos particulares se substituirá o governo do público. Postular a liberdade simples é postular a força. (...) Não mais a corrida sem fim para objetivos puramente individuais, mas a liberdade de iniciativa de uns nos limites em que não prejudica igual liberdade de iniciativa de outros e, sobretudo, nos limites em que a liberdade individual não constitua um atentado contra o bem comum de todos. (SHIEBER, 1966, p. 2).

E, por fim, os escólios de Washington Peluso Albino de Souza, para quem a repressão ao abuso do poder econômico não significa restrição ao princípio da livre iniciativa, mas apenas a limitação da liberdade de um (aquele que abusa de seu poder econômico),

²⁴ Trata-se, aqui, da proteção à livre iniciativa econômica não como meio a se restringir a intervenção estatal, mas como forma de se coibir a sua violação por ato de outro particular, que exercita de forma abusiva o seu poder econômico com vistas a impedir a liberdade de iniciativa econômica, por exemplo, de seu concorrente.

“justamente com o intuito de garantir a liberdade de todos os particulares como concorrentes no mercado” (SOUZA, 1980, p. 390).

Em síntese, a livre iniciativa, como direito à livre criação de empresa, deve ser contextualizada em sua função social e poderá, conforme a hipótese, ser tutelada pelas normas antitruste, por meio do controle do exercício abusivo da *livre iniciativa alheia*, isto é, do detentor de *poder econômico* que, por meio de prática abusiva, busca impedir o livre exercício da iniciativa econômica por terceiro.

3. A livre concorrência: corolário da livre iniciativa ou princípio constitucional autônomo?

A proteção da livre concorrência, como abordado no item anterior, decorre da compreensão de que a livre iniciativa, na acepção de *liberdade de iniciativa empresarial*, pressupõe não apenas a ideia de *liberdade para acessar o mercado*, mas também a ideia de *liberdade para permanecer no mercado*, isto é, a *livre concorrência*, entendida *esta* como liberdade para exercer a luta econômica sem (a) a interferência do Estado²⁵ e (b) os obstáculos impostos pelos outros agentes econômicos (privados)²⁶.

²⁵ Insere-se na tutela da livre concorrência a garantia à isonomia de atuação entre ente estatal e ente privado, como previsto nos §§ 1º e 2º do art. 173 da Constituição de 1988. Como anota Manoel Jorge E. Silva Neto (2001, p. 154): “Assim, tanto o § 1º, II, como o § 2º do art. 173 buscam localizar no mesmo plano o Estado-empresário e os entes privados, certamente por ter concluído o constituinte originário que, em um sistema capitalista governado pela regra do livre mercado, seria inaceitável a concessão de privilégios às empresas públicas e sociedades de economia mista, posto que vulnerar-se-iam, a um só tempo, os princípios constitucionais econômicos da liberdade de iniciativa e da livre concorrência”. Nesse contexto, salienta Pierre Delvolvé (1998, p. 119) o conteúdo do princípio da igualdade de tratamento concorrencial entre agentes públicos e privados: “Moins radicalement l’interdiction d’exercer des activités publiques concurrençant les entreprises privées impose seulement l’égalité concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés. Elle n’exclut pas l’exercice d’activités publiques concurrençant les entreprises privées mais elle oblige à exercer ces activités publiques dans les mêmes conditions que celles des entreprises privées”.

Uma das modalidades mais comuns de interferência estatal prejudicial à manutenção da isonomia em matéria de concorrência constitui a ajuda estatal a determinadas empresas, procedida por meio de isenções tributárias ou crédito subsidiado. No regime da Comunidade Econômica Europeia, toda ajuda estatal deve ser comunicada à Comissão Europeia, com o fito de se analisar os efeitos provocados sobre a concorrência. A esse respeito, assinala Luís Cabral de Moncada (1998, p. 440) que: “A orientação geral das normas comunitárias a este respeito consagra o princípio da incompatibilidade das ajudas dos Estados com o mercado comum, no pressuposto de que as ajudas e subsídios dos Estados às empresas nacionais as vão favorecer artificialmente na concorrência que elas têm de enfrentar tanto interna como externamente”. Ressalva o Autor (MONCADA, 1988, p. 341), entretanto, a existência das seguintes exceções, a maioria delas relacionadas à justiça social: (a) auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais, com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos, (b) auxílios destinados a remediar os estragos causados por calamidades ou por outros acontecimentos extraordinários e (c) os auxílios atribuídos à República Federal Alemã na medida necessária para compensar as desvantagens causadas pela divisão do país. Sobre o tema, é relevante ressaltar o precedente do CADE, que reconheceu ser a guerra fiscal travada entre Estados-membros do Brasil um instrumento capaz de causar efeitos lesivos sobre a concorrência (Consulta nº 38/99, sendo consulente o PNBE, Pensamento Nacional das Bases Empresariais e Relator o Conselheiro Marcelo Calliari, julgado em 22/3/2000).

²⁶ Eros Grau (2000, p. 240-6) define o princípio da livre concorrência (art. 170, inc. IV) como “liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdades públicas, assim definidas: (a) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal (liberdade privada); (b) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência (liberdade privada); e (c) neutralidade do Estado diante do

Miguel Cunha (1998, p. 30) afirma que, na jurisprudência francesa, a primeira referência à ideia de livre concorrência como corolário da livre iniciativa²⁷ deveu-se à decisão do *Conseil d'État*, de 6.3.1914 (caso *Syndicat de la Boucherie*), a qual invocou a Lei de 1791 para declarar que o seu conteúdo implicava não apenas a liberdade para exercer uma atividade comercial, mas também a de exercê-la em um sistema de *livre concorrência*²⁸.

Calixto Salomão Filho (1998, p. 32), ao mencionar a teoria ordo-liberal, afirma que a livre concorrência abarca duas liberdades fundamentais: (a) a liberdade de acesso ao mercado²⁹, cujo conteúdo se confunde com o princípio da livre-iniciativa, e (b) a liberdade de permanência no mercado³⁰.

fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes (liberdade pública)". Reconhece Sérgio Varella Bruna (1997, p. 136) que o princípio da livre concorrência deve ser interpretado não como uma liberdade anárquica, mas também em razão de sua função social, isto é, liberdade regrada e condicionada pelos imperativos de justiça social, existência digna e valorização do trabalho humano.

²⁷ Paula Forgioni (1998, p. 31 e ss.) anota que a proteção da concorrência já existia mesmo antes da concepção liberal de livre mercado, como forma de se eliminar distorções tóxicas nocivas à população. Cita, como exemplos, a regulamentação de monopólios na antiguidade grega e a repressão ao açambarcamento de mercadorias na antiguidade romana. Sustenta a autora que a tutela da concorrência preexistente ao liberalismo clássico "não a protegiam como um bem em si mesmo considerado, e muito menos como correlata a um tipo de estrutura e produção tida como ótima".

²⁸ O Autor acrescenta, fundado em escólio de Nogueira Serens (*apud* CUNHA, 1998, p. 31), que neste primeiro período do capitalismo industrial, incontestavelmente de liberdade de concorrência, é ainda o tempo em que não é pensável que a concorrência, sendo livre, pudesse ser desleal, como pensável não era que os empresários, sendo muitos e todos muito pequenos, decidissem coligar-se com vistas à fixação dos preços, à repartição dos mercados e à fixação de regras sobre o funcionamento das respectivas empresas.

²⁹ Tutelada por meio da eliminação das barreiras, naturais ou artificiais, à entrada de concorrentes. Como exemplo de aplicação do princípio da livre concorrência nesse exato contexto, mencione-se a jurisprudência firmada no STF (RE nº 199.517/SP, Plenário, Redator para acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ de 13/11/1998, RE nº 193.749/SP, Plenário, Redator para acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ 4/5/2001, RE nº 213.482/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ de 11/12/1998, RE nº 198.107/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ de 6/8/1999 e RE nº 203.909/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ de 6/2/1998), segundo a qual é inconstitucional, por ferir a livre concorrência, a lei municipal que impede a instalação de drogarias e farmácias em um raio inferior a 500 metros de estabelecimento congênera já instalado. Trata-se, a hipótese, de uma barreira artificial à liberdade de acesso ao mercado. A respeito, afirmou o Min. Maurício Corrêa (RE nº 193.749/SP): "A limitação geográfica imposta à instalação de drogarias somente conduz à assertiva de concentração capitalista, assegurando, no perímetro, o lucro da farmácia já estabelecida. Dificulta o acesso do consumidor às melhores condições de preço, e resguarda o empresário alojado no local pelo cerceamento do exercício da livre concorrência, que é uma manifestação do princípio da liberdade de iniciativa econômica privada garantida pela Carta Federal quando estatui que 'a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. (art. 173, § 4º)." Também assinalou o Min. Ilmar Galvão (RE nº 213.482/SP): "Entendeu a Corte que a competência do Município (...) não pode chegar ao ponto de impedir a duplicidade, ou até a multiplicidade de estabelecimentos do mesmo ramo, numa mesma área, porque redundaria em reserva de mercado, ainda que relativa, e conseqüentemente, em afronta aos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade do exercício das atividades econômicas, que informam o modelo de ordem econômica consagrado pela Carta da República (art. 170 e incisos, da CF)".

Sustenta José Marcelo Martins Proença (2001, p. 5), com propriedade, que o conceito de livre acesso ao mercado compreende não apenas o acesso *perante os concorrentes*, mas também o livre acesso *perante os consumidores*.

³⁰ Tutelada mediante o controle repressivo do exercício abusivo de poder econômico, tais como práticas lesivas e exclusionárias de concorrentes.

Para Luís Cabral de Moncada (1988, p. 316), a livre concorrência “traduz na vida econômica o princípio da livre escolha racional ou seja, da liberdade entendida em sentido liberal como garantia do desenvolvimento livre da personalidade individual”.

Como anota Shyam Khemani (1999, p. 2), a liberdade para competir está associada à: (a) liberdade para comerciar, (b) livre escolha e (c) livre iniciativa para ingressar em novos mercados. Proteger a concorrência, nesse contexto, constitui meio adequado a assegurar a liberdade econômica do indivíduo.

Como aponta, por fim, José I. G. Franceschini, ao citar Otomendi Junior: “A concorrência é a luta pela clientela, é liberar o comprador do poder de monopólio, permitindo-lhe o acesso a fontes alternativas do produto ou do serviço” (FRANCESCHINI, 1996, p. 24).

E prossegue o autor, ao lembrar escólio do Conselheiro (do CADE) José Matias Pereira: “A liberdade de concorrência apresenta-se dotada de caráter positivo: é o direito a que o abuso da liberdade de comércio e indústria não comprometa aquele funcionamento regular dos mercados”.

Entendida, assim, a *livre concorrência* como corolário da *livre iniciativa*, diversas manifestações doutrinárias são colhidas no sentido de que a consagração autônoma do princípio constitucional da livre concorrência não seria necessária, porque a liberdade de iniciativa econômica implica a liberdade de competir. Neste sentido leciona Eros Grau (2000, p. 245): “nem é instigante a sua consagração como princípio constitucional”, porque “desnecessária (bastava, nesse sentido, o princípio da livre iniciativa)”.

A autonomia do princípio constitucional da livre concorrência justifica-se, entretanto, ao se admitir, como anota Miguel Cunha (1998, p. 22), que a *autonomia concorrencial* apresenta fundamental contradição com a *autonomia privada*³¹. Explica-se.

O comportamento racional do agente econômico, admitido por hipótese, o impele à busca da maximização de seu lucro. E isso, não raro, é alcançado por meio da eliminação do concorrente e/ou da concorrência.

Nesse contexto, a hipostasiação da liberdade de iniciativa econômica conduz muitas vezes à cartelização e à eliminação da rivalidade comercial, ou mesmo à destruição de um ou mais concorrente(s).

Tome-se, como exemplo, os atos de concentração econômica. Em consonância com a liberdade de iniciativa, tais acordos deveriam ser aprovados sem qualquer limite, dado que se inclui na esfera da autonomia privada (isto é, na livre iniciativa) o direito de adquirir e alienar conglomerados econômicos.

³¹ Derivada esta da liberdade de iniciativa econômica.

Óbvio está, entretanto, que a autorização indiscriminada das concentrações econômicas seria capaz de provocar, com frequência, danos irreparáveis à liberdade de concorrência, o que basta à conclusão de que livre iniciativa e livre concorrência constituem, nesse enfoque, *valores antinômicos*.

Como bem observa Miguel Cunha (1998, p. 31), ao contrário do que se queria crer, a livre iniciativa, historicamente, não promoveu a livre concorrência³². E isso porque os agentes econômicos não atuam de modo independente, com autonomia; esses agentes percebem que alcançarão melhores resultados se houver conluio, combinação para eliminar a concorrência ou ao menos para torná-la limitada e inofensiva.

De modo inverso, a tutela incondicional da livre concorrência, como valor absoluto, seria mesmo capaz de provocar a eliminação da livre iniciativa (CUNHA, 1998, p. 26), exemplificada pela intervenção estatal indiscriminada visando a desfragmentar, por meio de decisões compulsórias, os agentes detentores de poder econômico.

Reconhecida a dicotomia entre livre concorrência e livre iniciativa, apregoa-se como escopo das normas antitruste o de balizar tal contradição, por meio da conformação simultânea de tais princípios: de um lado, tutela-se o livre exercício da iniciativa econômica e, de outro, implementa-se um conjunto de políticas e ações dirigidas ao controle preventivo (análise de atos de concentração e controle de preços) e repressivo (coibição das práticas comerciais exercidas em abuso de poder econômico, com vistas a prejudicar o exercício livre da concorrência) do poder econômico³³.

4. Considerações finais

Conclui-se, portanto, que a *livre concorrência* apresenta caráter dúplice: (a) de um lado, na acepção de liberdade de acesso e de permanência no mercado, constitui mero desdobramento do princípio da livre iniciativa; (b) de outro, entretanto, instrumentaliza o controle do exercício da *livre iniciativa* alheia, o que basta ao reconhecimento de sua autonomia como princípio fundamental da ordem econômica positivada pela Constituição de 1988.

³² Essa é também a lição colhida dos escólios de José Afonso da Silva (1996, p. 726): “O desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada, na medida em que a concentração capitalista impede ou estorva a expansão das pequenas iniciativas econômicas”.

³³ Miguel Cunha (1998, p. 35) sustenta que os danos à sociedade provocados pelas práticas restritivas da concorrência foram sentidos com maior vigor exatamente nos países em que o princípio da livre iniciativa foi observado em sua plenitude, devido à pequena intervenção do Estado na economia. Esta seria a razão, sustenta o Autor, para o direito antitruste ter-se desenvolvido, pioneiramente, no Canadá (1889) e nos EUA (1890).

Referências bibliográficas

- BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- CUNHA, Miguel Maria Tavares Festas Gorjão-Henriques da. *Da restrição da concorrência na comunidade europeia: A franquia de distribuição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- DELVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*. Paris: Dalloz, 1998.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- KHEMANI, Shyam (org.). *A framework for the design and implementation of competition law and policy*. Washington: World Bank, OECD, 1999.
- LAUBADÈRE, André de. *Direito público económico*. Tradução de Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.
- MONCADA, Luis Cabral de. *Direito económico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia – introdução ao direito económico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Fundamentos para uma codificação do direito económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial (as estruturas)*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- SHIEBER, Benjamin M.. *Abusos do poder económico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12 ed. S. Paulo: Malheiros, 1996.
- SILVA NETO, Manoel Jorge E. *Direito constitucional económico*. São Paulo: LTr, 2001.

SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1981.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico – O direito público econômico no Brasil*. Edição fac-similar da edição de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VIDIGAL, Geraldo Camargo. *Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.