

# LIBERDADE CONTRATUAL E CONCORRÊNCIA

---

*Oscar Dias Correia*

Este Congresso surge no momento em que as relações contratuais, em geral, sofrem estranho sopro renovador de que não conhecemos a origem, ignoramos o rumo, não sabemos o destino e não nos é dado sondar a nossa sorte, envolvidos e dominados por ele.

Por isso, tudo o que se disser pode ser, vir a ser, ou não ser, nem vir a ser, por menos possível pareça, ou mais provável ou certo aparente ser.

Os contratos, em geral, assumem todas as formas e não seria fácil enquadrá-los em definições e classificações, se impregnados de conteúdo econômico, este varia mais do que a volubilidade dos ventos e, às vezes, com a impetuosidade deles.

A prova provada encontrâmo-la neste momento, quando tomamos conhecimento do Ante-Projeto do “Código Europeu dos Contratos”, que a Academia dos Jurisprivatistas Europeu, sob a coordenação do eminente Prof. Giuseppe Gandolfi, nos apresenta, bastando ler, no art. 2º:

“Art. 2.

*Autonomie contractuelle*

*1 – Les parties peuvent librement déterminer le contenu du contrat, dans les limites imposées para les règles impératives, les bonnes moers et l’ordre public, comme elles sont fixées dans le présent code, dans le droit communautaire ou dans les lois nationales des Etats membres de l’Union européenne, pourvu*

*que par là même les parties ne poursuivent pas uniquement le but de nuire à autrui.*

*2 – Dans les limites de l’alinéa précédent, les parties peuvent conclure des contrats Qui ne son pas soumis à la reglementation du présent code, en particulier à travers la combinaison de types légaux différents et la liaison entre plusieurs actes” (grifo nosso).*

Daí a complexidade do tema que me foi determinado – “Liberdade Contratual e Concorrência” – e minha presença, quando os doutores cuidam do Direito Contratual e do Projeto de Código Europeu dos Contratos, só se explica porque, em priscas eras, fui professor de economia e, depois, tentei ser jurista, no que insisto até hoje, em tentativa que muitos, certamente, considerarão frustra...

E o jurista que não for economista, às vezes se interrogará como se chegou a tamanhas heresias jurídicas; como o economista, que não for jurista, se benzerá ante tão grande afronta às inefáveis leis do mercado!

Desde logo se poderia perguntar até que ponto os dois elementos deli – liberdade contratual e concorrência – existem na economia contemporânea, em face das imprevisíveis reações do mercado.

As alterações profundas da economia mundial, com os blocos regionais e a chamada globalização, de tal modo atingiram a liberdade contratual que ela se põe e existe apenas entre os limites que o mercado dita; e aqui a concorrência não é só fator de igualação de oportunidades e condições, como o elemento impositivo claro e definido que manda fazer ou não fazer, criar ou não, produzir ou não, consumir ou não, contratar ou não.

As modificações e a evolução da teoria do contrato, que os tratadistas explicitam tão bem – e bastaria lembrar a lição do eminente jurista que distingue este Congresso como Presidente de Honra, o Prof. Caio Mário da Silva Pereira – sofrem os impactos da ação que o Estado desenvolve, conforme interfira,

mais ou menos, ou se retire, ou retraia na ação intervencionista em modelo mais ou menos liberal.

E a “nova tipologia contratual” surge, com as transformações jurídicas e econômicas, que levaram Gaston Morin a referir o que Josserand salientava: que todos assistem “ao progresso quantitativo e qualificativo do contrato”, o que se resumiria na reflexão sintética de Caio Mário de que “novos contratantes requerem novas avenças”(III, 377).

E dá a explicação: “Eles não aparecem ao acaso, nem são devidos à imaginação de algum jurista inspirado. Foi a necessidade do tráfico jurídico a sua causa genética”(III, 377).

Fenômenos jurídicos e fenômenos econômicos se aproximam e entrelaçam, para atender às necessidades e conveniências do negócio jurídico. E em todos os ramos do relacionamento o econômico pede ao jurídico que lhe forneça o modelo, a forma, a moldura, que lhe valide a operação realizada consensualmente, para que subsista e se execute como obrigação das partes na normalidade da ordem vigente.

Diria, sem ser especialista, que há contratos de tal qualidade e formato com que não sonha a vã filosofia dos obrigacionistas, por mais os tentem classificar e enquadrar em moldes jurídicos conhecidos ou por nomear, por mais inominados que sejam.

E, ainda aqui, a prova surge no próprio “Ante-Projeto”, ao declarar, art. 3º:

“Art. 3.

*Règles générales et particulières aux contrats*

1 – *Les contrats, soient qu'ils aient une dénomination propre dans le présent code, soient qu'ils n'en aient pas, sont soumis aux règles générales qui sont objet du présent livre.*

2 – *Les règles relatives aux contrats qui ont une dénomination propre dans le présent code s'appliquent par analogie aux contrats qui n'en ont pas*”(grifo nosso).

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, III, 375.

E atendem a que, representando obrigação de partes, devem poder executar-se, e para isso, precisam da proteção do quadro jurídico essencial.

Obviamente que esses contratos (por mais que não o desejam, ou prevejam os códigos) podem servir a duas aspirações: atender à concorrência, ou bular a concorrência.

*Atender*, na medida em que é ela que, no mercado – hoje o grande, instantâneo, instável e incontrolável mercado global – sugere as condições gerais do negócio, sugestões que servem aos que, interessados, se vão obrigar mutuamente, na prestação e contraprestação. E com a grande mutação por que passa o mundo: do mercado restrito, local, para o regional e o nacional e já o ultranacional, continental e o global-mundial, integrado pela comunicação instantânea, e sofrendo a influência de interesses cada vez mais fortemente protegidos por empresas, países, e blocos de países.

*Burlar*, porque é imprevisível, de um lado, a conformação dos contratos, brandos ou ríspidos, conflitos ou autênticas guerras econômicas, e que, muita vez, assumem formas anômalas para burlar vedações; de outro, para burlar as posições da concorrência entre empresas no mercado globalizado, e nações na luta pelo domínio econômico, sendo a liberdade contratual uma imposição sem contornos.

Isso o que vem ocorrendo no mundo nos últimos tempos: a busca afadigada, a todo custo, do poderio econômico, que autoriza enfrentar todos os desafios, venham de onde vierem e do modo como surjam, com as grandes uniões empresariais, as megafusões a que assistimos, e que não têm outro objetivo senão o domínio do mercado globalizado, ou, pelo menos, a luta concorrencial sem desvantagem em face de adversários que não se conhecem, mas que se deve estar preparado para enfrentar.

Nem mesmo as tradicionais diferenças nacionais imperam mais: impõe-se a união de onde quer que venham as forças suscetíveis de, unidas, dominar o mercado, ou influir

relevantemente nele. E põe-se fim ao mercado nacional que, há muito, deixou de existir como realidade, onde apenas alguns produtos gozam da liberdade de ter preços fixados pelas condições da economia local, ainda assim influenciados pela avassaladora pressão dos mercados globais.

Por outro lado, o desaparecimento do socialismo real, que ameaçava com seu poder centralizador e intervencionista (planificador) o reinado dos princípios do livre mercado, levou à liberação geral das forças econômicas que o estado antes controlava, ou dirigia, ou simplesmente, fiscalizava.

E o Estado, que intervinha na formação do contrato, passa a supervisor, ou fiscalizador, só atuando excepcionalmente.

É o caso, então de perguntar-se: e aí, quem disciplinaria esse mercado, coibindo a ação predatória? Que forças poderão impedi-la ou contê-la?

Os mecanismos usuais, conhecidos como, são insuficientes ou ineficazes, e só a própria concorrência se pode a eles contrapor.

E a ação do Estado, ainda que certos limites e matérias, há de ser o freio aos desvios e abusos que se pratiquem, ou intentem praticar-se dentro de sua órbita de poder.

O Estado, como ente considerado soberano – por mais que a soberania esteja hoje comprometida, por acordos, ou insuficiência de meios e forças, e ainda que não apresente condições de enfrentar a luta – há de, pelo menos, dirigi-la.

Os órgãos que o representam hão de atuar como anteparo e obstáculo a esses desvios e abusos. E as leis reguladoras da concorrência, que tiveram nascimento na necessidade de pôr fim, ou impedir, os excessos da concorrência no âmbito nacional, serão agora chamadas a servir de escudo às investidas para-nacionais, alheias, estranhas, fora fronteiras, mais perigosas, porque mais poderosas e não sujeitas ao poder nacional.

Surge assim, no que nos interessa mais de perto, novo objetivo à ação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): criado para a representação às infrações contra a ordem

econômica constitucionalmente definida, o CADE se tem transformado e sua atuação cada vez mais se complexifica a dificulta.

Aliás, a dificuldade não é nossa: além mar, na União Européia, há regras para a concentração econômica e o problema está em aplicá-las e executá-las conforme o Regulamento Geral (4064/89).

O dever de notificação prévia que ali se fixou, aqui se estabeleceu, e seria norma impositiva de defesa da concorrência, que, contudo, nem sempre se efetiva.

Tanto mais quanto as empresas que obedecem, dentro dos respectivos países, à legislação que as controla, liberam-se quando rompem as fronteiras nativas e seu poder se faz tão prepotente e predatório quanto possível às suas forças, ou aos obstáculos que as forças contrárias lhes antepõem.

Assim, se há proibição de abuso da concorrência no interior do país, ou do bloco a que pertencem, não há, visível e oponível, concretamente, fora dele, nas relações com os demais países, do que se aproveitam as grandes empresas para o exercício de sua força e domínio.

Há, por exemplo, proibições de certa natureza às empresas americanas pela lei local, ou do NAFTA, ou às alemãs, pela lei da União Européia. No comércio com o Brasil não há lei geral que as controle e, deixando o âmbito local, exorbitam e extrapolam.

Assim, a defesa da concorrência que antes era preocupação nacional – entre os participantes do mercado nacional, e que poderiam abusar de posição dominante nele – perde substância em face da posição dominante que podem assumir empresas estrangeiras ao chegar ao mercado nacional, em condições de dominá-lo.

E isto só se pode resolver com a aplicação da legislação nacional, pelo órgão próprio nacional, que deve ser suficientemente poderoso para fazê-lo: os organismos internacionais não dispõem de instrumental legal eficiente, nem

força jurídica eficaz para consegui-lo, no âmbito internacional, enquanto o órgão nacional se capacita a cumprir a norma jurídica vigente e, dentro das fronteiras, o consegue.

Se a liberdade contratual e a concorrência são pressupostos do livre mercado, que hoje domina o mundo, o excesso, o desvio, o abuso da liberdade contratual como o da concorrência, ferem, fundamentalmente, o regime do livre mercado e o matam.

Se a liberdade contratual leva ao abuso, há que corrigi-la e trazê-la aos limites da normalidade que a lei prevê para as operações em que há co-obrigados com prestações a cumprir.

Se a livre concorrência leva ao abuso, o Estado tem de intervir, por órgão de sua estrutura, que o coíba, reprima-o, restante a normalidade e puna o que abusou.

Isto se fazia normal e regularmente dentro da organização econômica nacional, interna, com a ação das forças econômicas internas. Agora o mercado se internacionalizou, globalizou. Há que fazê-lo respeitar as normas quando atinge as fronteiras nacionais para que a liberdade contratual não ignore ou mate a concorrência e o livre mercado, para que a concorrência desleal não desobedeça ou mate a liberdade contratual e o livre mercado.

Se não temos a concorrência perfeita, que os clássicos pretendiam existisse, com a atomicidade, a transparência das operações, a mobilidade do mercado, a fluidez, a homogeneidade dos produtos, mas a concorrência monopolística ou imperfeita, com a molecularidade e a viscosidade, desigualdade de condições das empresas e condições de disputa no mercado, impõe-se que o Estado intervenha para corrigir o abuso ou o desvio, quando e se houver e, certamente, haverá.

Para isso, entre nós, há o CADE, que se ampliou para assumir o papel relevante na economia.

A grande questão está em que pelo art. 173, inciso 4º, da Constituição, “a lei *reprimirá* o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

É este o único texto que autoriza, na Constituição de 1988, a intervenção do Estado na ordem econômica, e o faz para *reprimir* o abuso do poder econômico.

Ora, aqui a dificuldade: “*a repressão*, já escrevemos, supõe atividade *posterior, ex-post facto*: atos que, aparentemente, poderiam sugerir abuso do poder econômico, na verdade podem não o caracterizar, quando praticados; e não como *reprimir* o que não seja abuso concreto, definitivo, *real*.”<sup>2</sup>

E repressão há de ser de atos que visem a uma das finalidades expressas e abusivas: a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência, o aumento arbitrário dos lucros.

Acontece que a Lei em vigor (Lei 8884, de 11/06/94) expressamente refere a *prevenção* e a *repressão* às infrações contra a ordem econômica.

Ora, a *prevenção* de infrações é tarefa difícil, se não impossível: é admitir que o agente econômico, ao contratar, já tenha deliberada intervenção de infringir a ordem econômica, nela perseverar e assim aja: como se o agente delituoso se dispusesse à prática do delito, nela permanecesse e devesse então ser chamado à ordem, ou punido, mesmo antes da prática delituosa.

É isso admitir que o agente econômico atue premeditadamente no sentido antieconômico, ou seja, na linha da antilegalidade econômica; e punir a *cogitatio*.

Ora, nem em tese há que aceitar que todos ajam objetivando atender aos limites da lei. E mais: os que não pretenderem respeitá-la não se darão ao trabalho de comunicar à autoridade – seja o CADE, ou outra – que pretendem acatá-la.

Nem o desacato pode ser tomado sempre como intencional: o exercício pode, normal e regularmente, às vezes sem que o agente o perceba, conduzi-lo ao excesso, ao abuso, à ilegalidade.

---

<sup>2</sup> Lei Antitruste (Lei 8884, de 11/06/94) Observações iniciais. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Mário Tácito*, org. por C. A. Menezes Direito, Renovar, Rio, 1997, p. 477.



E o uso do poder econômico é normal, desejável; só o abuso é indesejável e punível.

A lei cria, então, tendo em vista essas circunstâncias, presunções que asseguram, convencionalmente, o limite da legalidade: por exemplo, certas práticas, ainda que normais ou regulares, induzem a ilegalidade; a transposição de certos limites a caracterizam: por exemplo, considera-se posição dominante o controle de mais de 30% (ou 20%, ou o que seja) de mercado relevante, o que é, evidentemente, presunção legal.

De qualquer forma, a atuação dos mecanismos de repressão como CADE podem representar obstáculo à liberdade contratual. E se são necessários como repressão ao abuso, devem ser olhados com especial cuidado quando impostos como prevenção.

Considero o CADE um dos mais importantes órgãos da Administração pública brasileira pela atividade que desenvolve, pela atuação que deve ter no mercado, pelo prestígio de que deve gozar, e pela força impositiva que devem ter suas decisões.

Mas, temo sua atuação preventiva e não compreendo como possa desenvolver-se sem intervir inaceitavelmente na vida das empresas.

O art. 54, inciso 1º da lei 8884/94, por exemplo, representa, sem dúvida indébita interferência no planejamento e atuação da empresa e abre suas entranhas, no mais íntimo, ao conhecimento do CADE, o que não é razoável, nem possível:

I – transfere ao órgão decisão fundamental de fazer ou não fazer, que só pode ser da empresa;

II – expõe elementos internos fundamentais que constituem segredo e arma de sua atuação;

III – submete seu destino à apreciação de órgão estranho à sua vida e ao seu controle.

O desdobramento da ação do CADE, como previsto, representa a entrega do destino da empresa à sua discricção. Demais disso, os critérios são os do órgão, tendo em vista os dados de que dispõe e que lhe são apresentados, e que não serão nunca os

que informam, na sua tradição, a vida da empresa, e os que a compõem ou dirigem, cada qual com sua experiência e tirocínio.

Principalmente agora, com a globalização dos mercados, a tendência evidente à concentração, a necessidade que as empresas nacionais têm de preparar-se para o enfrentamento da concorrência que vem de fora, e com todas as vantagens: financeiras, econômicas e, sobretudo, tecnológicas. Nessa hora, opor limites à concentração, em todos os casos, tendendo a dominação do mercado interno, é abrir caminho a dominação pelo invasor externo, não preso às mesmas limitações, nem temendo a repressão imediata.

Aliás o CADE não pode deixar de estar atento à entrada no País das empresas transnacionais que como megaempresas o invadem e o tomam de assalto.

Costumo dizer e repito que sou neoliberal: acredito na livre iniciativa, na livre concorrência, no livre mercado, *na liberdade*, em uma palavra. Mas, não sou desatento que não veja, ante abusos ou desvios, ou o ataque indiscriminado, incontrastável, incontrolável, sem escrúpulos ou limites dos invasores, há que opor-lhes as restrições que o Estado tem o direito e o dever de opor aos que o querem dominar e submeter, se foi criado pela sociedade para valer-lhe no perigo.

Em síntese, a teoria enuncia o princípio, mas só a prática fixa, estabelece e resolve os limites da aplicação: a concorrência e a liberdade contratual andam associadas, não vivem apartadas uma sem a outra, mas podem matar-se mutuamente, se não se respeitam e entendem.

O Estado, que existe para resolver os problemas que a vida em sociedade cria, e só por isso e para isso existe, está aí para resolvê-los, da melhor maneira para todos. Com o consentimento de todos, em normas que os representantes de todos fixem. O que tudo, se não parece, deve ser tido como o melhor e como verdade, já que esse é o nosso regime democrático, que, se não é perfeito, como se disse, ainda não se inventou outro melhor!

Concluindo: preserve-se a liberdade contratual, que é pressuposto e pressupõe a concorrência, que, ambas, são fundamento do livre mercado, que hoje (pelo menos) impera no mundo.

Mas não se retire do Estado o direito-dever de coibir abusos e desvios, o que não significa que possa, intervindo na vida da empresa, substituir-se a ela na tomada das decisões e fixação de rumos, dela extorquindo prévio compromisso de obediência.

Preserve-se a ação do Estado, mas como órgão de fiscalização e repressão de abusos. Não de prévia consulta para estabelecimento de metas específicas e delimitação de rumos: se não arcar com os riscos da ação da empresa, não tem como intervir nela para a assunção de responsabilidades.