

As três vertentes do Direito da concorrência¹

Isabel Vaz²

Sumário: 1. Introdução. 2. A primeira vertente do Direito da concorrência. 3. A segunda vertente do Direito da concorrência. 4. A terceira vertente do Direito da concorrência.

1. Introdução

A abordagem proposta pressupõe a aceitação de que o Direito da concorrência constitui um dos mais importantes ramos do Direito econômico, considerado como a disciplina jurídica que tem por objeto imediato a regulamentação das medidas de política econômica adotadas pelo Estado.

Não são desconhecidas as tentativas, entre os comentaristas brasileiros, no sentido de classificar as leis de defesa da concorrência como parte de um Direito penal econômico³. Também por parte dos doutrinadores estrangeiros, essa teoria encontra adeptos. Entre os mais destacados, está Enrique R. Aftalión, autor de importante obra, *Derecho Penal Económico*, que teria influenciado os juristas brasileiros. Importa lembrar os autores do Projeto de Código Penal argentino, J. Coll e Eusebio Gómez, bem como as propostas da Comissão de Reforma do Direito Penal da Alemanha e, ainda, a legislação e a jurisprudência norte-americanas, nas quais Nelson Hungria admitiu ter-se inspirado, ao elaborar Projeto que se transformaria no Decreto-Lei nº 869/38, considerada por muitos a primeira lei antitruste brasileira⁴.

-
- (1) Palestra proferida na 27ª Reunião do Fórum Permanente da Concorrência – FPC, realizada no CADE em 3 de abril de 1997.
 - (2) Professora Adjunta de Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFMG e Ex-Conselheira do CADE.
 - (3) Veja-se, entre nós, FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao Direito da Concorrência. *Revista de Direito Econômico*. Brasília, nº 21; out./dez. 1995, pp.75-120. Em obra mais antiga: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder econômico: exercício e abuso*. São Paulo, Ed. RT, 1985, p. 3 e *passim*.
 - (4) Consulte-se, ainda, SHIEBER, Benjamin. Abusos do poder econômico. *Direito e experiência antitruste no Brasil e nos Estados Unidos*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1966, pp. 2, 3 e ss. FRANCESCHINI, *Poder Econômico*, cit.

O saudoso e ilustre Ministro salientara que aquela lei tivera dois objetivos, defender a economia popular contra os delitos econômicos e promover a defesa da concorrência⁵.

Em outra oportunidade, o Ministro Nelson Hungria conceituara o abuso do poder econômico como “qualquer ação tendente a eliminar ou entravar a livre concorrência, com o fim ou para o fim de dominação do mercado e obtenção de lucros anormais”⁶.

Embora até os dias atuais o conceito permaneça válido, aquela legislação fora concebida em um outro contexto histórico e político, para ser aplicada em outras circunstâncias e por um Tribunal de Segurança Nacional. A preocupação com o nacionalismo era visível e ela se expressava desde o art. 148 da Constituição de 1946, que, ao determinar à lei que reprimisse toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, referia-se às que tivessem “...por fim dominar os mercados *nacionais*...” (sem destaque no original).

Aquelas expressões eram uma clara alusão ao receio de que as grandes empresas multinacionais passassem a exercer um controle indevido sobre as atividades econômicas no país. De qualquer modo, existem fortes argumentos para se acreditar que a atual legislação de proteção da concorrência possui uma natureza instrumental, está inserida no Título da Constituição que estabelece os princípios gerais das atividades econômicas e não poderia ter caráter de lei penal, porquanto elaborada para ser interpretada e aplicada por uma autarquia, um órgão administrativo, pertencente à esfera operacional do Ministério da Justiça.

A lei antitruste norte-americana possui dispositivos de natureza penal, que permitem a aplicação da pena privativa da liberdade. Mas nos EUA, o processo é misto, administrativo e judicial, o que não ocorre no Brasil.

Por outro lado, quando se examinam os termos das leis de proteção da concorrência, verifica-se que o discurso adotado pelo legislador não se coaduna com os princípios gerais informadores do Direito penal, tais como a *reserva legal* e o *hermetismo* dos tipos penais, de modo a não admitir a aplicação analógica da lei. Como as atividades econômicas – campo de incidência das leis em apreço – são dinâmicas por natureza, o Estado jamais conseguiria coibir abu-

(5) HUNGRIA, Nelson. *Dos crimes contra economia popular*. Rio de Janeiro, Livraria Jacinto, 1939, p. 16, *apud* FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, *Legislação Brasileira Antitruste*. São Paulo, 1986, p. 76.

(6) Cf. depoimento prestado em 03.02.1956, na Câmara dos Deputados, na 2ª fase da discussão do Projeto nº 122/1948 e transcrito por FRANCESCHINI, José Inácio, *op. loc. cit.*

tos correntemente verificados se não pudesse recorrer à analogia, na falta de tipificação expressa de um delito econômico.

“Os princípios diretores da legislação penal são informados por valores distintos daqueles aplicáveis à legislação sobre a concorrência empresarial. Enquanto os primeiros dizem respeito à vida e à liberdade humanas, os segundos regem a conduta dos agentes econômicos. Enquanto a legislação penal deve obediência ao princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), as leis sobre a concorrência não podem prescindir de uma certa flexibilidade, necessária ao acompanhamento do dinamismo inerente às atividades econômicas. Este dinamismo e esta flexibilidade encontram-se no Direito econômico, muito mais do que no Direito penal.”⁷

Demais disso, o Estado precisa de instrumentos flexíveis, maleáveis e dinâmicos para realizar suas políticas econômicas e o Direito penal não dispõe dos meios necessários para tal empreendimento.

Inserido no contexto da ordem econômica, o princípio da livre concorrência possui um comprometimento inafastável no sentido de permitir ao Estado realizar ou contribuir para a realização de seus objetivos fundamentais, que são atribuídos à República Federativa do Brasil pelo art. 3º da Constituição Federal:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É nesse contexto que deve ser analisado e aplicado o Direito da concorrência. É por essas razões, principalmente, que ele não cabe nas limitações de um Direito penal econômico; é por essas razões, que ele deve estar compreendido em suas três vertentes.

2. A primeira vertente do Direito da concorrência

Essa primeira abordagem conduz o intérprete da legislação brasileira de defesa da concorrência a situar a matéria no âmbito da Constituição Fede-

(7) VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993; p. 271.

ral, de acordo com uma abordagem principiológica, mas que logo encontra as suas condições de concreção no campo do Direito econômico. Esta disciplina, segundo a divisão proposta por Bernard Chenot⁸, comporta um aspecto *regulamentar*, formado pelas leis, regulamentos e normas, em geral; e um aspecto *institucional*, composto das entidades e instituições que o Estado cria para possibilitar a implementação daquelas leis. Assim, para Chenot, o Direito público econômico se divide em Direito econômico regulamentar e Direito econômico institucional.

Essas entidades, o regulamento e a instituição resumem, assim, os mecanismos de que se vale o Estado para atuar sobre o domínio econômico, por meio das formas que escolher: seja direta, seja indiretamente. Se optar pela intervenção direta no domínio econômico, o Estado poderá criar instituições e entidades como as sociedades de economia mista e as empresas públicas para realizar as suas políticas nos diferentes setores da economia.

Ao escolher uma atuação indireta, o Estado terá à sua disposição todo um arsenal de leis e de regras jurídicas que lhe permitirá, na forma do art. 174, caput, da Constituição vigente, por exemplo, como agente normativo e regulador das atividades econômicas, exercer as funções de incentivo, fiscalização e planejamento das atividades econômicas.

Para que possa *fiscalizar* as atividades econômicas no mercado, o Estado promulga leis como a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que, segundo os dizeres de sua ementa, "...transforma o CADE em autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica...".

Aqui se tem a medida, os limites, os objetivos, as dimensões e os condicionamentos do Direito da concorrência.

Tem-se, também, a mais pura expressão e a manifestação mais formal de que a *mens legis* foi situar o Direito da concorrência no plano do Direito econômico. O instrumento legal, a Lei nº 8.884/94, enquadra-se na categoria do Direito regulamentar econômico, enquanto a autarquia, o CADE e a Secretaria de Direito Econômico – SDE irá figurar no plano do Direito institucional econômico. As duas entidades estão plenamente capacitadas e legalmente autorizadas para acompanhar o dinamismo dos fatos econômicos e para contribuir para a implementação das medidas de política econômica que o Estado deve adotar.

(8) Cf. verbete "Droit public économique". In: ROMEUF, Jean. *Dictionnaire des Sciences Économiques*. Paris, 1958, P.U.F., pp.420-423.

Cabe agora analisar as conseqüências do discurso adotado pelo legislador ao afirmar que a Lei nº 8.884/94 tem como escopo prevenir e reprimir as infrações contra a *ordem econômica*.

Nessas expressões estão contidas as verdadeiras limitações ao instituto jurídico da livre concorrência. A ordem econômica, no entendimento do Professor Raul Machado Horta, é o "...conjunto de regras constitucionais reguladoras da atividade econômica"⁹. De acordo com o Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, a ordem econômica pode ser definida "...como aquele conjunto de princípios estabelecidos pela Constituição e que tem por objetivo fixar os parâmetros da atividade econômica, coordenando a atuação dos diversos sujeitos que põem em prática aquela mesma atividade"¹⁰. Assinala o mesmo autor que ao conjunto daqueles princípios costuma-se dar o nome de constituição econômica, salientando estar a mesma intrinsecamente ligada à constituição política, formando, com esta última, uma unidade indissociável¹¹.

Para outros autores, assim como se tem uma constituição política, destinada a conter e a delimitar o exercício do poder político, tem-se também uma constituição econômica que define os direitos, as garantias e as limitações impostas aos agentes econômicos públicos e privados no exercício das atividades produtivas.

Os agentes econômicos, quer pertençam à primeira, quer se filiem à segunda categoria, subordinam-se àqueles princípios constitucionais insculpidos no art. 170 e seus diferentes incisos.

Entre esses princípios figura, é claro, o da "livre concorrência", como corolário da "livre iniciativa", a ser respeitado não apenas pelos agentes econômicos privados, mas figurando como uma barreira à atuação invasiva do Estado, por força do disposto no inciso IV do art. 1º da Constituição. Na verdade, a "livre iniciativa e a valorização do trabalho humano" constituem fundamentos da República Federativa do Brasil, que se constitui em "Estado Democrático de Direito", por força da disposição inafastável acima descrita.

Retornando-se aos princípios constitucionais informadores da atividade econômica, cumpre lembrar, já que a Lei nº 8.884/94 é, por definição legal, de

(9) HORTA, Raul Machado Horta. *Estudos de Direito constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 286.

(10) FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 86.

(11) FONSECA, op.loc. cit..

proteção da ordem econômica, e não apenas da livre concorrência, que existem outros valores dotados da mesma hierarquia e que podem, por vezes, implicar restrições à concepção da concorrência como um valor absoluto. Assim, ocorre, por exemplo, com os princípios da “redução das desigualdades regionais e sociais” e da “busca do pleno emprego” (incisos VII e VIII, respectivamente, do art. 170 da CF/88).

A *racionalidade econômica* e a *eficiência*, valores tão caros ao universo da Ciência Econômica e, às vezes, condições tidas como essenciais para a competitividade da empresa, ou mesmo para legitimar uma certa situação, tal como dispõe o § 1º do art. 20 da Lei nº 8.884/94, podem acarretar ofensa ao disposto naqueles dois incisos acima indicados. Em nome da livre concorrência, acreditam alguns, toda ação que assegurar eficiência à empresa e conquista de maiores fatias de mercado, em um mundo castigado pelos ventos da globalização, encontraria amparo e justificação assegurada.

No entanto, uma concepção de Estado Democrático de Direito, tal como propõe o constituinte, impõe a consideração e o respeito a todos aqueles valores jurídicos que compõem o quadro normativo para o exercício das atividades econômicas.

Caso haja necessidade de fazer prevalecer um princípio em detrimento de outro, o critério poderia ser buscado nas diretrizes de política econômica, que ao Direito econômico incumbe regulamentar. Assim ocorreu no Brasil, por exemplo, quando, por inspiração do I Plano Nacional de Desenvolvimento, cujas diretrizes foram aprovadas pela Lei nº 5.727, de 4 de novembro de 1971, foram estimuladas a fusão e a concentração de empresas, não obstante já estivesse em vigor a Lei nº 4.137 de 1962, teoricamente contrária a tal movimento.

Conforme salienta, com acerto, a Professora Neide Malard¹², o Governo, por meio da concessão de incentivos fiscais e da criação de uma entidade, a COFIE – Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas, favorecia as concentrações de capital, como medida de fortalecimento da economia nacional. A análise dos requerimentos de fusão era feita pelo Ministro da Fazenda, que somente lhes concedia os benefícios fiscais se as fusões e as incorporações fossem consideradas de interesse para a economia nacional.

Episódios como este demonstram que o interesse da economia nacional representou fator preponderante na tomada de decisão por parte do Estado,

(12) MALARD, Neide. *Concentração de empresas: livre concorrência e limites à liberdade de iniciativa*. Dissertação de mestrado apresentada à UnB, em 02.03.97, pp. 241 e ss.

pois que, como anota ainda a Professora Neide Malard, aquele Plano tinha por objetivo fortalecer a competitividade da indústria nacional, sendo necessário dotar os principais setores produtivos de novas e mais eficientes estruturas, para se tornarem capazes de absorver e assimilar a moderna tecnologia industrial. Para atingir aquele desideratum a solução encontrada foi uma parceria entre os setores público e privado, responsabilizando-se o Estado pelo fornecimento dos insumos essenciais ao desenvolvimento da indústria, a preços competitivos com aqueles praticados no mercado internacional¹³.

Mesmo sem se adentrar o mérito daquelas diretrizes, elas servem de suporte à convicção de que o exercício das atividades econômicas – ou a ordem econômica que a Lei nº 8.884/94 há de proteger – subordina-se aos fins estabelecidos no *caput* do art. 170: “...assegurar a todos assistência digna, conforme os ditames da justiça social...”.

Esta seria, no plano interno, a primeira vertente do Direito da concorrência.

3. A segunda vertente do Direito da concorrência

Essa abordagem direciona a atenção do estudioso para as questões ligadas à regulamentação da concorrência no plano do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL.

A imensidão da tarefa dos artífices do MERCOSUL pode ser comparada ao trabalho de se criar um novo Estado, com todas as regulações que isso implica, em termos de ordenamento e de instituições sociais, com agravante de que todos eles já possuem ordem política, jurídica, social, econômica e cultural. Trata-se, pois, de procurar harmonizar, em torno das metas da integração regional, as normas existentes em cada país-membro. Mas será preciso respeitar os seus valores fundamentais, procurando criar uma convicção da necessidade da união de todos em torno de objetivos maiores, quais sejam, a ampliação das dimensões dos mercados nacionais, como condição fundamental para acelerar o processo de desenvolvimento econômico com justiça social¹⁴.

Trata-se de missão extremamente difícil, pois se reconhecemos ao Brasil as prerrogativas de fixar, por meio de diretrizes de política econômica, a conveniência e a oportunidade na tomada de certas posições, cada Estado-Parte no MERCOSUL terá o mesmo direito; porém, os interesses da economia nacional de cada um, poderão não coincidir exatamente com os interesses

(13) MALARD, op. cit., p. 242.

(14) Cf. o primeiro “considerando” do Tratado de Assunção, de 23.06.91.

do Bloco. Isso é facilmente demonstrável, em razão dos diferentes níveis de desenvolvimento de cada um, da natureza de suas atividades econômicas e de uma série de fatores que compõem a individualidade de cada Estado-Parte. Somente uma forte convicção nos benefícios da integração regional poderá conduzir a bom êxito as negociações tendentes à consolidação do MERCOSUL.

No caso da livre concorrência, devido à novidade que o tema apresenta, em termos de criação de normas comuns aplicáveis aos agentes econômicos, a exposição se limitará ao levantamento de algumas questões que irão exigir reflexões mais aprofundadas posteriormente.

Nos termos do art. I do Tratado de Assunção, a implantação do Mercado Comum implica, entre outros requisitos, a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, por meio de medidas como a eliminação dos direitos alfandegários e das restrições não tarifárias. Ampliando-se para o âmbito do MERCOSUL a noção de mercado e tomando-se como condição da livre concorrência a possibilidade que devem ter os agentes econômicos de entrar e de sair livremente de um mercado, a circulação de mercadorias, de pessoas e dos demais fatores de produção deve ser garantida.

Para que isso ocorra, comprometem-se os Estados-Partes do MERCOSUL a promover a coordenação das políticas macroeconômicas e setoriais de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e de comunicações como meio de assegurar aquelas condições adequadas de concorrência no território dos países do MERCOSUL. É o que determina o penúltimo parágrafo do citado art. I do mencionado Tratado de Assunção. Disposição semelhante consta no primeiro considerando do "Protocolo de Defesa da Concorrência no MERCOSUL"¹⁵.

Nos termos do documento em apreço, compete aos Estados-Partes assegurar ao exercício das atividades econômicas, em seus territórios, iguais condições de livre concorrência. Da consolidação de um ambiente concorrencial no espaço integrado do MERCOSUL dependerão o crescimento equilibrado e harmônico das relações comerciais intrazonais e o aumento da competitividade das empresas localizadas na região.

Tal como acontece na União Européia, em matéria de concorrência, compete exclusivamente a cada Estado-Parte a regulação dos atos praticados no respectivo território e cujos efeitos a ele se restrinjam. É o que determina o

(15) MERCOSUL/CMC/DEC Nº 18/96.

art. 3º do “Protocolo de Defesa da Concorrência no MERCOSUL”. A regra vale para os atos praticados por pessoa física ou jurídica de direito público ou de direito privado, ou por qualquer outra entidade domiciliada no território do Estado-Parte.

Quer isto dizer que a competência para a aplicação das “normas comunitárias” por parte da “Comissão de Comércio do MERCOSUL” e do “Comitê de Defesa da Concorrência” (previstos nos arts. 8º e 9º do “Protocolo”) somente se patenteará se os efeitos da conduta ou do ato anticoncorrencial ultrapassarem as fronteiras de um Estado-Parte. Nos demais casos, cada Estado-Parte permanecerá competente para aplicar sua legislação interna.

Importa notar que, assim como se defendeu, no plano interno, a consideração pelos interesses da economia do país, que nem sempre coincidem com os pressupostos da livre concorrência, há que considerar-se, no âmbito do MERCOSUL, os interesses da economia do Bloco.

Da mesma forma que, no Brasil, em razão de medidas de política econômica expressas em um PND, os valores concorrenciais puros foram, em certa medida, e durante certo tempo, postergados, os aplicadores da lei de proteção da concorrência no MERCOSUL não podem perder de vista os princípios fundantes da implantação do Mercado Comum. Nessa categoria podem ser incluídos:

- o desenvolvimento econômico com justiça social;
- o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis;
- a preservação do meio ambiente;
- a observância dos princípios da gradualidade, flexibilidade e equilíbrio;
- a adequada inserção de cada país no contexto internacional;
- a necessidade de promoção do desenvolvimento científico e tecnológico dos Estados-Partes;
- a modernização de suas economias para ampliar a oferta e a qualidade dos bens e serviços disponíveis, a fim de melhorar as condições de vida de seus habitantes; e
- o estabelecimento das bases para uma união cada vez mais estreita entre os povos da região.

Esses princípios e considerações constam da parte introdutória do Tratado de Assunção e devem ser compreendidos como elementos condicionado-

res do exercício das atividades econômicas e como balizas para a interpretação e a aplicação do Direito da concorrência.

Não obstante a delicada questão do significado da soberania para os Estados-Partes, os princípios informadores do Tratado de Assunção devem funcionar para os seus signatários como funcionam os chamados *princípios constitucionais maiores* para cada ordenamento jurídico, assegurando-lhe aquela harmonia interna de que falava Geraldo Ataliba¹⁶:

“Esta (harmonia) se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios, que, de seu lado, repousam em princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores¹⁷”.

Se, no Direito interno de cada país, o exercício das atividades econômicas deve obedecer aos superiores interesses da economia nacional, no plano do MERCOSUL o Direito da concorrência deve servir também para o atingimento e a conquista daqueles direitos econômicos, sociais e culturais cuja concreção inspirou a assinatura do Tratado de Assunção e a constituição de um espaço econômico ampliado.

Esta é, a meu ver, a segunda vertente do Direito da concorrência.

4. A terceira vertente do Direito da concorrência

Quando se analisa o Direito comunitário da concorrência, bem como as diretrizes fixadas pelas autoridades que o aplicam, a Comissão e o Tribunal de Justiça, percebe-se a enorme flexibilidade de critérios adotados e a prevalência das medidas de política econômica de interesse da comunidade.

No plano regulamentar, verifica-se que os arts. 85 a 94 do Tratado de Roma compõem-se de normas principiológicas, que conferem um vastíssimo poder de arbítrio ao encarregado de sua aplicação. O Tratado não exprime uma posição oficial sobre o que seja, por exemplo, posição dominante, delegando a prerrogativa à Comissão da Comunidade Européia. Para contornar os inconvenientes do excesso de poder, tanto a Comissão quanto o Tribunal de Primeira Instância recorrem aos princípios gerais do Direito e às medidas de política econômica.

(16) ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, pp. 5 e 6

(17) ATALIBA, op. loc. cit.

Comentando tal circunstância, Juan Ignacio Font Galán entende que essas prerrogativas podem transformar-se em instrumento de controle das concentrações econômicas para ser manejado de acordo com a política econômica e de concorrência da comunidade, ficando assim alterada, em boa medida, a genuína função reguladora das atividades empresariais em situação de domínio no mercado que o legislador europeu atribuiu a esse preceito¹⁸.

Também Marie-Angèle Sanson-Hermitte reconheceu que a qualificação de um fato como infração ou não decorre não mais diretamente e apenas das disposições do Tratado de Roma, mas também dos critérios propostos pela Comissão, entre os quais preponderam as razões de natureza político-econômica¹⁹.

O Direito comunitário europeu resulta de uma zona de solidariedade estreita de um ponto de vista ao mesmo tempo político e econômico²⁰.

Trata-se, assim, de um Direito em que se nota uma indissolúvel vinculação entre o político, devido à opção exercida pelos fundadores da comunidade; o econômico, porque o objetivo visado, como o próprio nome indica, foi criar uma comunidade essencialmente econômica; e o jurídico, porque a organização da Comunidade Econômica Européia – hoje União Européia – encontra seus fundamentos e sua normatividade nos instrumentos jurídicos multilaterais que constituem o arcabouço legal da entidade²¹.

Em termos práticos, isso significa que o Direito da concorrência no âmbito da União Européia não segue estritamente as regras típicas de uma economia de mercado, nem obedece os pressupostos teóricos da livre concorrência.

Um exemplo marcante do que se afirma pode ser encontrado no setor agrícola, entregue, desde a realização da Conferência de Stresa (Itália), em 1957, à Política Agrícola Comunitária – PAC. Logo foi criada uma entidade para pôr em prática as políticas estabelecidas pelo Parlamento Europeu para o setor agrícola, tendo em conta que cada país-membro renunciara, em parte à sua soberania, no tocante à elaboração de políticas agrícolas individuais. Surgiu, assim o Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola – FEOGA, ór-

(18) FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid, Editorial Tecnos, 1987, pp. 41-44. Trad. livre.

(19) SANSON-HERMITTE, Marie Angèle. *Droit européen de la concurrence: cohérence économique et sécurité juridique*. Dijon, Librairies Techniques, 1981, pp.295-296

(20) LINOTTE, D. e MESTRE, A. *Services Publics et droit public économique*. Paris, Librairies Techniques, 1982, p. 16.

(21) VAZ, Isabel. op. cit., pp. 136-137.

ção por meio do qual a UE financia os custos do mercado agrícola comum. Segundo informa Klaus Dieter-Borchardt, a maior parte da legislação comunitária refere-se ao domínio agrícola, ao qual se destinam mais de dois terços de todo o orçamento comunitário²².

Além do financiamento da produção, os agricultores europeus se beneficiam de uma política de intervenção no mercado agrícola altamente paternalista e protecionista. Os preços dos produtos são fixados pelas autoridades da União Européia, de modo a remunerar os produtos; se os preços definidos não são alcançados, entidades oficiais intervêm no mercado e adquirem os produtos, de modo que o escoamento da safra a preços remuneradores fica assegurado. Se algum produtor de fora da UE tenta introduzir suas mercadorias, ali, são aplicadas sobretaxas que anulam toda a competitividade que o produto estrangeiro poderia apresentar.

Essas técnicas são descritas pelo autor citado, que salienta ainda, a “execução de uma política de preços orientada para o mercado” segundo a qual as perdas de rendimento dos agricultores seriam “recuperadas por meio do pagamento de compensações monetárias” cuja incidência seria definida pelas autoridades comunitárias²³.

Além dos exemplos retirados das estratégias adotadas para o setor agrícola, existem outros casos emblemáticos, que demonstram a natureza instrumental e a relatividade atribuída pelos chamados países industrializados ao Direito da concorrência. Mais importante do que manter o Estado afastado das atividades econômicas, como querem que faça o Brasil, é usar as atividades econômicas, segundo as potencialidades de cada setor em benefício dos interesses sociais. Se o importante é prover a UE de alimentos a baixo custo, motivando os agricultores a exercer a sua profissão de modo rentável e até mesmo lucrativo, vivam os subsídios, o protecionismo, as intervenções e todas as ajudas oficiais que se fizerem necessárias.

O que ocorre na União Européia acontece também nos Estados Unidos, em termos de subsídios e de protecionismo, em diversos outros setores julgados relevantes para a economia daqueles povos. O Direito da concorrência é exaltado enquanto tiver uma função útil às políticas públicas de cada povo.

(22) BORCHARDT, Klaus-Dieter. A unificação européia - criação e desenvolvimento da Comunidade Européia. 3 ed. *Série Documentação Européia*. Luxemburgo, Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1990, p. 46 apud VAZ, op. cit., p.231.

(23) BORCHARDT, op. cit., p. 49.

Esta é a terceira vertente do Direito da concorrência, que nos faz retornar à primeira abordagem. No Brasil o princípio constitucional da livre concorrência deve estar subordinado aos superiores interesses da nação e aos ditames constitucionais, que prescrevem um sentido teleológico a qualquer atividade econômica. É assim que elas devem ser entendidas, mesmo quando arejadas pelo sopro renovador de uma competição sadia e benfazeja.