



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
EMANUELLY VIDAL DO NASCIMENTO

**A LIVRE CONCORRÊNCIA COMO PRINCÍPIO DA ORDEM
ECONÔMICA.**

Fortaleza – Ceará
2007



Universidade Federal do Ceará

Emanuely Vidal do Nascimento

A livre concorrência como princípio da ordem econômica.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do diploma de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Raimundo Bezerra Falcão

Fortaleza- Ceará

2007

EMANUELLY VIDAL DO NASCIMENTO

**A LIVRE CONCORRÊNCIA COMO PRINCÍPIO DA ORDEM
ECONÔMICA.**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do diploma de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ / ____ / _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Raimundo Bezerra Falcão (Orientador)
Universidade Federal do Ceará

Prof. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará

Francisco Pereira Torres
Defensor Público do Estado do Ceará

Dedico o presente trabalho primeiramente ao Pai, Criador do mundo, de todos os seres vivos e dos recursos naturais. Também à minha família e aos meus amigos por terem sempre contribuído com meu desenvolvimento. Em especial à minha querida avó Rosalba que, embora não mais presente entre nós, certamente participa de todos os momentos da minha vida, seja devido ao legado de suas lições, seja através de cada característica sua que se manifesta em mim.

AGRADECIMENTOS

A Deus que permitiu minha chegada até aqui, proporcionando a existência de tudo aquilo de que tenho necessitado, bem como por ter guiado meus passos rumo ao caminho do bem e do amor.

A minha mãe e irmãos, principal amparo nas horas mais difíceis, companheiros e testemunhas de todo o esforço.

Aos meus avós tios e primos que fazem cada dia da minha vida mais feliz. Especialmente ao Tio Jorge, tão carinhoso e atencioso e às crianças: Jorge Luis, Thiago, Letícia e Gerardo Neto, sempre presentes, responsáveis pelos atuais momentos de meninice e de muita ternura.

Aos amigos, por dividirem as alegrias e tristezas, por me proporcionarem histórias inesquecíveis e pela segurança e proteção sempre desprendidos, em especial à querida Tatiana, quem mais se preocupou com a execução deste trabalho.

Aos companheiros de trabalho pelo apoio e compreensão.

A todos os funcionários e professores da Faculdade de Direito da UFC por contribuírem com a preservação de tão importante estabelecimento de ensino cearense e pelo carinho e atenção dedicado aos alunos e demais freqüentadores do local.

Ao Professor Falcão que tão gentilmente se dispôs a auxiliar no curso desta jornada científica, pela atenção e generosidade em partilhar seu tempo, suas experiências e seu conhecimento.

Aos mestres que tive ao longo da vida e a todos os outros que de alguma forma depositaram uma parcela de auxílio e conhecimento usados não só neste trabalho, mas em todo caminho já vivido e no que ainda há de se viver.

O direito é um meio para a realização da paz social e não instrumento de satisfação de interesses puramente individuais.

Tobias Barreto

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo principal de realizar um estudo jurídico do princípio constitucional da livre concorrência, o qual encontra-se insculpido ao longo do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu inciso 'IV'. Situa-se no capítulo referente aos "Princípios Gerais da Atividade Econômica", da seção da Constituição atinente à "Ordem Econômica e Financeira". A abordagem utilizada, contudo, não se atém exclusivamente aos aspectos relacionados ao Direito Constitucional, mas, principalmente, ao que concerne o ramo da ciência jurídica denominado Direito Econômico. A apreciação da ideologia que baseia o princípio em comento e seus reflexos nos ditames econômicos, bem como a acepção em que o referido preceito deve ser entendido, sua função e os efeitos de sua aplicação correspondem aos principais pontos explorados nesta obra. A importância do princípio também é ressaltada, na medida em que se evidencia a necessidade de sua utilização nas relações econômicas, principalmente, tendo em vista os efeitos maléficis da concentração empresarial, cuja mais evidente consequência corresponde à temerária concentração de poder econômico. É exatamente o malfadado abuso de poder econômico (consectário da referida concentração) que o princípio visa evitar, combatendo, mais especificamente, os diversos prejuízos à sociedade ocasionados em virtude de eventual abuso. A função protecionista do princípio da livre concorrência, assim como o seu encadeamento com os demais princípios que servem à estrutura na qual se edifica o ordenamento jurídico pátrio, adicionadas às modalidades de defesa e promoção da livre concorrência e à atuação dos órgãos institucionalmente criados com este fim, encerram o conteúdo pesquisado.

Palavras-chave: Direito Econômico. Direito Concorrencial. Ordem jurídico-econômica. Livre concorrência.

LISTA DE SIGLAS

AGU – Advocacia Geral da União

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

CF – Constituição Federal

EUA – Estados Unidos da América

GATT – Acordo Geral de Tarifas e Comércio

Mercosul – Mercado Comum do Sul

MJ – Ministério da Justiça

MP – Ministério Público

OMC – Organização Mundial do Comércio

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE – Secretaria de Direito Econômico

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

UE – União Europeia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ECONOMIA E A ORDEM ECONÔMICA	15
2.1 Teoria Econômica	15
2.1.1 Antecedentes doutrinários.....	15
2.1.2 Liberalismo.....	16
2.1.3 Socialismo e dirigismo.....	18
2.2 Sistemas Econômicos	21
2.3 Da ordem econômica	24
2.3.1 Etimologia da expressão Ordem Econômica	25
2.3.2 Ordem Econômica e Constituição Econômica	27
2.3.3 Previsão constitucional de uma ordem econômica	28
2.3.4 Princípios e fundamentos da Ordem Econômica positivados	31
2.3.4.1 Princípio da soberania.....	32
2.3.4.2 Princípio da propriedade privada.....	33
2.3.4.3 Princípio da função social da propriedade	33
2.3.4.4 Princípio da livre concorrência	33
2.3.4.5 Princípio da defesa do consumidor	34
2.3.4.6 Princípio da defesa do meio ambiente.....	34
2.3.4.7 Princípio da redução das desigualdades regionais e sociais.....	35
2.3.4.8 Princípio da busca do pleno emprego.....	35
2.3.4.9 Princípio do tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte	35
2.3.5 Fundamentos da ordem econômica e a dignidade da pessoa humana	36

3 DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA	38
3.1 Princípios.....	38
3.1.1 Classificação	39
3.2 O Princípio da Livre Concorrência na Ordem Econômica Brasileira.....	40
3.2.1 Conceito de concorrência.....	40
3.2.2 Princípio da Livre Concorrência: conceito e seu embasamento doutrinário	42
3.2.3 Evolução do Princípio da Livre Concorrência.....	44
3.2.4 A livre concorrência na Ordem Econômica e os princípios decorrentes ...	47
3.3 Princípio da Livre Concorrência e Intervenção do Estado no Domínio Econômico: limitação ou garantia de liberdade?	49
3.4 O Princípio da Livre Concorrência e sua relação com o fundamento da Ordem Econômica: a Livre Iniciativa	53
3.5 Funções e efeitos benéficos da aplicação do Princípio da Livre Concorrência	56
4 DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA.....	60
4.1 Órgãos de defesa.....	60
4.1.1. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC	60
4.1.2 Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.....	60
4.1.3 Secretaria de Direito Econômico - SDE	62
4.1.4 Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE.....	64
4.1.5 O Ministério Público	66
4.1.6 Advocacia Geral da União.....	68
4.1.7 Demais colaboradores	68
4.2 Legislação	68
4.3 Formas de defesa	70

4.3.1 Práticas combatidas	71
4.3.2 Medidas de defesa	76
4.3.2.1 Medidas Administrativas	76
4.3.2.2 Controle Judicial	79
4.3.3 Outras alternativas	81
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da concorrência no mercado não constitui nenhuma novidade, uma vez que é objeto de estudo de diversas ciências como a Economia, a Sociologia, a Antropologia, também ocupando espaço na ciência jurídica.

No mercado situam-se os agentes que demandam os bens produzidos e aqueles que entram com seu trabalho para que haja a produção e circulação de bens, no contexto social é onde se buscam meios para a satisfação das necessidades humanas.

A busca do maior lucro possível guia a atividade econômica na grande maioria das vezes. Para tanto aqueles que a desempenham se esforçam para atingir maior eficiência em relação aos seus concorrentes. Em consequência, existem alguns agentes econômicos que acabam por atingir posição dominante em relação aos demais.

Contudo, a concentração dos recursos econômicos fere o acesso ao mercado, gerando efeitos desastrosos para toda sociedade.

Por outro lado, a imensa evolução da atividade econômica, induz não só ao aperfeiçoamento de bens e produtos, como à evolução da postura empresarial, o que gera a ampliação dos recursos explorados e o reconhecimento da função das empresas.

Ganha espaço então, a discussão acerca da função social da propriedade, matéria que ocupa especial dimensão no mercado. Se a princípio o controle do mercado visava apenas resguardar a manutenção da produção e do lucro, atualmente a proteção buscada visa amparar também direitos e garantias coletivos e difusos.

A proteção ao consumidor, ao meio ambiente, ao trabalho, dentre outras, são exemplo de questões que possuem estrita relação com a concorrência,

uma vez que o controle das práticas de mercado previne a concentração de poder econômico e os conseqüentes abusos realizados em razão dela.

O controle da concorrência, que a princípio era de interesse apenas dos “empresários” que desejavam ver resguardada a atividade, garantido a parcela de exploração ideal para cada um deles e afastando o perigo da inanição da atividade devido à exploração predatória do mercado, passou a ser reconhecidamente de interesse de toda a sociedade.

Deste modo, podemos facilmente notar a atualidade e importância do tema abordado neste trabalho. A questão concorrencial, sua posição de ordem principiológica sob a justificativa da preservação das estruturas sociais aliadas ao desenvolvimento econômico demonstram a necessidade do estudo do Princípio da Livre Concorrência.

A finalidade de seu desenvolvimento evidencia-se, outrossim, por duas razões, além de consistir em imperativo à obtenção do título de Bacharelado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, atende ao anseio de oferecer contribuição científica plenamente aplicável ao atual contexto social e de grande relevância não só em virtude do tão ansiado desenvolvimento econômico, mas também do bem-estar social.

Com este trabalho pretende-se verificar a efetiva capacidade do Princípio da Livre Concorrência garantir o desenvolvimento sustentável da sociedade, por meio de averiguação dos meios juridicamente empregados no sentido da realização de uma concorrência justa. A abordagem é diferenciada pois não aprecia apenas os aspectos legais, em sentido estrito, mas principalmente o teor basal e principiológico do tema.

Para a realização do referido estudo, utilizou-se como instrumento de pesquisa bibliográfica, através de consulta a livros, revistas, artigos, meios eletrônicos, dentre outros.

Dividindo-se a obra da seguinte forma: inicialmente, busca-se contextualizar o tema no universo econômico-filosófico, através da observação da evolução do pensamento relacionado à matéria, verificada ainda a evolução do

comportamento humano diante do posicionamento adotado pelos agentes econômicos no mercado ao longo da história.

Em seguida, faz-se um traçado envolvendo a questão da Ordem Econômica, discute-se seu conceito e os princípios sob os quais fora estruturada, à luz de seus fundamentos.

O trabalho prossegue até revelar um capítulo no qual se aborda de modo específico o principal objeto de estudo da presente obra. Além de fazer breve explanação acerca do tema princípios de modo geral, realiza-se também o enfrentamento do Princípio da Livre Concorrência com diversos outros princípios existentes na ordem jurídica atual, verificando-se suas relações a fim de entender de que forma ele se apresenta no contexto moderno e quais mandamentos deverá observar.

Encerra-se a pesquisa, com a avaliação do modo como se opera a aplicação do Princípio da Livre Concorrência na Ordem Econômica vigente. Além de se apresentar os órgãos institucionalmente criados com a finalidade de promover e defender a livre concorrência, apresentando ainda as diversas formas de controlá-la.

Ao final, pretende deixar demonstrada a aplicabilidade do Princípio da Livre Concorrência na Ordem Econômica como meio de promoção da justiça e do equilíbrio econômico.

2 ECONOMIA E A ORDEM ECONÔMICA

2.1 Teoria Econômica

O homem sempre esteve atento ao fator econômico posto que diretamente ligado à satisfação de suas necessidades essenciais, inclusive nos primórdios, quando o ser humano buscava nos recursos naturais todos os bens para sua sobrevivência, de modo que a disponibilidade dessas coisas lhe era essencial.

Por esta razão, o fenômeno econômico é reconhecido desde a antigüidade. Sua teorização para o ocidente do mundo é noticiada já na Grécia Antiga. Convém expor abaixo algumas das principais idéias que envolveram, ao longo da história, o sistema de captação, produção e distribuição dos recursos.

2.1.1 Antecedentes doutrinários

Na antiga Grécia a relação entre a organização social e a distribuição dos recursos despertou os pensadores da época. O panorama da *polis* grega serviu de inspiração a Aristóteles, que em suas observações já despertava para a questão da propriedade privada como estímulo ao trabalho e, conseqüentemente, à produção.

O referido filósofo entendia que o resultado obtido particularmente aproveitava também à coletividade, tendo em vista que, uma vez providos os cidadãos dos recursos necessários à vida, a Cidade também se desenvolveria.

O raciocínio se baseava na idéia de que atendidas as necessidades essenciais dos cidadãos, haveria a possibilidade de os indivíduos envidarem esforços destinados ao bem da coletividade e assim beneficiar-se também. Relacionava assim o poder político com o poder econômico.

A doutrina platônica também já mencionava o coletivismo, sugerindo uma reorganização da cidade para que esta se fizesse mais justa. Mas foram os sofistas aqueles que elaboraram as doutrinas que mais marcaram o pensamento helenístico, de tamanha relevância que até hoje influenciam a humanidade.

Tomás de Aquino, por sua vez, também aludia à propriedade privada e seus produtos, dando-lhe uma conotação bastante caritativa, considerando-a como

instrumento para que os ricos socorressem aos pobres, idéia que reconhecia, portanto, a existência de um poder econômico.

Na Idade Média, vigente o sistema feudal, baseado na atividade agrícola e na pecuária controlada autonomamente em cada feudo, não há que se falar propriamente em ciência econômica, mas em práticas empíricas e individuais.

Com as Cruzadas, houve o desenvolvimento do mercantilismo, o que proporcionou o surgimento de novas idéias sobre Economia, as quais foram aprimoradas em virtude das grandes descobertas.

O metalismo também pode ser citado como uma das ideologias da época utilizadas para dar sustentáculo ao nascente mercantilismo. Inicia-se aqui também a especulação do capital.

Dá-se início à revolução dos preços e à exploração colonial. Simultaneamente começa-se a desenvolver a indústria artesanal, a qual posteriormente passará a empregar mão de obra assalariada, tornando-se, ao final, manufatureira.

Para o desenvolvimento mercantil, passou a ser útil que as comunidades passassem a reunir-se em torno de um único monarca. Nesse contexto o absolutismo ganha espaço e se estabelece em boa parte da Europa.

2.1.2 Liberalismo

No fim do século XVII, começam a surgir idéias libertárias na Europa ocidental, a fim de enaltecer o ideal de liberdade e, conseqüentemente, contestar o poder absoluto dos monarcas, empenhadas igualmente em discutir a idéia de liberdade, as quais não se restringiam ao platônico “mundo das idéias”, pois buscava também mecanismos sociais para operacionalizar a liberdade.

Essas idéias se desenvolveram no campo de várias ciências, reforçadas com idéias que lastrearam a Revolução Gloriosa na Inglaterra, o iluminismo e o movimento enciclopedista na França.

O racionalismo desponta como corolário da capacidade humana de se guiar não pela magia nem pela religião, mas principalmente por uma visão científica do mundo, ou pelo menos embasada numa observação metódica e objetiva dos fatos e da vida social.

Para operacionalizar a liberdade, além do racionalismo e do iluminismo, formaram-se idéias paralelas, como a da separação de poderes de Montesquieu, a da distinção dos tipos de liberdade de Rousseau, com fundamento na democracia representativa.

Além delas podemos citar a doutrina inglesa utilitarista. Ligada ao hedonismo, fundamentava-se basicamente na idéia de que os atos humanos não deveriam ser julgados apenas por suas intenções, mas também pelos seus resultados e conseqüências práticas, desde que não nocivos em si. Acreditavam os utilitaristas¹ que haveria possibilidade de harmonizar os interesses individuais com os coletivos.

Baseado em tais fundamentos, Adam Smith fundamentou sua obra, sua teoria de que haveria uma 'mão invisível' atuando a partir do interesse mesquinho de cada operador do mercado em prol de todos, razão pela qual o interesse individual deveria gozar de liberdade plena.

Para Smith o trabalho do indivíduo trazia frutos não só pra ele como para toda a comunidade. Não previu o sábio filósofo, contudo, que o trabalho que ele buscava valorizar depreciava-se mais e mais com o próprio sistema, o que artificializava ainda mais as relações entre os homens, gerando grande desequilíbrio.

O gozo egoístico dos bens tornou-se o objetivo supremo, o que acarretou o esquecimento de outros fatores, entre eles a própria liberdade, afastada pela opressão imposta pelos mais fortes aos mais fracos.

Em um trecho de sua obra, menciona Smith²: “não é por generosidade que o homem do talho, quem faz a cerveja ou o padeiro nos fornece os alimentos; fazem-no no seu próprio interesse.” Logo, se o interesse individual é que motiva a

¹ Dentre os principais expositores do assunto podemos citar David Hume, James Mill e Jeremy Bentham.

² SMITH, Adam, **A riqueza das nações**, trad. De Carmo Cary e Eduardo Lúcio Nogueira, 2ª ed. São Paulo, Abril Cultural, 1979.p.13-14.

atividade, aquele que a explora buscará extrair dela o máximo que puder ser obtido, pois os interesses individuais são ilimitados.

A liberalidade da concorrência, assim, permitia que os mais fortes tivessem poder para dominar o mercado, arrancando benefícios cada vez maiores, aniquilando o poder de competitividade dos demais agentes econômicos sem qualquer limite, com plena liberdade, podendo ser aqui mencionada como uma das falhas do liberalismo.

Acerca do assunto, assim expõe Eros Grau:

A pretexto de defesa da livre concorrência haviam sido suprimidas as corporações de ofício, mas isso ensejou, em substituição do domínio pela tradição, a hegemonia do capital. A liberdade econômica, porque abria campo às manifestações do poder econômico, levou à supressão da concorrência. O proprietário de uma coisa impõe sua vontade, o poder sobre as coisas engendra um poder pessoal, a propriedade, assim, de mero título para dispor de objetos materiais, se converte em um *título de poder* sobre pessoas e, enquanto possibilita o exercício do poder no interesse privado, converte-se num título de domínio³.

Prossegue o referido autor sobre o poder econômico e a importância da legislação antitruste:

O modelo clássico de mercado ignorava e recusava a idéia de poder econômico. Na prática, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios – o princípio do livre mercado -, passaram e desde então permanecem a controlar os mercados. Daí o arranjo inteligente das leis *anti-trust*, que preservam a estrutura dos mercados, sem, contudo, extirpar a hegemonia dos monopólios e oligopólios⁴.

A par dessas conseqüências, começou a desenvolver-se uma nova doutrina, iniciou-se também o processo de constitucionalização e de codificação, com a finalidade de reorganizar o sistema e rever os processos liberais, cujos maus resultados vinham sendo observados ao longo do tempo.

2.1.3 Socialismo e dirigismo

Enquanto vários autores ainda se ocupavam da conformação do ideário capitalista, parte dos pensadores já buscava soluções aos problemas então

³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2006.p.22

⁴ *Idem*.

conhecidos, bem como estudavam sistemas alternativos de produção e de distribuição dos recursos.

O fenômeno da concentração das empresas, a exploração depreciativa da mão-de-obra do proletário, a má distribuição de renda e dos produtos começaram a despertar pensadores inseridos no cenário Europeu de então.

Em 1848 é publicado o “Manifesto Comunista”, obra que populariza a doutrina inovadora do socialismo científico, a qual também serve de fundamento a outro clássico da literatura política, econômica e social: “O Capital”, publicado no ano de 1867.

A doutrina socialista, ao tratar da economia, se preocupou, sobretudo, com o problema dos meios de produção. Tratou, assim de dimensioná-la, planificá-la, acreditava que a solução de grande parte dos problemas de então seria passível de resolução através da eliminação da livre concorrência. Buscava a igualdade.

É de reconhecimento geral que a igualdade total é inalcançável. Por esta razão atribui-se inicialmente a denominação de socialismo utópico ao socialismo pré-marxista.

O adjetivo utópico originado do vocábulo *topos*, significa lugar, utopia seria, portanto, lugar nenhum, uma sociedade imaginária, sem lugar histórico. A previsão do funcionamento de uma sociedade inexistente, dos mecanismos que guiarão sua condução, deu ensejo a um estudo científico do assunto.

A respeito da eliminação da livre concorrência, cumpre ressaltar que esta corrente doutrinária se opunha à liberdade de concorrência, conforme defendida pelos liberais, tendo em vista os efeitos avassaladores das concentrações, que já começavam ser observados, bem como os abusos praticados a pretexto da liberdade concorrencial, absolutamente conduzida em razão dos interesses egoísticos dos agentes econômicos.

Marx, o principal expoente do comunismo, afirmava estarem diretamente ligados ao desenvolvimento histórico o desenvolvimento das forças produtivas, fruto da ação consciente dos homens no sentido de dominarem a natureza, afeiçoando-a à satisfação de suas necessidades.

Para o referido autor a riqueza era gerada com a interferência humana na natureza, a mais valia era o produto do trabalho humano no sentido de aperfeiçoar a coisa, razão pela qual elevava o trabalho à condição superior de força formadora da estrutura econômica.

Afirmava, por conseguinte, a existência de contradição entre as forças produtivas da sociedade e as relações de produções existentes. Tais relações de produção baseavam-se principalmente na relação de propriedade, a qual era considerada o grilhão do desenvolvimento das referidas forças.

Contudo, considerar a propriedade a fonte da riqueza ensejava a prática de grande parte da injustiça social observada até então, haja vista que, sendo o proletário o responsável pela “criação” da riqueza, seria desarrazoado que a maior parte do lucro advindo da produção coubesse ao proprietário dos meios.

A doutrina em comento passou a sugerir então, a eliminação da propriedade privada e a socialização dos meios de produção. O proletário consciente de seu papel assumiria a condição de detentor de sua riqueza, a luta de classes seria o mecanismo de assunção da justiça social.

A doutrina socialista calcada nessa idéia acreditava que o ente estatal seria capaz de propiciar a tão almejada justiça social, exercendo controle sobre os meios de produção e distribuindo os frutos do trabalho eqüanamente entre todos os indivíduos.

Pregava-se a prevalência do interesse público⁵, a busca e o alcance do bem comum, o rateio dos lucros e dos prejuízos entre todos os membros da sociedade.

Proclamava ainda, a intervenção do Estado não só na economia, mas nas relações sociais, impondo limites à liberdade individual dos membros da sociedade, levando o ente público a agir em defesa do interesse da coletividade, racionalizando e controlando os interesses egoísticos dos indivíduos, por vezes até exercendo diretamente a exploração dos setores produtivos.

⁵ Argumento que até os dias atuais ocupa lugar de princípio norteador da Administração Pública.

A idéia central do dirigismo estatal como sistema alternativo, funda-se no gerenciamento pelo Estado dos diversos setores das relações humanas, ante a melhor condição de assim o fazer por estar livre de interesses egoísticos capazes de causar prejuízos aos demais indivíduos.

2.2 Sistemas Econômicos

A organização da vida do homem em sociedade tem mostrado características diversas ao longo da história, correspondendo a cada período e a cada lugar um sistema distinto de organização econômica e social.

O sistema econômico é exatamente o modelo organizacional que rege as relações econômico-sociais, com vista à satisfação das necessidades materiais humanas. Para A. J. Avelãs Nunes⁶, a expressão sistema econômico em seu aspecto científico significaria:

O tipo de economia capaz de integrar uma multiplicidade de economias concretas, distinta de outros conjuntos históricos por determinadas características fundamentais. A idéia de sistema econômico liga-se à distinta realidade das economias historicamente concretizadas.

O modo de manifestação de um determinado sistema corresponderá à forma econômica por ele adotada, cujos critérios distintivos serão, dentre outros, o grau de desenvolvimento das forças produtivas, a forma e a dimensão das unidades de produção, a organização dos sujeitos econômicos, o modo de coordenação da economia, etc. Este último critério, o modo de coordenação é que vai distinguir as formas históricas dos sistemas econômicos.

Na realidade, forma e sistema econômico são dois institutos interdependentes, pois a forma só existirá a partir de um determinado sistema, ao passo que o sistema obrigatoriamente seguirá uma forma específica de apresentação.

Na opinião de Vital Moreira⁷ “os sistemas econômicos e as formas econômicas não existem, o que existem são as economias concretas que os efetivam”. Na verdade, nenhuma economia concreta segue estritamente um único

⁶ NUNES, A. J. Avelãs, **Os sistemas econômicos**: O Capitalismo – Gênese e Evolução. Coimbra, Serviço de Acção Social da U.C., Serviço de Textos, 2003, p.05 e 06.

⁷ MOREIRA, Vital, **Economia e Constituição**: Para o conceito de constituição econômica, Ed. Stampa, Coimbra, 1970, p.57.

sistema econômico ou forma econômica, cada economia corresponde a uma combinação de várias estruturas de diferentes sistemas, havendo a preponderância de um deles sobre os demais, o qual imprimirá suas características sobre a economia.

A literatura clássica considera pelo menos três teorias acerca dos sistemas econômicos:

A primeira delas conhecida como **Teoria dos Estádios Econômicos** teve como principais expositores Friederich List, Bruno Hildebrandt e Karl Bücher. Defendia a idéia de que a evolução da economia se operaria com base em critérios históricos, com o transcorrer de estádios. Pressupõe a sucessão regular dos sistemas ao longo dos séculos, diferindo os diversos sistemas em razão do estágio em que se encontra uma determinada economia.

De acordo com a **Teoria dos Modos de Produção**, a estrutura fundamental de cada sistema econômico dependeria das relações sociais de produção, ou seja, nas relações que entre si desenvolvem as várias categorias de agentes econômicos, definidas, no plano jurídico, pela relação que se estabelece entre os trabalhadores e os meios de produção.

Vale salientar aqui a opinião de Marx, segundo o qual deveria haver necessária correspondência entre a natureza das relações de produção e o caráter das forças produtivas. O referido autor explicava o processo global da evolução social como resultante de uma interação dialética de fatores de várias ordens (naturais, técnicos, sociais).

À luz da teoria Marxista, a estrutura política (o poder político do Estado) faz parte da superestrutura, sendo esta determinada pela base econômica, infraestrutura. Para A. J. Avelãs Nunes⁸:

A questão de saber *em que consiste* essa determinação e *em que medida* a superestrutura é determinada pela base econômica ou dela depende. Marx não abordou expressamente a questão. Embora não falem trechos em que parece repassar uma *concepção economicista* (determinação *absoluta* da superestrutura – especialmente da estrutura política, do estado – pela infraestrutura), está implícita nas suas obras de análise histórica da Revolução

⁸NUNES, A. J. Avelãs, **Os sistemas econômicos**: O Capitalismo – Gênese e Evolução. Coimbra, Serviço de Ação Social da U.C., Serviço de Textos, 2003,p.18.

Francesca a idéia de que a estrutura política (e mesmo a estrutura ideológica) goza de uma autonomia *relativa*.

Werner Sombart, embora influenciado pelo trabalho de Marx, elaborou sua própria teoria, propondo um critério histórico que estabelece três elementos distintivos dos vários sistemas econômicos:

- a) O espírito - o objetivo fundamental da produção.
- b) A forma – conjunto de elementos sociais jurídicos e institucionais que envolvem o ambiente em que a atividade se desenvolve
- c) A substância – referente à técnica utilizada.

Com base nos elementos acima o referido autor distingue três sistemas econômicos, o da economia fechada, o da economia artesã e o da economia capitalista.

Destaca-se ainda a **Teoria dos Tipos de Coordenação**, baseada na idéia de que a atividade produtora do homem se desenvolveria de acordo com um plano orientador daquela atividade. A distinção entre determinados sistemas econômicos residiria exatamente no fator que dita o plano: se o mercado, onde se desenvolvem as relações de oferta e procura entre os vários sujeitos econômicos, ou se é ditado por alguma entidade exterior ao mercado e à economia.

Nas *economias ditas de mercado*, os indivíduos traçariam autonomamente os seus planos, coordenados pela concorrência, no mercado, entre os vários operadores econômicos. A formação dos preços no mercado e sua relatividade serviriam como critérios orientadores das decisões de cada um dos agentes econômicos (aqueles que procuram: os compradores e aqueles que ofertam: os vendedores).

Segundo esse modelo econômico, é no mercado que se define a lógica funcional da economia. O mercado é o mecanismo ditador do plano regente da economia.

Em oposição a tal modelo encontramos as *economias de direção central*, cuja direção partiria de determinado centro, baseada num plano único

imposto por uma unidade central (um exemplo desse tipo de unidade seria o Estado), a qual determinaria às unidades produtoras e aos consumidores os objetivos a seguir, os meios a utilizar e os preços a fixar.

Tais modelos embora inexistentes em sua forma pura, servem para explicar o funcionamento de qualquer economia, uma vez que as economias concretas seriam sempre uma composição em proporções e modalidades distintas dos dois tipos descritos acima.

Dentre as teorias acima, afigura-se mais adequada para a análise dos sistemas econômicos e sua evolução aquela que se baseia nos **modos de produção**, tendo em vista que permite caracterizar determinado sistema em função do modo como se processa a direção da economia e o critério que preside a distribuição do produto social, ao mesmo tempo em que permite explicar a evolução histórica dos modos de produção. Participando desta conclusão, vejamos o posicionamento de Avelãs Nunes⁹:

Os sistemas distinguem-se uns dos outros pela afirmação de determinadas forças produtivas e determinadas formas de organização material da produção, a base econômica (estrutura econômica ou infra-estrutura) no seio da qual se desenvolvem determinadas relações sociais de produção e a partir da qual se erguem e instalam determinadas estruturas políticas, jurídicas, culturais, ideológicas (superestrutura). O que nos vai interessar aqui é entender quais os elementos estruturais que permitem distinguir entre si os vários sistemas econômicos, como se processou a evolução que a história registra e que fatores a podem explicar.

Com base na referida teoria, classificam-se os sistemas econômicos em capitalista e socialista.

A livre concorrência se opera no sistema capitalista, todavia, conforme já aventado não há sistema puro, mas a prevalência de elementos de determinado sistema que acaba atribuindo-o sua característica fundamental, razão pela qual, nada obsta sua eventual manifestação em outro sistema.

2.3 Da ordem econômica

Os diferentes sistemas econômicos têm sua forma específica de organização. A ordem econômica de uma sociedade específica determina o aspecto

⁹ NUNES, A. J. Avelãs, **Os sistemas econômicos**: O Capitalismo – Gênese e Evolução, Coimbra, Serviço de Acção Social da U.C., Serviço de Textos, 2003, p. 35.

jurídico desta organização, instituto, portanto, de salutar importância para o estudo proposto no presente trabalho.

2.3.1 Etimologia da expressão Ordem Econômica

A origem etimológica da palavra economia decorre da expressão grega formada pela junção dos vocábulos *oikos* e *nomos*. A palavra *oikos* ou *oikia* significaria casa, a qual deve ser entendida em seu significado mais amplo, não apenas de abrigo da família ou de bem imóvel para moradia, mas de unidade de produção e consumo onde eram relativamente pequenos o número de bens trazidos de fora. A família, por sua vez, englobaria um grupo mais amplo, incluindo parentes de toda ordem, agregados e, por vezes, até escravos.

Já o vocábulo *nomos* teria o significado de norma, normatização, organizar, administrar, prover.

Da convergência dos significados extrai-se a idéia de organização da casa que, conforme aludido, não se restringe à atual idéia de lar, mas de todo um grupo familiar unido e organizado.

A limitação dos recursos produzidos e a privação a bens vindo do exterior exigiam do grupo o estabelecimento de uma ordem que disciplinasse a utilização dos bens do grupo.

Sob essa ótica, a expressão **ordem econômica**, amplamente utilizada nos dias de hoje, teria seu significado marcado pela redundância.

Contudo, ao longo do tempo o conceito de economia passou por algumas mudanças, de modo que o termo é empregado em vários sentidos atualmente. Para o presente ensaio, interessa principalmente entender economia como ciência e como fato jurídico.

Na definição empregada por Aurélio Buarque de Holanda: “economia é a ciência que trata dos fenômenos relativos à produção, à distribuição, à acumulação e ao de bens materiais”¹⁰.

Com base no conceito acima, a ordem econômica ou ordem da economia seria um conjunto de regras e princípios que visam garantir os elementos conformadores de um determinado sistema de produção e distribuição de bens necessários ao desenvolvimento humano.

Deve-se acrescentar ainda a distinção amplamente utilizada pelos economistas, os quais reconhecem duas formas distintas de economia: a macroeconomia e a microeconomia. Enquanto esta teria uma acepção mais particular, ligada às atividades de uma só empresa ou grupo, aquela abrangeria o conjunto de relações exercidas por todos os agentes econômicos de um determinado lugar.

Superada a discussão acerca do conceito de economia, convém esclarecer o sentido da expressão ordem econômica.

A ordem econômica, assim como a ordem social, a ordem pública, a ordem privada, é considerada parte integrante de um sistema de princípios e regras jurídicas. É tida, assim, como parcela da ordem jurídica.

Existem, todavia, posicionamentos doutrinários contrários a esta idéia¹¹. A aparente contradição se deve ao duplo significado da expressão, considerando-a sob aspecto jurídico equivaleria ao conjunto de regras impostas pelo Estado que regulamentam o setor, delineando a economia.

Já sob o aspecto econômico descreveria a organização básica da economia, sua estrutura fundamental, suas leis próprias (no sentido de relações necessárias) que regem a produção e a distribuição e consumo, ou mais especificamente, as leis (econômicas) que regem os preços, moeda, crédito, câmbio etc.

¹⁰ FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. **Dicionário Aurélio escolar da língua portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1988, p. 234

¹¹ Max Weber (**Economy e sociedad**, v.1, p.251 e ss.) afirma que a ordem jurídica se manifesta a nível do dever ser, enquanto a ordem econômica corresponderia aos acontecimentos reais.

Ademais, o vocábulo ordem ainda que autonomamente empregado, carrega consigo patente objeção ao vocábulo desordem, a qual conforme afirma Telles Júnior¹², seria apenas uma ordem com a qual não estamos de acordo.

Desse modo, o uso da expressão ordem econômica tem diversas conotações, para melhor entendimento do assunto trancrevemos o trabalho de Vital Moreira¹³:

Em um primeiro sentido, “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um *conceito de fato* e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras e normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprme a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato.

Em um segundo sentido, “ordem econômica” é expressão que designa o conjunto de todas as *normas* (ou regras de conduta), qualquer que seja sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica.

Em um terceiro sentido, “ordem econômica” significa ordem *jurídica* da economia.

A distinção entre ordem econômica de fato e ordem econômica jurídica, contudo, não é absoluta, pois o uso da expressão para conotar o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta não excepciona o conceito jurídico, uma vez que o simples uso do vocábulo ordem encerra um conjunto, ou mesmo um sistema de normas, assim, ainda que se fale em ordem econômica de fato, não se pode negar a existência de um conjunto de regras que a regem, subsistindo, portanto, o aspecto jurídico da expressão.

2.3.2 Ordem Econômica e Constituição Econômica

O conceito de ordem econômica muito se aproxima do conceito de constituição econômica, a qual corresponderia a um conjunto de regras e princípios que disciplinam a economia de um determinado lugar.

A definição acima não afasta a existência de uma ordem econômica consubstanciada em uma constituição econômica nas Constituições liberais, tendo em vista que as relações de produção não podem se reproduzir sem uma forma de

¹² TELLES JÚNIOR, *O direito quântico*, 5ª ed. São Paulo, Max Limonad, 1980, p. 245.

¹³ MOREIRA, Vital. A ordem econômica do capitalismo, apud Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2006.p.66.

direito. De tal sorte que, ainda antes do advento das Constituições escritas, já se encontravam nas ordens jurídicas, institucionalizadas ou não, de cada sociedade regras atinentes às ordens econômicas nelas praticadas.

Embora as constituições liberais não trouxessem explicitamente normas que compusessem a ordem econômica constitucional, previa todo um aparato que permitia a prática econômica liberal. Como exemplo pode-se citar a proteção à propriedade privada, a liberdade contratual, dentre outras práticas, confirmadoras do capitalismo concorrencial.

A idéia de Constituição Econômica difundiu-se, inicialmente, na doutrina alemã, ao tratar do disposto na Constituição de Weimar. Tratada então em termos amplos, comporta atualmente dois significados: um material e um funcional.

Materialmente corresponderia ao conjunto de preceitos e instituições jurídicas que constituem determinado sistema. Funcionalmente, seria formada pelos princípios e normas essenciais ordenadores da economia, os quais servem de substrato para as demais normas de ordem jurídico-econômicas.

2.3.3 Previsão constitucional de uma ordem econômica

Conforme já foi dito, ainda que não taxativamente prevista, a ordem econômica de um determinado lugar encontra-se convalidada em seu ordenamento jurídico, uma vez que cada sistema econômico basear-se-á em uma *ordem* específica.

A Constituição mexicana de 1917, seguida pela de Weimar, em 1919, foram pioneiras a trazerem em seu bojo o termo ordem econômica. Embora publicada em data posterior, o aspecto inaugural desta é mais comentado tendo em vista que foi a partir dela que houve a difusão jurídica do termo e seu estudo doutrinário.

No Brasil, desde a constituição de 1934, faz-se referência a uma “ordem econômica e social”, prática usual até 1967, excetuada a Carta Magna de 1937 que faz referência apenas a uma “ordem econômica”.

A Constituição de 1824, embora não tratasse expressamente de uma Ordem Econômica, abordou questões referentes à economia de modo a garantir os ideais liberais em que se fundou. Vejamos o enunciado do art. 7º do referido diploma:

Art. 7º - A Constituição garante a todos os brasileiros os seguintes direitos individuais...

I – A liberdade pessoal.

(...)

IV – A liberdade de indústria

V – A inviolabilidade da propriedade.

No Diploma de 1891, embora do ponto de vista formal, tenha sido resultado da oposição federalista ao conservadorismo imperial e estabelecida por uma Assembléia Constituinte, ao arrepio dos apelos sociais de então, refletiu apenas os ideais burgueses, dando continuidade, no aspecto econômico, à ideologia apregoada em 1934. É o se pode concluir do teor do parágrafo 17, do artigo 72, do referido texto legal:

Art. 72(...)

§ 17 – O direito de propriedade mantém-se em toda sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

Em 1934, passada a Primeira Guerra Mundial, a defesa da liberdade abstrata deixou de ser suficiente para atender as finalidades estatais. A constatação de que o liberalismo desmedido ocasionava a excessiva exploração humana fez com que se revelassem os direitos sociais, os quais passaram a ser previstos em diplomas legislativos de forma cada vez mais popular na época¹⁴.

Tal ascensão determinou no Brasil que o aspecto social e econômico pudessem ser notados desde o preâmbulo da Constituição do período, o qual declarava a intenção de *organizar* um regime democrático, que assegurasse à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar *social econômico*. Em oposição ao que dispunha a Constituição de 1891, vejamos o que estabelece o parágrafo 17, do artigo 113 da Carta Magna de 1934:

Art. 113 (...)

§ 17 – É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social e coletivo, na forma que a lei determinar. (grifo nosso).

¹⁴ A inovação trazida pela Constituição mexicana de 1917 e pela alemã de 1919 ditaram uma nova era e uma nova visão constitucional, espalhando-se inicialmente por toda Europa, e a seguir no restante do mundo ocidental.

A Constituição de 1937 inovou ao trazer expressamente previsão da intervenção do Estado no domínio econômico. Todavia, se opõe claramente a qualquer movimento socialista:

Art. 135 – Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de intervenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta (grifo nosso).

O texto de 1946 foi fortemente marcado pelos ideais democrático, a exemplo do de 1891, pois finda a Segunda Guerra Mundial e derrotadas as ditaduras, encerrou-se também o primeiro período ditatorial brasileiro. No aspecto econômico, a planificação da atuação do ente público restou evidenciada, especialmente nos artigos 156,198 e 199, bem como no artigo 29 do Ato das Disposições Transitórias.

Não se tratava, contudo, do modelo de planificação existente na Rússia desde 1928, muito mais se assemelhava à política rooseveltiana, especialmente se comparada ao *Tennessee Valley Authority Act* previsto no *New Deal*¹⁵.

Com a Revolução Militar, baseada na ideologia da segurança nacional, a ordem econômica e social tem por fim o desenvolvimento nacional e a justiça social como fatores determinantes da segurança do Estado. Não era, contudo, a pessoa humana que estava na primeira linha de cogitação.

O texto de 1967 apontava como princípios a liberdade de iniciativa, a valorização do trabalho como condição da dignidade humana, a função social da propriedade, a harmonia e a solidariedade entre os fatores sociais de produção e a repressão ao abuso de poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, pela eliminação da concorrência e pelo aumento arbitrário dos lucros.

A reforma de 1969 viria a acrescentar o princípio da expansão das oportunidades de emprego produtivo, bem como alterar a disposição acerca da

¹⁵ Plano norte americano que baseava-se na forte atuação do estado na economia mediante a desvalorização do dólar, ampliação das obras públicas, bem como projetos gigantescos a exemplo da Tennessee Valley Authority (Autarquia do Vale do Tennessee), que tinha a função de limitar os excedentes agrícolas e industriais, de programar financiamento a fazendeiros e implementar rigoroso controle da atividade creditícia e financeira.

harmonia e solidariedade entre os fatores de produção, passando a dizê-lo entre as categorias sociais de produção. O papel atribuído ao Estado, em virtude da emenda nº. 1, bem como o estabelecimento das competências do setor público e do setor privado foram também objeto de alterações em 1969¹⁶.

O diploma de 1988 estabelece distintamente uma “ordem econômica” e uma “ordem social”. Por constituir um rompimento com o regime anterior, procurou-se estabelecer alguns direitos e garantias suprimidos em razão da ditadura militar.

O aspecto social foi amplamente enfatizado, ao ponto de o texto ser apelidado de Constituição cidadã. Já no artigo primeiro do referido diploma legal informam-se os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, os quais além de embasar a ordem política, devem permear a ordem econômica. Dentre esses fundamentos vale enfatizar o da soberania, o da cidadania, o da dignidade da pessoa humana, e principalmente o da preservação e engrandecimento dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

O artigo terceiro menciona os objetivos e o artigo quarto estabelece regras de ordem internacional. Tais preceitos servem de substrato ao entendimento do disposto acerca da Ordem Econômica conforme estabelecida na Constituição de 1988.

Embora existam disposições econômicas ao longo de toda a Constituição, o legislador concentrou em um título próprio a maior parte da matéria referente à economia. Denominou o Título VII da Carta Magna de: “Da Ordem Econômica e Financeira”, dividindo-o em quatro capítulos. O primeiro deles trata dos princípios gerais da atividade econômica, seguido de um referente à política urbana, aos quais se somam os capítulos atinentes à política agrícola e fundiária e da reforma agrária e ao sistema financeiro nacional.

2.3.4 Princípios e fundamentos da Ordem Econômica positivados

Conforme já aventado, o Capítulo I do Título VII da Constituição Federal estabelece os princípios gerais da atividade econômica. O referido capítulo

¹⁶ Conforme artigos 163, 157 §8º e 170 da constituição de 1967, alterada pela emenda de 1969.

pode ser dividido em três partes: os princípios gerais, o tratamento protecionista e o papel do Estado dentro da ordem econômica.

Para o presente estudo, interessa fortemente esta primeira parte. Estabelece o artigo 170 da Constituição Federal:

Art.170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Do *caput* do artigo acima, tem-se que os fundamentos da ordem econômica são: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, aos quais se podem acrescentar as garantias sociais.

Os princípios da ordem econômica encerram o rol de pressupostos que devem guiar a economia do país, os quais devem ser observados ainda nas relações econômicas internacionais. São os ditames essenciais da ordem jurídica no que toca à economia.

Far-se-á a seguir uma abordagem genérica dos princípios, institutos que serão comentados mais especificamente em capítulo específico.

2.3.4.1 Princípio da soberania

Não se trata de mera repetição do artigo 1º inciso V da Constituição, o qual encerra a conotação política do princípio.

Ao lado dos princípios da igualdade e da solidariedade, integra os princípios fundamentais de Direito Internacional de Desenvolvimento.

Assegura ao Estado o direito de não sofrer de outras intervenções em seus direcionamentos econômicos. Está consagrado Resolução nº. 2625 (XXV) da Organização das Nações Unidas:

Nenhum Estado nem grupo de Estados tem o direito de intervir, direta ou indiretamente, sob qualquer pretexto, nos negócios internos ou externos de um outro Estado. Conseqüentemente, não só a intervenção armada, mas também qualquer outra forma de ingerência ou qualquer ameaça, voltada contra a personalidade de um Estado ou contra seus elementos políticos, econômicos e culturais, são contrárias ao Direito Internacional.

2.3.4.2 Princípio da propriedade privada

A referência expressa ao princípio da propriedade privada por parte do legislador constituinte, especialmente no capítulo que trata dos ditames básicos da Ordem Econômica, denota que o sistema capitalista é o sistema vigente no Estado brasileiro, no qual os meios de produção pertencem à iniciativa privada. João Bosco Leopoldino da Fonseca¹⁷ o entende como pressuposto da livre iniciativa. Encontra amparo também no artigo 5º inciso XXII da Constituição Federal.

2.3.4.3 Princípio da função social da propriedade

Diretamente relacionado ao princípio anterior, também encontra previsão legal no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal. Estabelece como limite ao exercício do direito de propriedade o cumprimento de sua função social.

Corroborando com o entendimento que a atividade econômica deve atender aos anseios sociais, num país onde, a despeito de toda riqueza produzida, a maior parte da população encontra-se abaixo da linha de pobreza, em que as desigualdades sociais são alarmantes, onde a distribuição da renda é vexatória, o estabelecimento de tal regra atinente à ordem jurídica da economia é de suma relevância, uma vez que a propriedade, concentrada nas mãos de pouquíssimos, atenda aos objetivos da sociedade, em especial aos previstos no artigo 3º, incisos I a III, da Carta Magna da nação.

2.3.4.4 Princípio da livre concorrência

¹⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino, Direito Econômico, 5ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, p.128.

Objeto principal da presente obra, será estudado mais especificamente ao longo deste trabalho.

2.3.4.5 Princípio da defesa do consumidor

Este princípio apresenta duas facetas, uma de ordem microeconômica e outra microjurídica, pois determina proteção e estabelecimento de normas de ordem pública em esfera particular, contratual.

O tratamento dado ao consumidor pelo fornecedor de produto e serviço embora seja constituído de elementos particulares, em razão desse princípio deverá observar os interesses daqueles que deles se utilizam. Conseqüência da livre concorrência, encontra fundamento também no princípio da dignidade da pessoa humana já que a defesa do consumidor visa proteger o destinatário final dos produtos e serviços de eventuais abusos daqueles que detêm a produção e, na maioria das vezes, concentram o poder econômico.

2.3.4.6 Princípio da defesa do meio ambiente

Constitui-se limitação ao exercício do direito de propriedade no que tange ao aspecto ambiental. A preservação do meio ambiente contribui ao bem-estar de toda a sociedade e é essencial à manutenção da vida na terra. O desenvolvimento sustentável é um dos focos desse princípio.

A especulação comercial dos recursos naturais, o destino dos dejetos da produção são as principais causas de deterioração do meio ambiente. Em função disto, a atividade econômica deve guiar-se de modo a evitar o desgaste excessivo do meio ambiente, bem como a reparação dos danos já causados. A seguir, destacamos três dos 22 princípios estabelecidos na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, os quais deram origem à Declaração do Rio de Janeiro:

Princípio 1

Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.

Princípio 2

Os Estados, de conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de Direito Internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e desenvolvimento, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob

sua jurisdição ou controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.

Princípio 3

O direito ao desenvolvimento deve ser exercido, de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras.

2.3.4.7 Princípio da redução das desigualdades regionais e sociais

Consubstanciado no objetivo estabelecido no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal, assim como o princípio anterior, busca atingir o desenvolvimento sustentável, estando também discriminado na Declaração do Rio:

Princípio 5

Todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, devem cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, de forma a reduzir as disparidades nos padrões de vida e melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo.

2.3.4.8 Princípio da busca do pleno emprego

A garantia insculpida neste princípio não é de ordem meramente trabalhista, embora vise dar maior segurança ao trabalhador.

O aspecto defendido não é a estabilidade, mas sim a expansão das oportunidades de emprego, o aproveitamento adequado de todas as potencialidades do país. Assim, haverá subsidiariamente maior proteção ao trabalhador, que não ficará sujeito aos desmandos patronais, tendo em vista que terá grande oferta de vagas de emprego no mercado.

Também pode ser entendido como decorrente do princípio da eficiência.

2.3.4.9 Princípio do tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte

Este princípio encontra-se mais amplamente regulamentado no artigo 179 da Constituição Federal. Conforme se verá adiante, não contraria o Princípio da Livre Concorrência, uma vez que em função da busca da igualdade material, trata desiguais igualmente, de modo a assegurar a participação daqueles que acreditam no país ao ponto de investir o pouco que possuem na atividade econômica.

Por meio da execução desse princípio as oportunidades de desenvolvimento e crescimento poderão estar à disposição dos “pequenos empresários”. Permite o cumprimento dos princípios acima e se fundamenta na livre iniciativa, uma vez que de nada adiantaria prevê-la se não se oportunizasse a todos exercê-la em razão da concentração do poder econômico.

2.3.5 Fundamentos da ordem econômica e a dignidade da pessoa humana

Conforme fundamentos acima expostos, pode-se afirmar que a ordem econômica jurídica do Estado brasileiro, baseia-se nos ditames sociais, devendo, portanto, atender aos anseios sociais, o que coloca a economia na posição de instrumento ao alcance dos objetivos da sociedade.

O artigo 1º da Constituição Federal, ao estabelecer os fundamentos do Estado nacional, fixa em seu inciso IV, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, os quais são repetidos no artigo 170, onde se estabelecem os princípios e fundamentos da ordem econômica. Contudo, não são apenas esses fundamentos mencionados no artigo 1º que servem para fundamentar a ordem econômica.

A dignidade da pessoa humana, fundamento hermenêutico e base ética dos direitos fundamentais, encontra-se refletida no fundamento da valorização do trabalho humano, o qual deve ser entendido como finalidade, à vista da garantia social que consubstancia. Acerca da dignidade da pessoa humana e seu alcance, assim se posiciona o professor Glauco Barreira Magalhães Filho¹⁸:

A “dignidade da pessoa humana”, como fenômeno (“aparição”), mostra-se a cada segmento social conforme suas aparições, razão pela qual os direitos sociais se distribuem de forma setorializada. Cada categoria social tem uma visão que contempla um ângulo do referido valor, e uma Constituição pluralista não podia deixar de consagrar todos eles. No entanto, o “eidos” (idéia) é um só.
Convém aqui lembrar que a própria supremacia da Constituição, no plano normativo, liga-se à dignidade da pessoa humana.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana, não funda unicamente a ordem social, é fundamento de todo o ordenamento jurídico, refletindo-se em todas as esferas de influência humana.

¹⁸ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira, *Hermenêutica e a Unidade Axiológica da Constituição*, 2ª ed. Belo Horizonte, Editora Mandamentos 2002, p.154.

A importância do trabalho para a existência humana é indiscutível. Além de servir à obtenção de meios para a satisfação de necessidades físicas, impõe fatores psicológicos, determinando inclusive efeitos jurídicos. A título ilustrativo, convém mencionar um trecho de famosa obra do cantor e compositor Raimundo Fagner que denota bem o aspecto moral do trabalho: "... e sem o seu trabalho o homem não tem honra, e sem a sua honra se morre, se mata...".

A livre iniciativa também está contida na dignidade da pessoa humana, pois também pode ser entendida como uma forma de trabalho, estando mais ligada à exploração da atividade que à prática de uma ou outra atividade laboral. A livre iniciativa visa permitir o exercício de qualquer atividade independentemente de eventuais sujeições, seja ao ente estatal, seja aos demais organismos sociais.

Entendido o objetivo da concorrência relacionado a um fim geral e maior, nos termos do art. 170, *caput*, da Constituição da República, pressupõe uma ordem econômica fundada na "valorização do trabalho humano". Frise-se que "o valor social do trabalho" não apenas deve ser o fundamento da Ordem Econômica, como também deve ser a base de sustentação da República Federativa do Brasil, como entidade política constitucionalmente organizada, nos termos do artigo 1º, inc. IV, da Constituição de 1988.

Nessa linha, a "valorização do trabalho humano", acompanhada da "livre iniciativa", que, em verdade, "é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho", ambas previstas no *caput* do art. 170 da Constituição como fundamentos da ordem econômica, são condições para que se assegure a "dignidade da pessoa humana".

Tal fundamento encontra limites em razão do interesse público e da segurança nacional. O princípio da livre concorrência, embora seja dele um desdobramento, também funcionará, eventualmente, como limite à livre iniciativa, assunto o qual será abordado em momento específico na presente obra.

3 DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

3.1 Princípios

O vocábulo princípio denota começo ou início. Em seu aspecto normativo, um princípio seria uma norma que contém o início ou a estrutura base de determinado órgão, entidade, instituição ou direito, o qual seria criado efetivamente por lei.

O ordenamento jurídico é um sistema complexo de normas e regras de direito, sua interpretação e aplicabilidade muitas vezes são controversas.

Os princípios servem para dar unicidade e coerência ao ordenamento jurídico, o qual deverá pautar-se segundo uma ideologia específica, de modo a realizar o objetivo a que se propõe de modo harmônico evitando contrariedade interna.

O direito positivo está condicionado à ideologia constitucionalmente adotada, a qual constitui segundo Washington Peluso Albino de Souza¹⁹ “o conjunto harmônico de princípios que vão inspirar a própria organização da vida social, segundo o regime que irá regê-la”.

Assim, se a unidade do ordenamento jurídico é garantida pela Constituição esta só pode conferir tal característica ao ordenamento jurídico, se ela mesma já possuir, de tal modo que os princípios constitucionalmente elencados devem ser mutuamente coerentes. Nesse sentido é bastante elucidativo o comentário de Tomás de Aquino²⁰: “Todo ser que leva outro a atingir a perfeição tem em si, anteriormente, aquela perfeição para a qual move o outro”.

Com base nas afirmações acima chegamos ao primeiro aspecto que pode destacar a relevância dos princípios: conferir unidade e coerência a todo o ordenamento jurídico. Isso porque as regras básicas de concretização das normas devem guardar estreita ligação com as premissas teóricas e metodológicas do fundamento jurídico que as estruturou, com o princípio jurídico que lhe deu base ou

¹⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de, **Primeiras linhas de Direito Econômico**, 6ª edição, LTr Editora, São Paulo, 2005, p.33.

²⁰ AQUINO, Tomás, apud Glauco Magalhães Barreira Filho, *Hermenêutica Jurídica Clássica*, 2ª ed. Mandamentos Editora, Belo Horizonte, 2003, p.80.

que impôs seu cumprimento, o qual, ao seu turno, em conjunto com os demais, irá garantir a harmonia do sistema jurídico.

Uma segunda importância dos princípios se faz notar a partir do momento em que são veiculados como instrumentos de governo, sua operacionalização passa a se dar em vista de políticas públicas com fins múltiplos e ao mesmo tempo específicos.

A partir dos princípios serão enunciadas essas políticas públicas, os quais deverão determinar os processos de interpretação do direito, delimitando os textos e os fatos, de modo a que as soluções e materializações pelas normas se adequem a tais preceitos.

Vale ressaltar ainda, que conforme observou Ihering, o direito existe em função da sociedade, e não a sociedade em função dele, de modo que o direito não pode ser mero agregado de normas, e sendo os princípios elementos internos desse sistema, devem além de imprimir harmonia ao ordenamento jurídico, guardá-la entre si.

3.1.1 Classificação

Para Eros Roberto Grau²¹ o sistema jurídico é composto de:

a) princípios explícitos – são aqueles encontrados ao longo do texto constitucional ou nos demais diplomas legais.

b) princípios implícitos – aqueles que embora não expressamente referidos, são deduzidos da leitura de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

c) princípios gerais de direito – também implícitos são fundamentos de toda a ordem jurídica.

Canotilho²², tomando por base na ordem jurídica constitucional portuguesa classifica os princípios jurídicos constitucionais em:

²¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11ª ed. Malheiros Editores. São Paulo.2006,p.157.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. Editora Almedina,Coimbra,2005,p.354.

a) princípios jurídicos fundamentais – seriam aqueles incorporados historicamente à consciência jurídica geral, os quais contariam com recepção expressa ou implícita no texto constitucional.

b) princípios políticos constitucionalmente conformadores – corresponderiam aos princípios afetos à valoração política fundamental, os princípios definidores da forma de Estado, de sua estrutura, os princípios estruturantes do regime político etc.

c) princípios constitucionais impositivos – entendidos como os princípios que impõe ao Estado o alcance de determinados objetivos.

d) princípios-garantia: aqueles que traduzem garantias para os cidadãos face à supremacia do Estado ou os desmandos de outros entes, sejam eles públicos ou privados.

José Afonso da Silva²³, por sua vez, ao tratar de normas constitucionais de princípios, as subdivide em normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo (aquelas que determinam a constituição e a forma de organização do Estado) e as de princípio programático (aquelas que determinam uma conduta da ser exercida pelo ente estatal). Estabelecendo distinção ainda entre as normas constitucionais de princípio, as normas constitucionais de princípios gerais e os princípios gerais de Direito Constitucional.

3.2 O Princípio da Livre Concorrência na Ordem Econômica Brasileira

3.2.1 Conceito de concorrência

O conceito de livre concorrência estaria ligado à possibilidade de competir em face da concentração de poder econômico. A palavra ‘concorrência’, derivada do latim *concurrentia*, significa:

Ato ou efeito de concorrer; competição, rivalidade; afluência de pessoas no mesmo momento, no mesmo lugar; disputa ou rivalidade entre produtores, negociantes, industriais, etc., pela oferta de mercadorias ou serviços iguais ou semelhantes²⁴.

²³ SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª ed. São Paulo, Malheiros Editores.2007. p. 85

²⁴ FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. **Dicionário Aurélio escolar da língua portuguesa**. 1ª ed. Editora Nova Fronteira,1988,.p.167.

Segundo Black²⁵, *competition* significa "*Contest between two rivals. It is the struggle between rivals for the same trade at the same time; the act of seeking or endeavoring to gain what another is endeavoring to gain at the same time*".

Anotamos ainda, o conceito adotado por José Borges da Fonseca²⁶, segundo o qual, "concorrência significa liberdade de competir de forma correta e honesta, não se admitindo embaraços artificiais à entrada de novas empresas no mercado ou ao desenvolvimento da atividade empresarial". Ressalta ainda o autor, que, para conhecer a noção de concorrência, é preciso ater-se às suas funções:

Figura, em primeiro plano, a função de ordenação do mercado. A existência de empresas independentes, o que constitui expressão do regime de concorrência, evidencia que não há preponderância de umas sobre as outras empresas. A garantia da liberdade empresarial é, assim, forma de ordenação do mercado. Isso encerra função de sinalização para o tamanho da demanda e da procura. Estimula, por outro lado, a concorrência o avanço técnico e o aumento da produtividade, com vistas no alargamento do círculo de consumidores. Apresenta a concorrência função de proteção, já que abre ao consumidor possibilidade de múltiplas escolhas. O regime de concorrência, que tem caráter pluralista, leva à melhor distribuição de rendas. Funciona como regime seletivo, deixando no mercado tão-só as empresas mais eficientes. Sob o aspecto político, evita a concentração do poder político, garantindo a liberdade e a igualdade de todos os sujeitos de direito no tráfico econômico²⁷.

Outro conceito de concorrência relaciona-se à liberdade de competir no mercado, de forma a não criar-se obstáculos à entrada de novos agentes ou impedir o desenvolvimento da atividade econômica.

Qualifica-se, juridicamente, como um fato jurídico, ou seja, como um fenômeno socialmente relevante, o qual é objeto de disciplinamento e previsão no ordenamento jurídico.

A noção que a concorrência envolve esforço dos rivais pelo "mesmo negócio ao mesmo tempo" é fundamental para que se entenda porque espera-se que a concorrência produza efeitos benéficos para o mercado.

²⁵ BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. St. Paul Minn: West Publishing Co., 1979, p. 257. Tradução livre do original citado: Disputa entre dois rivais. É a luta entre dois rivais pelo mesmo negócio ao mesmo tempo; é a procura ou esforço para ganhar o que outro está se esforçando para ganhar ao mesmo tempo.

²⁶ FONSECA José Júlio Borges da. **Direito antitruste e regime das concentrações empresariais**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 29.

²⁷ *Idem*, p.30.

3.2.2 Princípio da Livre Concorrência: conceito e seu embasamento doutrinário

Entendido o conceito de concorrência, passemos então ao estudo do fundamento teórico do Princípio da Livre Concorrência.

De acordo com a classificação de Canotilho, trata-se de princípio constitucional impositivo, uma vez que determina ao Estado o alcance do objetivo de manter livre a concorrência. Entender esse princípio é entender a razão desse objetivo, compreender necessariamente a influência do referido princípio na economia e seus reflexos nos demais setores.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a livre concorrência não se confunde com a concorrência livre, tendo em vista que esta somente poderia ocorrer quando garantida as condições de um mercado onde não se manifestasse o poder econômico, assim preleciona Eros Roberto Grau²⁸ acerca do assunto:

De uma banda porque a concorrência livre – não a *liberdade de concorrência*, note-se – somente poderia ter lugar em condições de mercado, nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico. Este, no entanto – o poder econômico – é não apenas um elemento da realidade, porém um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra ao princípio. O § 4º do art. 173 refere “abuso de poder econômico”. Vale dizer: a Constituição de 1988 o reconhece. Não que não devesse fazê-lo, mesmo porque a circunstância de não ter o reconhecido não teria o condão de bani-lo da realidade. Apenas, no entanto, tendo-o reconhecido, soa estranha a consagração principiológica da *livre concorrência*. Para que tal não ocorresse, em presença da consagração do princípio, haveria o mencionado § 4º de dispor: “A lei reprimirá os abusos decorrentes do exercício da atividade econômica...”. O que, não obstante – repito – seria inteiramente em vão: nem por isso o poder econômico deixaria de se manifestar no mundo real – mundo do ser – a braçadas.

Assim, pode-se afirmar que embora elevado à condição de princípio, a livre concorrência há que ser entendida não como uma garantia jurídica absoluta, mas como um direito a ser defendido, buscado, a despeito de o sistema econômico adotado permitir práticas adversas à materialização do princípio.

A livre concorrência como princípio constitucional é ainda controversa, uma vez que, embora a Constituição expressamente o estabeleça, também prevê formas desobedecer o preceito. Tal é possível, à medida que a Carta Magna estabelece tratamento favorecido a determinadas empresas, determinando a

²⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11ª ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2006, p.208/209.

desigualdade de tratamentos a alguns agentes, e, conseqüentemente, efeitos de sua atuação no mercado aparentemente atentatória à livre concorrência. Ainda a vista da lição de Eros Grau²⁹, podemos destacar o seguinte enunciado:

De outra banda, é instigante a afirmação do princípio porque o próprio texto constitucional fartamente o confronta. A *livre concorrência*, no sentido que lhe é atribuído – “livre jogo das forças de mercado, na disputa de clientela” –, supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro igualmente jurídico-formal. Essa igualdade, contudo é reiteradamente recusada, bastando, para que se o confirme, considerar as disposições contidas no art. 170, IX, no art. 179 e nos §§ 1º e 2º do art. 171.

Por conseguinte, destaca o referido autor a opinião de Miguel Reale Júnior³⁰:

A desigualdade das empresas, dos agentes econômicos, é a característica de uma ordem econômica fundada na livre iniciativa, e que se processa por meio da livre concorrência, a desigualdade é inafastável em um regime de livre iniciativa, e gera a rivalidade, a livre concorrência, portanto, só sobrevive em uma economia sem igualdade.

Na verdade, conforme aventado, a finalidade buscada através do preceito atende a um outro objetivo, o qual, por sua vez é consectário de um fundamento ainda mais amplo, conhecer esse fundamento ideológico e sua razão de ser, é que determinará a maneira em que o princípio será entendido.

Partindo da afirmação acima, deve-se inferir a não vinculação do Princípio da Livre Concorrência na Ordem Econômica nacional ao liberalismo econômico, tendo em vista que o referido princípio tem em seu bojo a real destinação de fazer frente ao abuso de poder econômico, preceito que, ao seu turno, constitui limitação à plena liberdade pregada pela corrente doutrinária liberal.

Ao contrário do que apregoavam os liberais clássicos, os institutos “naturais” de controle da atuação dos agentes econômicos não são capazes de garantir o bem comum através da busca dos interesses particulares, face ao poder econômico. Os consumidores sozinhos não são capazes de influenciar de maneira decisiva as práticas da economia, pois são os elementos particulares que determinam a ordem privada, aos quais não têm capacidade de fazer frente o

²⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11ª ed. Malheiros Editores. São Paulo.2006,p.209.

³⁰ *Apud*, GRAU, Eros Roberto, *ibidem*.

interesse coletivo considerando o fato do poder econômico ser regra determinante da dinâmica do mercado.

Acerca dos objetivos do preceito preleciona a professora Paula Andréa Forgioni³¹ da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco:

Em um contexto de proteção da economia popular (cf. Decreto-lei 869, de 1938, e Decreto-lei 7.666, de 1945), o que, sem sombra de dúvidas, já lhe atribui um caráter instrumental ainda que vinculado à economia popular e ao consumidor. O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, §4º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Manda, também, reprimir o aumento arbitrário de lucros (art. 173, §4º), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, inc. V). Essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, qual seja, "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social".

A livre concorrência, sendo princípio voltado à preservação do modo de produção capitalista, através da tutela do consumidor – na medida em que a competitividade leva a uma distribuição de recursos por um preço menor – e da garantia de oportunidades iguais a todos os agentes do mercado, deve também ser encarada, em última análise, conforme já visto no capítulo anterior, como asseguradora da dignidade da pessoa humana.

3.2.3 Evolução do Princípio da Livre Concorrência

No capítulo anterior, estudamos a teoria liberalista e socialista, esclareceu-se a ideologia condutora de cada um dos sistemas, indicando-se algumas formas e institutos referentes a cada um deles.

O liberalismo apregoou a liberdade de iniciativa (instituto o qual é um dos fundamentos do Estado brasileiro e da ordem jurídica nacional) e a livre competição, sem qualquer interferência do Estado na atividade econômica. Falava-se em igualdade e liberdade, mas não havia previsão de meios para permiti-las na prática, uma vez que para competir são necessárias algumas condições, as quais não eram garantidas pelas simples afluência da “mão invisível” do mercado.

A doutrina liberalista entendia a livre concorrência como um *laissez-faire* absoluto, os agentes econômicos tinham toda a liberdade para operar no

³¹ FORGIONI, Paula Andréa, **Os Fundamentos do Antitruste**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 170.

mercado, conforme entendessem melhor, guiados por interesses egoísticos e individuais, a despeito das necessidades dos demais indivíduos.

Sob a concepção liberal, o ente estatal teria uma natureza mais reguladora, de modo a garantir a igualdade formal, e a não intervenção do Estado na livre iniciativa e nas negociações privadas.

O liberalismo se coloca intransigentemente em defesa da privacidade e das liberdades individuais e se opõe a qualquer aumento de poder por parte do Estado, sobretudo na esfera econômica.

Nas últimas décadas, com o advento da globalização, que determinou o nascimento de uma nova ordem mundial aberta e globalizada, surgiu o neoliberalismo, mantendo em seu seio a essência do pensamento liberal. No Brasil as privatizações de empresas estatais, a reforma administrativa e recentes institutos de Direito Administrativo como as Parcerias Público-Privadas se fundamentam nessas idéias.

Já a doutrina socialista, previa a total gerência de todos os setores e “ordens” pelo Estado, que, guiado pela busca do bem comum, não permitiria eventuais abusos por parte dos agentes econômicos, garantindo a justiça econômica e a paz social.

Todavia, as experiências socialistas demonstraram que o monopolitismo estatal muitas vezes tolhia sobremaneira a liberdade individual do ser humano, direito e garantia essencial ao desenvolvimento do homem, dotado de livre arbítrio para fazer suas escolhas. Outro aspecto negativo do monopólio estatal seria a estagnação do desenvolvimento tecnológico e da qualidade de produtos e serviços, tendo em vista que sem concorrência, o Estado poderia prestar o serviço ou fornecer os bens da forma que lhe conviesse, sem qualquer preocupação ou investimento no sentido de aprimorá-los.

Conforme já mencionado não há a manifestação pura de um determinado sistema. A ideologia que rege a organização do Estado é que irá evidenciar os princípios que ditam a conduta pública, evidenciando qual sistema prevalece. Para conciliar os dois modos extremos de pensar, bem como para

estabelecer a linha de pensamento adotada por um determinado Estado é que tem se desenvolvido o Direito Econômico, o qual já tem como um de seus principais ramos o Direito Concorrencial, fundado no Princípio da Livre Concorrência.

O fenômeno da concentração das empresas, seguido de seu conseqüente poderio desequilibrador, fez surgir leis para proteger a competitividade e evitar o assenhoreamento monopolizador de um setor por uma minoria, em detrimento dos demais, os quais teriam sua presença no mercado inviabilizada por práticas condenáveis de agentes econômicos cuja ambição muitas vezes não conhece limites.

O Princípio da Livre Concorrência, de origem liberal tende, assim, a ter caráter de preceito duplo, pois ao mesmo tempo em que implica a limitação da liberdade absoluta, quando serve para impedir a formação de grandes conglomerados concentradores de riqueza, também permite que seja exercida a liberdade de agentes não tão “economicamente poderosos” de promover determinada atividade econômica, assegurada a capacidade de competir efetivamente no mercado.

Sob esta perspectiva, a Livre Concorrência é considerada um preceito protetor, uma garantia pública, agregando valores socialistas e liberais. Isso ocorre à medida que sua execução passa a determinar uma atuação do Estado no setor econômico, em prol da coletividade, substituindo a “mão invisível” do mercado pelo poder de polícia estatal, ao mesmo tempo em que assegura a liberdade não só de competição, mas de iniciativa, razão pela qual também se considera o referido preceito um desdobramento do Princípio da Livre Iniciativa.

A moderna legislação antitruste, decorrente de tal princípio busca preservar a organização do mercado, não tem a finalidade apenas de condenar a concentração de empresas, mas de evitar o “truste” e os efeitos avassaladores da concentração de empresas e de outras práticas que tolhem garantias de cidadãos e empresas.

A formação legislativa, contudo, não deve se restringir ao que classicamente se costumava tratar em matéria de concorrência. A reforma administrativa e as privatizações deram ensejo a um novo foco a ser observado.

Setores e serviços outrora considerados tipicamente públicos, e, portanto, impassíveis de políticas anticoncorrenciais devem ser observados para evitar limitações à livre concorrência, agora desnecessárias. Sobre esse assunto já enunciava Gesner Oliveira:

Para evitar a formação de estrutura de mercados desnecessariamente pouco concorrenciais, deve-se contemplar a dimensão da concorrência na própria montagem da privatização. Em se tratando de monopólios naturais, deve-se conceber, desde o início, um marco regulatório "pró-concorrencial"³².

Além da questão das privatizações, os avanços nas negociações internacionais, na economia, na Administração Pública, devem observar e buscar o cumprimento do Princípio da Livre Concorrência.

O desenvolvimento de instituições relativamente recentes, como os blocos econômicos, a exemplo do Mercosul e da União Européia – UE, marca a necessidade de evolução e adequação do princípio. A partir do momento em que um conjunto de países convencionam entre si acordos de cooperação financeira e econômica, o aspecto concorrencial torna-se delicado, tendo em vista que as alianças firmadas serão capazes de determinar hipóteses de ofensa ao princípio em debate.

Por outro lado um princípio instituído para proteger a coletividade, não pode exercer função contrária, seguindo na contramão do desenvolvimento, de tal sorte que a mudança contínua e a relativização do preceito fazem-se necessária. A evolução e adequação do preceito há que ser considerada uma constante a fim de que ele possa alcançar o objetivo mor a que se propõe.

3.2.4 A livre concorrência na Ordem Econômica e os princípios decorrentes

Além dos princípios expressamente referidos no texto constitucional, outros princípios não expressos servem à compreensão e assunção do Princípio da Livre Concorrência.

Embora o título do sub-tópico se refira a princípios decorrentes, alguns dos princípios não são necessariamente desdobramentos do Princípio da Livre Concorrência, mas simplesmente a ele relacionados em função de suas execuções.

³² OLIVEIRA, Gesner. **Concorrência: panorama no Brasil e no Mundo**. São Paulo, Saraiva, 2001. p.36.

O **Princípio da Liberdade de Comércio e Indústria**, fundado sobre o Princípio da Livre Iniciativa, determina a garantia de se poder exercer a atividade comercial e industrial. Mais que um direito será um dever haja vista o disposto no artigo 39 da Lei 8.078 de 1990, e do artigo 21, inciso XIII da Lei 8.884 de 1994, respectivamente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Antitruste, impondo ao fornecedor a venda da mercadoria. Não se trata, contudo, de preceito absoluto, o destinatário do produto ou serviço também deve cumprir sua parte da avença, sendo legítima a recusa do fornecedor caso o consumidor não cumpra sua correspectiva obrigação.

O **Princípio da Liberdade Contratual**, por sua vez, baseado na autonomia da vontade, quando aplicado de forma absoluta é capaz de, no âmbito empresarial, promover desequilíbrio e causar prejuízo especialmente a consumidores, trabalhadores e empresas de pequeno porte, que têm sua vontade vilipendiada face ao abuso do poder econômico do outro contratante.

A defesa da concorrência, ao impor restrições a cláusulas contratuais através das quais se objetivava excluir do mercado, exercer domínio desarrazoado, não deve ser compreendida como forma de limitação à liberdade contratual, mas sim como instrumento de compatibilização.

Já o **Princípio da Igualdade** encontra amparo na livre concorrência, à medida que esta tem por fim um comportamento que respeite a igualdade quando impede a materialização de medidas que impeçam a entrada no mercado ou forcem a eliminação de uma concorrente. Nesse sentido, o princípio da igualdade se refere à possibilidade de atuação garantida a todos, independentemente do seu tamanho estrutural.

A proibição da discriminação no que se refere à concorrência, diz respeito ao impedimento dos participantes do mercado, por medidas de elevação ou rebaixamento de preços, por exemplo, impedirem o ingresso de possíveis participantes ou promover a eliminação dos que estejam compondo o mercado, trata-se do **Princípio da Não-discriminação**.

O **Princípio da Transparência do Mercado** traz a idéia da publicidade obrigatória, a fim de impedir práticas proibidas, permitindo aos

compradores e às empresas interessadas terem um conhecimento exato a respeito dos preços e outras medidas impróprias adotadas por seu concorrentes.

Pelo **Princípio da Análise Econômica** tem-se que as normas pertinentes à preservação da concorrência não podem aplicar-se de modo abstrato, deve-se sempre proceder a uma análise do caso concreto, seguindo os parâmetros e os métodos da economia.

A avaliação econômica no direito concorrencial foi doutrinariamente abordada em artigo de Ronald H. Coase³³, intitulado de “ *The problem of social cost*”:

O problema que nós enfrentamos ao tratar com ações que tenham efeitos danosos é não simplesmente o de limitar aquelas que sejam responsáveis por eles. O que deve ser decidido é se o ganho é maior do que as perdas que seriam sofridas alhures como resultado de sofrer a ação que produz o dano. Num mundo em que há custos em reorganizar os direitos estabelecidos pelo ordenamento legal, as cortes, em casos referentes a transtornos, estão, na realidade, proferindo uma decisão sobre o problema econômico e determinado quais medidas devem ser tomadas.

O **Princípio da Regra da Razão** serve à livre concorrência, pois se torna guia da conduta dos agentes econômicos, ao passo em que esta deverá se consubstanciar a luz da razão. Nesse sentido, vejamos o pensamento dos Juizes White e Harlan³⁴:

Se o critério pelo qual se deve decidir em todos os casos se cada contrato, combinação, etc., restringe o comércio dentro da compreensão da lei, é o efeito direto ou indireto dos atos envolvidos, então certamente a regra da razão se torna guia, e a interpretação que demos à lei, em lugar de ser refutada pelos casos decididos, será por aqueles mesmos casos demonstrada como correta. Isto é verdade, porque assim como a interpretação que nós extraímos da história da lei e da análise de seu texto é simplesmente aquela que em cada caso em que se afirma que um ato ou atos estão violando a lei, a regra da razão, à luz dos princípios da lei e do interesse público que a lei incorpora, deve ser aplicada. Disto se segue que, quer esta regra, quer o resultado do teste direto ou indireto, em seu aspecto conclusivo, chegam a uma única e mesma coisa, de tal forma que a diferença entre as duas é por conseguinte somente aquela que se obtém entre coisas que não se distinguem de forma alguma.

3.3 Princípio da Livre Concorrência e Intervenção do Estado no Domínio Econômico: limitação ou garantia de liberdade?

³³ COASE, Ronald H., *The problem of social cost*, apud, FONSECA, João Bosco Leopoldino da, **Lei de proteção à concorrência**: comentários à lei antitruste, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995,p.39.

³⁴ Apud FONSECA, João Bosco Leopoldino da, **Lei de proteção à concorrência**: comentários à lei antitruste, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995,p.43.

O direito inviolável à liberdade, consubstanciado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, decorre do que determina o artigo 1º do mesmo diploma legal, quando este determina que a República Federativa do Brasil é constituída em um Estado Democrático de Direito.

Além de sua acepção política, o referido preceito é também fundamento do sistema capitalista, na Ordem Econômica, se transmuda nos princípios da liberdade de iniciativa e da livre de concorrência, dispostos no art. 170 da Constituição.

Tal garantia inafastável passará a ser alvo de atuação do Estado Subsidiário regulador e fiscalizador, o qual por intermédio de legislação específica, bem como do uso de determinadas políticas delimitará a esfera de liberdade privada nas relações econômicas.

A existência de uma atividade reguladora a encargo do Estado, atuante na mesma esfera de liberdade dos particulares, sem, contudo usurpar-lhes a função de agentes diretos e preferenciais da Ordem Econômica, determina um novo contorno no direito subjetivo individual à liberdade que, segundo a especificidade que lhe atribui a Ordem Econômica constitucional, passa a se subdividir em liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência, ambas podendo ser referidas em conjunto como a "liberdade econômica", assumindo assim a característica de direito subjetivo coletivo.

A ação reguladora pressupõe a intervenção do Estado na economia e na liberdade individual. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello³⁵, o Estado pode intervir no domínio econômico, atuando de três maneiras diversas:

- a) ora dar-se-á através de seu "poder de polícia", isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, com "agente normativo e reguladora da sociedade econômica" – caso no qual exercerá funções de "fiscalização" e em que o "planejamento" eu conceber será meramente "indicativo para o setor privado" e "determinante para o setor público", tudo conforme o artigo 174;
- b) ora ele próprio, em casos excepcionais, como foi dito atuará empresarialmente, mediante pessoas que cria com tal objetivo; e
- c) ora o fará mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no ar. 174), estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido.

³⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, 19ª ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2005, p.735.

A livre concorrência como princípio da ordem econômica será buscada pelo Estado, o qual, eventualmente, se utilizará de medidas interventivas, se valendo de qualquer uma das formas acima expostas.

Considerando que, nos dizeres de Tércio Sampaio Ferraz Junior³⁶, "qualquer influência na autodeterminação do sujeito é sempre uma delimitação em sua liberdade", e ainda, que a realização da atividade econômica, em sentido estrito, esta compreendida como a exploração de atividade economicamente lucrativa de titularidade tipicamente privada, a qual é reservada apenas aos particulares, sendo facultada a atuação estatal apenas em casos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, a atuação estatal na economia seria ofensiva à liberdade.

Contudo, conforme já afirmado, o ordenamento jurídico deve ser coerente, não podendo haver contradições entre seus dispositivos, nem tampouco malferimento dos princípios que o regem.

Ao contrário do que se possa entender de uma leitura rápida, o Princípio da Livre Concorrência ao determinar a intervenção estatal, através da imposição de sanções ou restrições, bem como das demais formas em que possa se manifestar, não resulta necessariamente em limitação da liberdade econômica, mas sim em sua defesa. Isso decorre quando se faz uso da aplicação do conceito em seu sentido negativo (*status negativus*) de atuação estatal, ou seja, a intervenção pública poderá se dar de maneira alternativa, não necessariamente do modo clássico, claramente positivo de operação do Estado.

Para melhor compreensão desta forma de agir estatal cumpre transcrever a lição de Tércio Sampaio Ferraz Junior³⁷ :

"O Estado interventor (organizador, protetor, estimulador, empresário, planejador) tornaria superada a concepção de ordem econômica como conjunto de meros imperativos sancionadores, percebendo nela a forte presença de normas permissivas. Com isso, a noção de liberdade como uma espécie de vazio marginal (aquilo que resta, retiradas as obrigações e as proibições) exigiria uma nova dimensão, dada a possibilidade de o Estado, por meio de estímulos, de organização, de planejamento, entrar na área marginal".

³⁶FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 116.

³⁷ *Idem*, p. 115.

A definição pelo Estado dos limites da atuação empresarial funcionaria como medida preventiva à eventual tentativa de se turbar o direito subjetivo de liberdade de acesso de um agente econômico ao mercado, haja vista que a possibilidade de associação de competidores em ambiente de livre mercado, com o intuito de aumentar a competitividade, tem o condão de restringir a liberdade econômica.

Assim, a busca desenfreada pelo lucro pode vir a afetar os interesses dos consumidores (coletividade), bem como de outros empresários, os quais são defendidos pela intervenção econômica. Nesse sentido, tratar-se-á de proteção das "externalidades", ou seja, dos efeitos provocados no interesse de terceiros pelas relações individuais.

O Princípio da Livre Concorrência ao determinar medidas interventivas por parte do Estado, atua como medida preventiva do possível conflito entre liberdades individuais (principalmente as de cunho econômico) e interesses de terceiros (interesse público).

A realização social da liberdade econômica (aquela que ocorre em harmonia com o bem comum) pressupõe uma deliberação prévia, a encargo do Estado (via poder regulador), acerca do que é melhor à coletividade (garantia do interesse público ou bem comum). Assim, a realização social da liberdade econômica estaria condicionada a uma identificação entre idéia de liberdade individual, a liberdade subjetiva e o bem comum, conforme enuncia o conceito platônico de liberdade.

Segundo o pensamento de Platão, a liberdade possui um sentido político, somente serão livres os homens que guiam suas ações para o bem, tendo em vista que as atitudes humanas os conduzem à sua autarquia e, assim, à liberdade. Neste contexto, liberdade pressupõe a deliberação por aquilo que é melhor, seria uma necessidade interna de querer do próprio ser como a sua mais alta possibilidade.

A função do Estado como agente econômico consubstancia-se à medida que promove a realização social da liberdade econômica, preservando ao mesmo tempo o interesse público, agindo em nome da coletividade.

O direito à liberdade econômica, no qual se ampara o Princípio da Livre Concorrência, está aliado à consecução do interesse público, pois ao determinar a atuação do Estado na economia em sua defesa, atende à realização do bem comum, da justiça social e do desenvolvimento nacional, princípios norteadores da atividade econômica e da república como um todo.

O fato é que, conforme anota Avelãs Antunes³⁸ a intervenção do Estado na vida econômica é um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, com o princípio de segurança:

A intervenção do Estado não poderá entender-se, com efeito, como uma limitação ou um desvio imposto aos próprios objetivos das empresas (particularmente das grandes empresas), mas antes como uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista.

Conforme afirma o professor Eros Roberto Grau, a concorrência perfeita não existe, somente existiria onde não houvesse poder econômico, que imposto pelo próprio mercado, seja por meio de seus agentes, seja através de barreiras próprias à concorrência. Desta sorte, há que se afirmar que as barreiras à entrada, muitas vezes, existem pelo simples fato de existir a concentração industrial (independentemente, portanto, da vontade dos agentes), e, certamente, limitam a concorrência (no sentido do modelo de concorrência perfeita), pois dificultam a livre entrada de participantes em um dado mercado.

Assim, o princípio da livre concorrência se afigura como corolário da liberdade, não como seu opositor, tendo em vista que a atende subsidiariamente quando visa garantir que o acesso a esta garantia se protraia e reste disponível a todos.

3.4 O Princípio da Livre Concorrência e sua relação com o fundamento da Ordem Econômica: a Livre Iniciativa

Inicialmente, cumpre esclarecer a acepção do fundamento da livre iniciativa na Ordem Econômica brasileira.

³⁸ ANTUNES, A. J. Avelãs, **Do capitalismo e do socialismo**, *apud*, GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 11ª ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2006, p.35.

Na concepção de Celso Ribeiro Bastos³⁹, a livre iniciativa seria:

Uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles devia estar incluída. De fato o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal. Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica. Equivale ao direito de todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa.

Prevista pela Constituição da Federal tanto no artigo 1º, inc. IV, como fundamento da República Federativa do Brasil, quanto no artigo 170, caput, como fundamento da ordem econômica, a livre iniciativa não se resume apenas à liberdade de desenvolvimento da empresa, sob pena de se vislumbrá-la tão-somente como uma afirmação do capitalismo.

O referido fundamento constitucional deve ser entendido não apenas como expressão de liberdade da empresa como também do trabalho, abrangendo todas as formas de produção, individuais ou coletivas, como por exemplo, as iniciativas cooperativas, autogestionárias e públicas. No que tange à iniciativa pública, esclareça-se que a livre iniciativa não consistirá na livre atuação da empresa privada no serviço público, mas sim que o Estado não deverá opor empecilhos à liberdade humana, o que não impede a reserva de determinados serviços ao poder público em razão da natureza e da essencialidade da atividade para a população.

Tércio Sampaio Ferraz Junior⁴⁰ ao tratar da liberdade de iniciativa como atributo inalienável do ser humano, exarou o seguinte parecer:

Nestes termos, o art. 170, ao proclamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela se constrói, ao mesmo tempo sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*, os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo, passa a ser outra, diferente, constitucionalmente inaceitável. Particularmente a afirmação da livre iniciativa, que mais de perto nos interessa neste passo, ao ser estabelecida como fundamento, aponta para uma ordem econômica reconhecida então como contingente. 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,

³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra, **Comentários à Constituição do Brasil**, vol. 7, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 16.

⁴⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A economia e o controle do Estado**, parecer publicado no jornal O Estado de S. Paulo, p. 50, em 04.06.1989, apud Eros Roberto Grau, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 206/207.

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. Isto não significa, porém, uma ordem do *'laissez faire'*, posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano, mas a liberdade, como fundamento, pertence a ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica. Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado.

Corolário do Princípio da Liberdade, não se pode visualizar na livre iniciativa, contudo, tão somente uma afirmação do capitalismo, não se trata simplesmente de um fundamento básico do liberalismo econômico, ou da liberdade de empresa, mas principalmente como preceito garantidor e relacionado especialmente à valorização do trabalho humano, fundamento da ordem econômica nacional, valor este que José Afonso da Silva reporta como prioritário sobre os demais valores da economia de mercado.

Assim, a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil, não deve ser tomada na versão individualista da expressão, mas no caráter social que o enunciado encerra.

Especificado o fundamento da livre iniciativa, necessária se faz a complementação de seu entendimento em face do Princípio da Livre Concorrência.

Em função do princípio suso-mencionado, a livre iniciativa realiza-se de três formas: 1) como faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal; 2) como proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência; e 3) como uma obrigação de neutralidade do Estado ante o fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes. As duas primeiras formas constituiriam liberdades privadas, enquanto a última corresponde à feição atinente à liberdade pública, esta liberdade implica a não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei.

Assim, a livre concorrência e a livre iniciativa se complementam no mesmo objetivo, uma vez que visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista, a qual se dá em razão do exercício de maneira anti-social do poder econômico. Comunga da mesma opinião Celso Bastos⁴¹ ao asseverar que:

A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito que ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa. (...) Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa, e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais.

A livre concorrência, nesse contexto, configura-se como desdobramento do conceito de livre iniciativa, assim como a liberdade de empresa determina a liberdade de competição entre as empresas. Por outro lado, o que se protege pela livre iniciativa e, em última análise, pela livre concorrência, é a liberdade de trabalho, de todas as formas de produção, individuais ou coletivas e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana.

3.5 Funções e efeitos benéficos da aplicação do Princípio da Livre Concorrência

A aplicação do princípio da livre concorrência conforme explicitado na presente dissertação, desempenha função de suma importância não só para o desenvolvimento e para a estruturação da economia, como para o alcance de objetivos sociais e políticos, vejam-se abaixo alguns de seus efeitos:

A concorrência entre agentes econômicos no mesmo mercado possibilita negócios mais vantajosos para os destinatários finais das mercadorias e serviços produzidos, as vantagens de que se fala tanto se materializam em razão da disputa e negociação do melhor preço, quanto devido ao empenho em produzir produtos com maior qualidade.

O progresso tecnológico também pode ser considerado fruto da permanente disputa entre as empresas a cada dia mais empenhadas em conquistar ou ampliar sua parcela de atuação no mercado. Cada vez mais as empresas

⁴¹ BASTOS, Celso **Curso de direito constitucional**. São Paulo : Celso Bastos Editor, 2002. p. 459.

investem em tecnologia e pesquisa, a fim de estar sempre atualizadas e fornecerem bens e serviços de maior qualidade pelo menor preço.

Os consumidores, por sua vez, mais instruídos e contando com uma infinidade de opções, exigem das concorrentes não mais somente preço e qualidade, mas atuação moral e responsável de seus fornecedores. Daí, o crescimento do interesse de empresários e investimentos de grandes empresas em projetos sociais.

A preocupação ambiental, o uso dos recursos naturais, o destino dos dejetos de produção, bem como as políticas adotadas pelas empresas para minimizar os impactos causados à natureza e reparar os danos já efetuados, também podem ser considerados decorrentes da livre concorrência. Tal se atribui em virtude da crescente conscientização dos consumidores, os quais passam exigir um diferencial das empresas e uma postura ecologicamente correta para convalidar seu padrão de consumo.

Essa conscientização também traz à baila preocupações acerca das condições de trabalho dos empregados das empresas fornecedoras.

As questões trabalhistas, contudo, não sofrem influência da livre concorrência apenas por causa dos clientes. Em função dela, também se aumentam os postos de trabalho e a segurança do trabalhador, o qual não ficará sujeito aos desmandos do seu empregador por receio de não encontrar outra vaga no mercado de trabalho, em razão da existência grande oferta de mão de obra, o que ameaça sempre aquele que está sujeito à instabilidade de uma substituição por alguém que se prontifique a receber remuneração menor pelo mesmo serviço.

A busca de maior qualidade dos produtos e serviços também vai ensejar a qualificação da mão-de-obra e a conseqüente melhora da remuneração e na qualidade de vida do trabalhador.

Outro efeito da livre concorrência é a melhor distribuição de renda, quanto mais agentes atuarem no mercado, mais equânime tende a ser o rateio das riquezas produzidas.

Sabe-se que a perfeita distribuição da renda, assim como a perfeita concorrência não ocorrem na prática, contudo, acredita-se que esse não é o principal objetivo buscado, pois essa diferença é que estimula o ser humano a buscar sempre mais, a buscar sempre a melhoria de sua vida. Caso existisse essa equiparação absoluta, poder-se-ia configurar um caso de “desmotivação generalizada”, tanto dos empreendedores quanto dos consumidores e demais agentes sócio-econômicos. A diversidade humana não traduz problema, o que é lamentável é a imensa concentração de renda e de recursos nas mãos de poucos em face da miséria de muitos.

É nesse ponto que se torna relevante a defesa da concorrência, mazelas como a exploração indiscriminada dos recursos naturais, ensejando tragédias ambientais e a miséria de milhares de pessoas que não tem a oportunidade de sequer dispor de elementos essenciais à sua vida ou desenvolver uma atividade para consegui-los devem ser corrigidas e evitadas oportunizando a todos a possibilidade de conquistar a própria sobrevivência, o desenvolvimento de seu potencial e o gozo das primícias da vida.

Conforme já aventado, o Princípio da Livre Concorrência não corresponde a um fim em si mesmo, de modo que os objetivos que se pretende alcançar com ele configura de suma relevância para o seu entendimento.

Os efeitos da aplicação do Princípio da Livre Concorrência devem atender aos objetivos do Estado.

A Constituição Federal de 1988, estabeleceu alguns objetivos cujo alcance é função do ente público, que buscará atingi-los guiando suas ações com base nos princípios que estabelece, um dos quais o princípio tema desta obra.

O desenvolvimento nacional, a construção de uma sociedade justa e solidária, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa são exemplos de metas para as quais contribui o Princípio da Livre Concorrência.

Direitos estabelecidos no art. 5º da constituição como a igualdade, a segurança e a propriedade também são alcançáveis através da livre concorrência.

A igualdade seria atendida quando ao se submeter iguais a condições iguais e possibilita a equiparação das condições dos diversos agentes econômicos.

A segurança e a propriedade são garantidas, à medida que ao se controlar as concentrações, se previne a acumulação de poder nas mãos de poucos, impedindo que seus eventuais detentores venham dele abusar, o que pode ensejar insegurança para os demais, além de obstar o acesso à conquista da propriedade privada.

A Constituição ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, ainda estabelece em seu art. 5º, incisos XXIX e XXXII, que o Estado venha a garantir o direito dos inventores, a propriedade das marcas, dos nomes das empresas, com vista no interesse social e no desenvolvimento tecnológico e econômico do país, bem como assegure a defesa dos integrantes do mercado e do consumidor, metas as quais somente poderão ser atingidas se da existência de uma concorrência equilibrada, com a possibilidade de participação de todos os agentes garantidos de que não ficarão a mercê dos interesses egoístas de somente um ou um grupo de agentes.

O desenvolvimento da nação é, sem dúvida um dos maiores objetivos buscados pelo poder público, mas o desenvolvimento que se pretende deve atender ao bem comum, razão pela qual se apregoa o desenvolvimento sustentável, para o qual contribui sobremaneira o princípio tema deste trabalho, o qual impõe limites aos apetites potestativos dos agentes econômicos, determinando a liberdade de inserção e atuação no mercado.

4 DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

4.1 Órgãos de defesa.

4.1.1. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC

Nos termos da Lei 8.884/94, a defesa da concorrência no Brasil se faz por meio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que, por sua vez, constitui-se pela reunião dos trabalhos desenvolvidos pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), Secretaria de Direito Econômico (SDE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

4.1.2 Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

Criado inicialmente em virtude do artigo 19 do Decreto-Lei 7.666, de 22 de junho de 1945, com a denominação de Comissão Administrativa de defesa Econômica, teve duração efêmera com a queda do Governo Vargas.

Somente em 1962, a partir da Lei 4.137 de 1962, surge definitivamente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, com sede no Distrito Federal, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros e incumbido da apuração e repressão dos abusos de poder econômico.

A Lei 8.884/94 transforma o órgão em autarquia, vinculada o Ministério de Justiça, dando-lhe maior autonomia. Definido legalmente como órgão julgante, foi-lhe conferida função peculiar do Poder Judiciário, mas com maior proficiência em razão da especialização da matéria. Contudo os procedimentos eventualmente instaurados no CADE não tem natureza de processo jurídico, mas de processo administrativo.

Tem jurisdição em todo o território nacional tendo em vista que a preservação da livre concorrência é matéria de competência precípua da União Federal.

Composto por de seis conselheiros e um presidente, indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, é a última instância, na esfera administrativa, responsável pela decisão final sobre a matéria concorrencial.

Após receber os pareceres de uma ou das duas secretarias que tratam da matéria, tem a tarefa de julgar os processos, desempenhando, a princípio, três papéis: preventivo, repressivo, educativo.

Seu papel preventivo (previsto nos artigos 54 e seguintes da Lei 8884/94) se dá com a análise dos atos de concentração, ou seja, a análise das fusões, incorporações e associações de qualquer espécie entre agentes econômicos.

Previne que atos de concentração não considerados ilícitos anticoncorrenciais, mas apenas negócios jurídicos privados entre empresas, tragam prejuízos à sociedade. Nesse sentido, cumpre ao CADE, nos termos do artigo 54 da Lei nº. 8.884/94, analisar os efeitos desses negócios, em particular nos casos em que há a possibilidade de criação de prejuízos ou restrições à livre concorrência.

Estes casos são previstos pela lei antitruste, que supõe sua ocorrência em situações de concentração econômica acima de 20% (valor o qual poderá ser alterado pelo CADE) do mercado de bem ou serviço analisado, ou quando uma das empresas possui, no mínimo, quatrocentos milhões de faturamento bruto. Caso o negócio seja danoso à concorrência, o CADE tem o poder de impor obrigações – de fazer e de não-fazer - às empresas como condição para a sua aprovação, determinar a alienação total ou parcial dos ativos envolvidos (máquinas, fábricas, marcas etc.), ou alteração nos contratos.

Já o papel repressivo desta autarquia corresponde à análise das condutas anticoncorrenciais, previstas nos artigos 20 e seguintes da Lei nº. 8.884/94 e na Resolução 20 do CADE nesta, de forma mais detalhada e didática.

Nestes casos, o CADE tem o papel de reprimir práticas atentatórias à ordem econômica, tais como: cartéis, vendas casadas, preços predatórios, acordos de exclusividade, dentre outras.

Ressalte-se que não se trata de repressão a toda e qualquer estrutura concentrada de mercado (monopólios, oligopólios), o que por si só não constitui prática ilegal do ponto de vista antitruste. Contudo, como essas empresas têm maior probabilidade de exercício de poder de mercado e, portanto, maior a ameaça potencial de condutas anticoncorrenciais, devem assim ser mais atentamente

monitorados pelos órgãos responsáveis pela preservação da livre concorrência, sejam eles regulados ou não.

Por fim, o papel educativo do CADE (difundir a cultura da concorrência) está presente no artigo 7º, XVIII, da Lei nº. 8.884/94. O desenvolvimento do papel pedagógico da instituição costuma se dar através da realização de seminários, cursos, palestras, da edição da Revista de Direito Econômico, do Relatório Anual e de Cartilhas.

Esse trabalho de conscientização junto à sociedade civil e à iniciativa privada além de ser de grande valia em atendimento à função educativa da instituição também se figura como uma política preventiva e repressiva, tendo em vista que, a sociedade conhecendo os malefícios decorrentes da postura antiética dos empresários será capaz de contribuir para a repressão de tais práticas, ao passo que será também preventivo quando, os empresários conscientes de seu papel se portem de modo a garantir o desenvolvimento sustentável e o equilíbrio econômico.

4.1.3 Secretaria de Direito Econômico - SDE

Uma das secretarias do Ministério da Justiça, a Secretaria de Direito Econômico é dirigida por um secretário indicado pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República.

O art. 19 da Lei 8.028 de 1990 elevou a defesa da ordem econômica a assunto de competência do referido ministério. O artigo 23, alínea 'I', da mesma lei incluiu como um dos órgãos do Ministério da Justiça a Secretaria Nacional de Direito Econômico, cuja competência determinada pela Lei 8.158 de 08 de janeiro de 1991 é de:

Apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores **capazes de perturbar ou afetar direta ou indiretamente**, os mecanismos de formação de preços, **a livre concorrência**, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica. (grifo nosso)

Com base no artigo 1º da lei supra-aludida, a competência da Secretaria Nacional de Direito Econômico era fundamentalmente a de fiscalizar o mercado para nele apurar as anomalias comportamentais dos setores econômicos capazes de

perturbar ao equilíbrio que deve normalmente imperar e garantir condições ótimas para a liberdade de concorrência.

A lei 8.158/91 foi expressamente revogada pela Lei 8.884 de 1994, a qual instituiu a Secretaria de Direito Econômico com o nome e a estrutura que mantém atualmente. Tem como finalidade precípua servir de assessoramento ao CADE, e atua preventivamente, tal qual descrito no artigo 14, inciso II, da mencionada lei.

Compete-lhe acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas, para prevenir infrações da ordem econômica, bem como adotar medidas preventivas que sejam aptas a levar à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e culminado multa diária, apurando possível existência de tais infrações, compete-lhe ainda proceder às averiguações preliminares para instauração de processo administrativo.

Em virtude do Decreto nº. 5.834, de 6 de julho de 2006 a competência da Secretaria de Direito Econômico ficou assim estabelecida:

À Secretaria de Direito Econômico cabe exercer as competências seguintes competências, sem prejuízos das demais previstas em lei:

I - formular, promover, supervisionar e coordenar a política de proteção da ordem econômica, nas áreas de concorrência e defesa do consumidor;

II - adotar as medidas de sua competência necessárias a assegurar a livre concorrência, a livre iniciativa e a livre distribuição de bens e serviços;

III - orientar e coordenar ações com vistas à adoção de medidas de proteção e defesa da livre concorrência e dos consumidores;

IV - prevenir, apurar e reprimir as infrações contra a ordem econômica;

V - examinar os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços;

VI - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante no mercado relevante de bens e serviços, para prevenir infrações da ordem econômica;

VII - orientar as atividades de planejamento, elaboração e execução da Política Nacional de Defesa do Consumidor;

VIII - promover, desenvolver, coordenar e supervisionar atividades de divulgação e de formação de consciência dos direitos do consumidor;

IX - promover as medidas necessárias para assegurar os direitos e interesses dos consumidores; e

X - firmar convênios com órgãos e entidades públicas e com instituições privadas para assegurar a execução de planos, programas e fiscalização do cumprimento das normas e medidas federais.⁴²

⁴² Extraído de <http://www.mj.gov/SDE/intitucional.htm> em 24 de junho de 2007.

Assim como ocorre para com o Ministério Público no processo criminal, a Secretaria de Direito Econômico possui certa autonomia em suas averiguações, podendo decidir pela insubsistência dos indícios e arquivar os autos, devendo contudo, dessa decisão recorrer de ofício ao CADE.

O artigo 13 da Lei 8.884/94 determina que a SDE terá a estrutura que lhe confere a lei. Atualmente, encontra-se dividida em dois departamentos: um departamento destinado especialmente à defesa da economia, e conseqüentemente, da concorrência: Departamento de Proteção e Defesa Econômica – DPDE e outro destinado à defesa dos direitos do consumidor: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC.

4.1.4 Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) é um órgão ligado ao Ministério da Fazenda e que tem por tarefa realizar o monitoramento dos fatos ocorridos no cotidiano do mercado brasileiro e, constatada a existência de algo que possa caracterizar ameaça ou infração à ordem econômica, levar este fato ao conhecimento da SDE. Também cabe a SEAE a elaboração de pareceres técnicos que serão utilizados na instrução dos processos administrativos em trâmite na SDE e no CADE.

A atual competência da Secretaria de Acompanhamento Econômico restou definida pelo artigo 11 do Decreto 5.949, de 31 de outubro de 2006, em virtude de reestruturação a que foi submetido todo o Ministério da Fazenda. As competências atuais desta Secretaria são as seguintes:

- I - delinear, coordenar e executar as ações do Ministério, no tocante à **gestão das políticas de regulação de mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica**, de forma a promover a eficiência, o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico;
- II - assegurar a defesa da ordem econômica, em articulação com os demais órgãos do Governo encarregados de **garantir a defesa da concorrência**:
 - a) atuando no controle de estruturas de mercado, emitindo, pareceres econômicos relativos a atos de concentração no contexto da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;
 - b) procedendo a análises econômicas de práticas ou condutas limitadoras da concorrência, instruindo procedimentos no contexto da Lei nº. 8 884, de 1994; e
 - c) realizando, em face de indícios de infração da ordem econômica, investigações de atos ou condutas limitadores da concorrência no contexto da Lei nº. 9.021, de 30 de março de 1995, e da Lei nº. 10.149, de 21 de dezembro de 2000;

III - acompanhar a implantação dos modelos de regulação e gestão desenvolvidos pelas agências reguladoras, pelos ministérios setoriais e pelos demais órgãos afins, opinando, a seu juízo ou quando provocada, dentre outros aspectos, acerca:

a) dos reajustes e as revisões de tarifas de serviços públicos e de preços públicos;

b) dos processos licitatórios que envolvam a privatização de empresas pertencentes à União, com o objetivo de garantir condições máximas de concorrência, analisando as regras de fixação das tarifas de serviços públicos e preços públicos iniciais, bem como as fórmulas paramétricas de reajustes e as condicionantes que afetam os processos de revisão; e

c) da evolução dos mercados, especialmente no caso de serviços públicos sujeitos aos processos de privatização e de descentralização administrativa, para recomendar a adoção de medidas que estimulem a concorrência e a eficiência econômica na produção dos bens e na prestação dos serviços;

IV - autorizar e fiscalizar, salvo hipótese de atribuição de competência a outro órgão ou entidade, as atividades de distribuição gratuita de prêmios, a título de propaganda, mediante sorteio, vale-brinde, concurso ou operação assemelhada, e de captação de poupança popular, nos termos da Lei nº. 5.768, de 20 de dezembro de 1971;

V - autorizar, acompanhar, monitorar e fiscalizar as atividades de que tratam os decretos-leis nº. 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, e nº. 204, de 27 de fevereiro de 1967;

VI - autorizar e fiscalizar as atividades de que trata o art. 14 da lei nº. 7.291, de 19 de dezembro de 1984;

VII - promover o desenvolvimento econômico e o funcionamento adequado do mercado, nos setores agrícola, industrial, de comércio e serviços e de infra-estrutura:

a) acompanhando e analisando a evolução de variáveis de mercado relativas a produtos, ou a grupo de produtos;

b) acompanhando e analisando a execução da política nacional de tarifas de importação e exportação, interagindo com órgãos envolvidos com a política de comércio exterior;

c) adotando, quando cabível, medidas normativas sobre condições de concorrência para assegurar a livre concorrência na produção, comercialização e distribuição de bens e serviços;

d) compatibilizando as práticas internas de defesa da concorrência e de defesa comercial com as práticas internacionais, visando à integração econômica e à consolidação dos blocos econômicos regionais; e

e) avaliando e se manifestando expressamente acerca dos atos e instrumentos legais que afetem as condições de concorrência e eficiência na prestação de serviços regulados e de livre comercialização, produção e distribuição de bens e serviços.

IX - Formular representação perante o órgão competente, para que este, querendo, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificada norma ilegal e/ou inconstitucional que tenha caráter anticonpetitivo;

X - desenvolver os instrumentos necessários à execução das atribuições mencionadas nos incisos I a VIII deste artigo; e

XI - promover a articulação com órgãos públicos, setor privado e entidades não-governamentais, também envolvidos nas atribuições mencionadas nos incisos I a VIII deste artigo(grifo nosso).

A Secretaria de Acompanhamento Econômico difere da Secretaria de Direito Econômico, basicamente em virtude das funções de cada um dos Ministérios onde estão inseridas, enquanto a primeira tem uma preocupação mais com o aspecto econômico, mercadológico, especificamente com as estruturas de mercado, a

segunda se ocupa do papel jurídico, com as infrações cometidas e os direitos a serem tutelados.

A SEAE tem atribuição, prevista na Lei nº 8.884/94, de proceder à análise econômica da operação, do ponto de vista dos impactos sobre a concorrência, protegendo a concorrência por meio de análise de determinados atos para averiguar seus potenciais, efeitos negativos e positivos sobre o bem-estar econômico.

Os efeitos negativos podem decorrer de um eventual exercício de poder de mercado pela empresa concentrada – aumento de preços, fundamentalmente - enquanto os efeitos positivos derivariam de economias de escala, de escopo, de redução de custos de transação, entre outros, que podem proporcionar vantagens competitivas para as empresas participantes.

A SEAE tem o papel então de proceder a uma análise dos custos e dos benefícios dos atos de concentração, sugerindo a aprovação daqueles que gerem efeitos líquidos não-negativos para o bem-estar econômico e a reprovação ou a adoção de medidas corretivas em relação àqueles que gerarem efeitos líquidos negativos.

4.1.5 O Ministério Público

O Ministério Público tem a função constitucional de zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública e observância dos princípios constitucionais aplicados à atividade econômica, bem como de promover as ações necessárias para proteção do patrimônio público. Isso define a participação do Ministério Público, em juízo ou fora dele, como órgão de estado na defesa do consumidor e da concorrência.

Sua atuação em defesa da concorrência é discutida face ao que dispõe o parágrafo 5º do art. 128 da CF, segundo o qual as atribuições do MP são estabelecidas somente por via de lei complementar, o que invalidaria o estabelecido no parágrafo único do art. 12 da Lei nº. 8.884 que determina uma atribuição ao MP.

Contudo, qualquer dúvida acerca da legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa da concorrência pode ser deslindada em razão do que prevê a Lei Complementar 75/93 em seu art. 6º, inc. XIV, letra “b”, o qual dispõe que cabe ao MPU promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais em defesa da ordem econômica.

Outro argumento utilizado para validar a constitucionalidade do dispositivo em cheque é a permissão legal prevista na própria Lei complementar, em seu art. 5º § 5º, de lei regular os procedimentos da atuação do MP necessários à preservação dos serviços de relevância pública e, de conseqüência, para defesa dos direitos constitucionais do cidadão (artigos 11 e 16 Lei 75/93).

Na esfera judicial, o Ministério Público pode atuar tanto para viabilizar a execução dos julgados do CADE e dos compromissos perante ele assumidos, quanto para defender judicialmente a concorrência quando impugnar decisões do CADE e da SDE, podendo ainda promover Ação Civil Pública por infração à Ordem Econômica, bem como Ação de Declaração de Inconstitucionalidade⁴³, a Ação Penal em função de crime contra a ordem econômica, e ainda a promoção judicial de responsabilidade administrativa de particular, autoridade ou funcionário faltoso, em sintonia com o CADE, nos termos dos artigos 6º, 11 § 2º, 30, 35 e 78 da Lei 8.884/94.

No âmbito administrativo, o papel do Ministério Público é também de suma relevância, além de ser constitucionalmente garantida sua participação em qualquer órgão colegiado estatal com funções correlatas (art. 6º §§ 1º e 2º, art.11, art.16 e art. 20) e outras funções previstas na Constituição e na lei (art. 5º, inc. VI).

O inquérito civil é outra forma de inserção do MP na defesa à concorrência, tendo em vista que se trata de instrumento de atuação do MP no que tange à sua possibilidade de requisitar diligências investigatórias (art. 7º, inc. I da LC 35), sem prejuízo também de sua participação em qualquer procedimento investigatório promovido pelos demais órgãos da Administração. A investigação de conduta pode ser casuísta ou setorial. Sua eficácia será mais significativa se fizer parte de um programa de trabalho adremente preparado (*competition compliance programme*).

⁴³ Este instrumento de uso apenas do Procurador Geral da República.

4.1.6 Advocacia Geral da União

Com participação prevista no artigo 35-A da Lei 8.884, tem a função de contribuir com o procedimento administrativo de defesa da concorrência, realizando requerimentos junto ao Poder Judiciário com a finalidade de buscar autorização para a realização de medidas investigativas.

4.1.7 Demais colaboradores

Além das instituições acima mencionadas outros órgãos, ainda que indiretamente, contribuem para a promoção e defesa da concorrência, dentre eles podemos citar as Procuradorias de Defesa dos Consumidores, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), as Juntas Comerciais etc.

Embora o papel desses órgãos não seja especificamente promover a defesa da concorrência, são dotados do dever público de cooperação para alcançar os princípios constitucionais vigentes e, portanto, também devem ser responsáveis pela realização do Princípio da Livre Concorrência.

A Organização Mundial de Comércio (OMC) em continuação ao Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) realizada entre os anos de 1986 e 1993, teve sua criação formalizada, politicamente, pela Declaração de Marraquech, de 15 de abril de 1994, e passou a existir, no plano jurídico, em 1º de janeiro de 1995. A organização administra o conjunto de acordos da Rodada Uruguai, que versam não apenas sobre os tradicionais temas ligados a acesso a mercados em bens, mas também novos temas (não incluídos no GATT 1947), como serviços e propriedade intelectual.

No Brasil as negociações e propostas da Rodada Uruguai realizadas pela OMC têm o condão de estabelecer de um sistema multilateral de comércio aperfeiçoado.

4.2 Legislação

Com o fito de complementar o comando constitucional objeto do presente estudo, por expressa 'solicitação' da própria Constituição, exsurge

pertinente legislação infraconstitucional, especialmente a Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994 (Há outras ligadas ao assunto em tela, tais como a Lei nº. 8.137/90, que tipifica os "Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo"; a Lei nº. 8.176/91, que determina quais são os "Crimes contra a ordem econômica e cria o sistema de estoques de combustíveis", bem como a própria Lei nº. 9.069/95, a qual cria o "Plano Real". E há, ainda, a Lei Delegada nº. 4, de 26 de setembro de 1962, devidamente recepcionada pela Carta de 1988, a qual "Dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.").

O Código Civil ao prevê hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, bem como ao consagrar a função social da propriedade, o princípio da boa-fé contratual, dentre outras disposições, também serve de substrato à Defesa da Concorrência.

Outro diploma a ser mencionado seria a Lei nº. 9.279 de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial e prevê crimes contra a propriedade industrial, contra os desenhos industriais, contra indicações geográficas e demais indicações, bem como aqueles cometidos por meio de marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda e aqueles crimes considerados de concorrência desleal. Essa mesma legislação também impõe limites ao tempo de exclusividade e à utilização da propriedade industrial de modo a se adequar ao princípio da livre concorrência.

A legislação tributária ao instituir determinados impostos, taxas e contribuições também leva em conta a proteção da concorrência e a justiça fiscal ao implantar alíquotas e isenções diferenciadas a produtos e serviços essenciais. Assim também o faz quando atribui tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte, um exemplo bem atual é a nova lei para as micro e pequenas empresas⁴⁴ que criou o super-simples, instituindo tanto o recolhimento simplificado dos tributos quanto diversas facilidades para a constituição de um empreendimento, o que além de minimizar a imensa sonegação de impostos também contribui para a materialização dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

⁴⁴ Lei complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2002.

O Código de Defesa do Consumidor também não poderia deixar de ser mencionado neste capítulo, pois além de criar diversos institutos de amparo e defesa do consumidor face à supremacia dos produtores, serve à defesa da concorrência ao prevê instrumentos limitadores do poder econômico, muitas vezes resultante de práticas concorrenciais danosas.

Outros diplomas legais também contemplam a livre concorrência, seja diretamente, seja indiretamente, podemos citar a legislação ambiental que, ao impor determinados limites à utilização dos recursos naturais, além de consagrar o desenvolvimento sustentável, se consubstancia como forma de proteção à livre concorrência ao passo que impede a exploração exagerada da natureza e preservação dos recursos para os demais seres humanos.

Assim, igualmente não há que se olvidar os demais atos normativos como resoluções, portarias etc., instituídas pelos órgãos de defesa e proteção da concorrência bem como pelos demais órgãos da administração pública os quais ainda que não diretamente imbuídos da realização da livre concorrência, tem o dever de efetivá-la a vista dos princípios que regem a administração pública.

4.3 Formas de defesa

A defesa da concorrência pode-se dar de duas formas, utilizando-se de métodos repressivos e de métodos preventivos.

Os métodos preventivos constituem modos de defesa da concorrência que visam evitar a prática de atos eventualmente danosos, através da prevenção à concentração de poder e seu conseqüente abuso.

Os métodos repressivos, por sua vez, asseguram a livre concorrência na medida em que põem termo a práticas de mercado que já operam efeitos danosos, servem para reprimir prejuízos advindos de situações já instauradas.

As formas preventivas de defesa da livre concorrência constituem, na maioria das vezes “monopólio da administração”, pois somente são implementadas pelos órgãos integrantes da Administração Pública legalmente criados e especificamente imbuídos nesse dever, a exemplo do CADE, da SDE e da SEAE.

As medidas repressivas que servem à defesa da concorrência além de serem passíveis de realização pelos órgãos institucionalmente designados para a realização dessa função, também podem ser suscitadas e efetivadas por outros entes como o Ministério Público, o Poder Judiciário e até mesmo o consumidor final ao se utilizar de meios assecuratórios de seus direitos, a exemplo do artigo 81 da Lei 8.078 de 1990, bem como o artigo 82 que apresenta um outro rol de legitimados para a defesa dos consumidores⁴⁵.

O Estado, de modo geral, no exercício de tarefas administrativas bem como ao impor um “plano econômico”, por meio do qual define os setores que merecem investimentos, ou ainda, os que precisam ser limitados, aqueles que serão tributados de maneira mais branda ou os que serão de maneira mais incisiva, ao determinar a essencialidade de alguns bens e serviços reservando para si sua exploração também atua, ainda que indiretamente, em defesa da concorrência, utilizando nessas hipóteses, a forma preventiva de proteção.

Os agentes econômicos lesados com as práticas abusivas também podem realizar alguma das formas de defesa da economia, por meio de instrumentos jurídicos ou não, que garantam sua liberdade de iniciativa. Nesses casos serão adotadas preferencialmente medidas repressivas tendo em vista que dificilmente terão meios para prevenir eventuais abusos por parte de um ou de um grupo de agentes.

4.3.1 Práticas combatidas

⁴⁵ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

O principal alvo das medidas de defesa da livre concorrência é o abuso de poder econômico consubstanciado através da concentração do mercado, contudo tal causa não é a única a ser combatida por meio da instrumentalização do Princípio da Livre Concorrência.

Fusões, trustes, quartéis, oligopólios, compra de concorrentes e/ou fornecedores, *joint ventures* são espécies de procedimentos e relações que podem levar à concentração de um determinado mercado tido por relevante. A legislação nacional que visa preservar a livre concorrência entende que qualquer desses tipos de prática só será atentatória se implicar em malferimento dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa de modo a macular a estrutura do mercado trazendo sérios prejuízos a todos que dele participam. Nesse sentido vejamos a opinião de Marco Aurélio Paganella:

As fusões, aquisições, incorporações e *joint ventures*, como típicos atos de concentração, não são, em si, atos que configuram práticas abusivas, mas, que, no entanto, dependendo de como são conduzidos e/ou produzidos, assim poderão ser considerados. Logo, prevendo a lei tal possibilidade e instituindo mecanismos e/ou instrumentos que coíbam as práticas tipificadas como danosas à economia, então é lógico concluir que estas são disposições relevantes.⁴⁶

Para que se realizem práticas atentatórias ao desenvolvimento sustentável da economia, em geral faz-se necessário que não haja equilíbrio econômico, ou seja, que determinado grupo ou agente concentre em suas mãos grande parte de poder de modo a neutralizar a força dos demais, impondo seus interesses desmedidamente, razão pela qual a sufragação legal do Princípio da Livre Concorrência se preocupou prioritariamente com a concentração.

Dentre as práticas de concentração, a doutrina costuma a discriminar dois tipos: a concentração vertical e a concentração horizontal. A primeira seria uma espécie de dominação do mercado realizada por meio de controle de fornecedores ou consumidores de um determinado setor, trata-se de estratégia de cooperação que implica na participação ou comando de empresas fornecedoras de material essencial à feitura do produto ou à prestação do serviço, será punível sempre que

⁴⁶ PAGANELLA, Marco Aurélio. A Constituição, o princípio da livre concorrência e o sistema de mercado dual ou misto . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 222, 15 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4823>>. Acesso em: 01 maio 2007.

visar à dominação do mercado e ao impedimento do funcionamento de empresa concorrente.

A integração vertical pode ser de três tipos: Integração vertical para trás ou para nascente segundo a qual a companhia monta ou adquire subsidiárias que produzem componentes dos seus produtos. O Controle destes fornecedores pretende criar o fornecimento estável dos componentes e assegurar a qualidade consistente do produto final.

Já a integração vertical para a frente ou para poente corresponde à espécie na qual a companhia monta ou adquire subsidiárias que distribuem ou vendem produtos aos consumidores ou que os incorporam no seu processo produtivo.

Pode haver ainda a integração vertical nos dois sentidos na qual a empresa amplia suas atividades tanto nas seções de fornecimento quanto de vendas.

A concentração horizontal manifesta-se através de pactos e acordos entre empresas do mesmo nível produtivo, em geral pela fixação de preços ou pela divisão do mercado, visam garantir a supremacia da participação de determinado grupo.

Outras práticas também são consideradas puníveis segundo a legislação de proteção e defesa da concorrência, dentre elas podemos citar a prática de preços predatórios, de *dumping* e de *underselling*. Caracterizando-se o primeiro pela oferta de bens e serviços abaixo do preço de custo com o fito de dominar o mercado, enquanto o *dumping* seria a exportação de produto em preço menor que o praticado no mercado de origem, e o *underselling*, por sua vez, corresponderia à venda de produto abaixo do preço normalmente praticado em determinado mercado. Acerca do assunto é bastante elucidativo o comentário de Welber Barral:

Fundamentalmente, o *dumping* se caracteriza pela discriminação de preços entre mercados nacionais distintos. O *underselling* pode ser identificado a partir da venda de produtos abaixo de seu preço de custo. O preço predatório, a seu turno, será identificável como prática visando à

eliminação dos concorrentes, através da venda de produtos a preços impraticáveis.⁴⁷

A Lei 8.884 de 1994 considera infração, especificamente, as seguintes práticas:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

⁴⁷ BARRAL, Welber. **Dumping, underselling e preço predatório**. Revista de Direito Econômico – Conselho Administrativo de Direito Econômico –CADE, nº. 29, Brasília, 1999

XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;

XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;

XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

Para o melhor entendimento dos dispositivos acima transcritos cumpre conceituar mercado relevante, o qual seria o mercado que interessa no caso concreto sob o aspecto geográfico ou sob o aspecto geográfico de um determinado produto. Este conceito mostra-se interessante, pois serve de parâmetro para distinguir se uma conduta é ou não atentatória à Ordem Econômica, se determinada prática se mostra passível de operar prejuízos e efeitos negativos à economia de um determinado local.

Afinal, além da prática em si, há que se considerar o prejuízo, ou potencial dano causado pela sua efetivação.

4.3.2 Medidas de defesa

O Princípio da Livre Concorrência se materializa ao passo em que se permite a participação dos agentes econômicos no mercado, contudo, a vista da conduta de determinados atores do cenário econômico, por vezes, se obsta ou ameaça tal liberdade.

Para realizar a defesa e proteção do interesse público e do interesses dos particulares eventualmente prejudicados em virtude de práticas anticoncorrenciais, o ordenamento jurídico pátrio prevê medidas realizáveis em diversas esferas da ordem jurídica.

4.3.2.1 Medidas Administrativas

Administrativamente a operacionalização do Princípio da Livre Concorrência na Ordem Econômica se realiza perante os órgãos institucionalmente criados para implementá-la, quais sejam aqueles que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, especialmente perante o CADE.

O processo administrativo inicia-se a requerimento do Secretário da SDE, o qual é responsável pelas averiguações preliminares e pela fase instrutória. A fase de julgamento, por sua vez, fica a cargo do CADE.

Instaurado o inquérito, o representado será notificado para a apresentação de sua defesa, na ausência ou intempestividade de sua resposta será considerado revel, reputando-se confessos os fatos relatados no requerimento.

A participação do revel a qualquer momento no processo é permitida, não havendo, contudo, a repetição dos atos.

Durante a instrução processual, cumpridas as exigências legais, poderá ser celebrado Acordo de Leniência que consiste em ajuste que permite ao infrator participar da investigação, com o fim de prevenir ou reparar dano de interesse coletivo.

No Brasil, o Programa de Leniência da SDE é uma das inovações na área do direito da livre concorrência, previsto no artigo 35-B da Lei 8.884/94,

acrescentado pela Lei 10.149/00, e consiste na possibilidade de acordo entre a Secretaria (em nome da União) e a pessoa física ou jurídica envolvida na prática da infração a ordem econômica que confessar o ilícito, e apresente provas suficientes para a condenação dos envolvidos na suposta infração. Em contrapartida, o agente tem os seguintes benefícios: extinção da ação punitiva da administração pública, ou redução de 1/3 a 2/3 da penalidade.

Concluída a instrução processual, os autos serão distribuídos a um conselheiro do CADE, que funcionará como relator, devendo abrir vistas à procuradoria para manifestação.

O julgamento é realizado pelo plenário do CADE, oportunidade na qual poderão o Procurador-Geral, o representado ou seu advogado ter direito à sustentação oral durante quinze minutos para cada parte. Até o início do julgamento poderá ser proposto compromisso de cessação sempre que em juízo de conveniência considerar adequado à preservação da ordem econômica.

Trata-se de instituto processual capaz de interromper o processo administrativo mediante proposta de cessação de atos danosos. Este instituto, após a reformulação impetrada pela Lei 10.149 de 2000, tem o fito de trazer mais eficiência ao atendimento dos anseios dos titulares da garantia preservada, bem como de proporcionar ao representado a reparação de sua conduta e o prosseguimento de suas atividades em atenção ao princípio constitucional objeto do presente estudo.

A decisão do CADE será tomada por maioria absoluta de seus membros, com a presença mínima de cinco deles, a qual deverá conter os requisitos do artigo 46 da Lei 8.884⁴⁸.

⁴⁸ Art. 46. A decisão do Cade, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterá:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso anterior;

III - multa estipulada;

IV - multa diária em caso de continuidade da infração.

Parágrafo único. A decisão do Cade será publicada dentro de cinco dias no Diário Oficial da União.

Seu cumprimento será fiscalizado pelo próprio CADE, que, no caso de inadimplemento solicitará ao Procurador-Geral que providencie sua execução judicial.

Em qualquer momento no curso do processo poderá ser adotada medida preventiva ou ordem de cessação quando houver perigo de dano ou lesão ao mercado, bem como possibilidade de resultado ineficaz do processo.

Além das medidas repressivas determinadas por meio do processo administrativo, os órgãos de defesa da concorrência poderão realizar medidas preventivas, como é o caso do controle de atos e contratos que os agentes econômicos venham a realizar.

Nessas hipóteses, os atos e contratos serão submetidos à aprovação ou indeferimento pelo CADE, logo após prévia análise da SDE e parecer técnico da SEAE que estudará os possíveis impactos decorrentes dos negócios na economia nacional.

Esse controle é permitido tendo em vista a atuação conjunta com a CVM e com o DNRC/MICT, os quais deverão comunicar à SDE as mudanças de controle acionário das companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo das obrigações das partes envolvidas.

As Juntas Comerciais, por sua vez, ao arquivar atos de constituição, transformação, fusão incorporação ou agrupamento, bem como quaisquer outros atos constitutivos, deverão estar atentas a uma série de requisitos com vistas a fiscalizar a observância da aplicação do Princípio da Livre Concorrência.

O Compromisso de Desempenho é outro instrumento administrativo de defesa e promoção da livre concorrência. Traduz-se em um elenco de metas a serem cumpridas pelas empresas que pleiteiam do CADE autorização para realizar atos que potencial ou efetivamente venham ocasionar alguma nocividade às relações concorrenciais.

Para o entendimento do referido instituto é bastante elucidativo o voto da ex-conselheira do CADE, Neide T. Malard, proferido no ato de concentração nº.6/94:

Ainda que a lei tenha fixado os pressupostos fáticos, não se trata de poder vinculado, posto que o Colegiado não se limita à contestação daqueles para aplicar-lhes a hipótese legal. A atuação do CADE não se dá de forma automática, de vez que o conteúdo dos pressupostos fáticos foi delineado por conceitos imprecisos. Cabe, pois ao CADE fixar-lhes o sentido no caso concreto: qual o grau de eficiência ou de melhoramento de qualidade de um produto ou de um serviço a justificar a formação de um monopólio; a parte substancial de cada mercado relevante geográfico ou de um produto em que a concorrência não poderia ser eliminada; os limites que seriam estritamente necessários para se atingir os objetivos visados na transação; o que poderia ser considerado benefício para o consumidor e em que proporções seria ele considerado equitativo para o fabricante e para o consumidor.⁴⁹

Com base nos argumentos acima, tem-se que se trata de exercício de poder discricionário do CADE, com o fito de adequar a conduta potencialmente danosa aos anseios da comunidade.

Não se trata, contudo, de mera decisão condicional do CADE, sujeitando o julgamento favorável ou não dos atos e contratos ao cumprimento do compromisso de desempenho, mas de determinação, passível de execução judicial, na qual o órgão judicante aprova a realização do ato ou contrato, impondo, de todo modo o cumprimento do referido compromisso.

4.3.2.2 Controle Judicial

Além das intervenções administrativas na Ordem Econômica para a realização do Princípio da Livre Concorrência, existem as defesas e o amparo judicial ao referido princípio.

Inicialmente, podemos citar os efeitos penais previstos pela Lei 8.137 de 1990, os quais devem ser buscados judicialmente, abaixo, vejamos os crimes contra a ordem econômica de acordo com o mencionado diploma legal:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:

- a) ajuste ou acordo de empresas;
- b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;
- d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;
- e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;
- f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.

⁴⁹ MALARD, Neide T. Ato de concentração n.6/94. Apud, PROENÇA, José Marcelo Martins, Concentração empresarial e o direito da concorrência. Editora Saraiva. São Paulo,2001,p.144 e 145.

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:
a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

III - discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

V - provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento;

VI - vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;

VII - elevar, sem justa causa, os preços de bens ou serviços, valendo-se de monopólio natural ou de fato.

VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado. (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Art. 5º Constitui crime da mesma natureza:

I - exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência;

II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço;

III - sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada;

IV - recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informando sobre o custo de produção ou preço de venda.

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso IV.

Art. 6º Constitui crime da mesma natureza:

I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regime legal de controle;

II - aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente;

III - exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa.

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

I - favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;

Outra forma de intervenção judicial é a execução das medidas administrativamente impostas e não cumpridas pelas empresas ou grupos promovidos.

O processo executivo seguirá o rito aplicado às execuções dos títulos extrajudiciais, tendo em vista a natureza legal atribuída às decisões do CADE. Caso a execução se restrinja à cobrança de multa, se dará conforme a execução dos títulos inscritos na dívida ativa da Fazenda Pública.

Em sede do processo executivo poderão ser utilizados todos os meios legalmente previstos para o efetivo cumprimento do disposto no título extrajudicial, inclusive intervenção empresa quando necessária.

O procedimento de que se trata aqui será promovido perante a Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do devedor, a escolha do CADE.

A oposição de embargos ou qualquer outra ação que vise à desconstituição do título executivo somente terá o condão de suspender a execução caso o executado preste caução idônea capaz de garantir a satisfação de toda a obrigação pleiteada, inclusive no que tange às multas diárias, suspensão que poderá ser afastada no todo ou em parte, ainda que da prestação da caução, quando houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação à ordem econômica.

A Lei 8.884/94 também determina a prevalência do feito executivo em discussão às demais ações, exceto o hábeas corpus e o mandado de segurança.

O poder judiciário poderá ser utilizado na promoção e defesa da livre concorrência também pelos prejudicados em razão do ato concorrencialmente danoso, os quais poderão buscar judicialmente indenizações e reparações pelos danos causados em virtude da ação anti-concorrencial dos agentes econômicos envolvidos em práticas arbitrárias, de patente abuso de poder econômico.

4.3.3 Outras alternativas

Além do controle administrativo e judicial, a proteção à ordem econômica também encontra regulação em outras formas de atuação do poder público, como é o caso da ação fiscal do Estado, que poderá através da instituição de tributos parafiscais realizar a promoção e defesa da livre concorrência.

Das espécies tributárias utilizáveis destaca-se a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), a qual poderá tanto atender ao planejamento econômico quanto ao controle direto do Estado na economia, evitando a concentração em razão do ônus tributário, bem como abusos dela decorrentes.

Além da espécie tributária acima mencionada, são passíveis de aproveitarem à livre concorrência os impostos e as taxas, quando sua incidência ou simples controle e apuração servirem para observar a atuação de determinada empresa ou grupo de empresas, sendo capazes de denunciar eventual prática anti-concorrencial.

A legislação internacional ao estabelecer acordos, bem como instituir limites e parâmetros referente ao comércio em âmbito mundial, é outro exemplo de forma de defesa da livre concorrência.

Acordos de cooperação internacional, tratados internacionais tarifários, e protocolos estabelecidos entre países ou dentro de blocos econômicos são exemplos de modelos que podem apoiar sobremaneira a defesa da concorrência.

No Brasil, além do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, contribuem para a efetivação do Princípio da Livre Concorrência o Acordo Entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América Relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, assim como o Acordo de Cooperação entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina Relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intrigante Princípio da Livre Concorrência tem despertado ao longo da história, uma série de questionamentos, uma vez que medidas justificadas na sua efetiva operacionalização, por vezes, determinam a imposição de certos limites aos agentes econômicos.

Desse modo, haveria uma constante contradição entre o real significado do preceito e o 'livre' que ele visa alcançar.

Todavia, no decorrer deste trabalho, foram apresentadas inúmeras "justificativas" à execução do princípio, restando cabalmente demonstrada sua perfeita harmonia com os demais preceitos e fundamentos relacionados a que se convencionou denominar: Ordem Econômica.

A garantia de uma concorrência livre é, antes de qualquer coisa, a base para uma sociedade economicamente justa, cujo escopo principal é o alcance do bem comum.

O alcance do tão almejado bem comum, até onde se sabe, somente será possível através do desenvolvimento, não só econômico, mas social. Devendo observar, em todo caso, a sustentabilidade, ou seja, a prática de atos não auto-destrutivos, capazes de preservar as condições de sua realização, protraindo a possibilidade de sua realização ao longo do tempo.

O Princípio da Livre Concorrência, enunciado como preceito guia da Ordem Econômica tem como objetivo justamente garantir a "sustentabilidade" de toda a economia, pois visa permitir a plena possibilidade de acesso ao mercado por parte dos agentes econômicos, reprimindo eventuais ameaças a tal garantia em virtude do abuso de poder econômico oriundo de sua concentração.

A aplicação do princípio não encontra óbice em função da ideologia econômica adotada por determinada sociedade, mesmo porque, inobstante a eterna contradição entre o pensamento liberal e o pensamento social, a existência de um sistema guiado puramente por apenas uma dessas correntes é uma utopia. O que se observa na realidade é a sobrevivência simultânea de preceitos característicos de cada uma das ideologias acima mencionadas.

O antagonismo filosófico não atinge o Princípio da Livre Concorrência, pois sua interpretação permite asserções tanto de ordem liberal como de ordem social.

Sua acepção liberal consiste na garantia da liberdade dos agentes econômicos de participarem no mercado de acordo com seus desejos empreendedores, todavia, tal participação além de respeitar os interesses alheios, deve atender às finalidades sociais, de tal sorte que, havendo excesso no exercício da garantia comentada, o princípio em questão baseará a atuação do ente público rumo à defesa dos interesses da coletividade.

Ora, como é sabido, não existe concorrência “perfeita”, de tal modo que a aplicação do Princípio da Livre Concorrência somente será dispensada em situações em que não há concorrência - o que ainda ocorre em virtude de alguns monopólios estatais (como exemplo podemos citar o fornecimento de alguns serviços públicos ou a exploração de determinadas atividades) ou naturais (como é o caso das patentes).

Assim, diante da afirmação acima, torna-se indiscutível a aplicação do princípio em debate, a qual é ainda confirmada pelos benefícios por ele proporcionados e pela dimensão dos eventuais prejuízos decorrentes de sua não aplicação.

Por outro lado, o Princípio da Livre Concorrência se adequa perfeitamente aos objetivos instituídos na Constituição Federal, servindo de meio ao seu alcance.

Em relação aos demais princípios (inclusive aqueles apenas indiretamente atinentes à ordem econômica) restou demonstrada não só a harmonia entre os preceitos, mas o caráter complementar que um implica no outro.

Ademais, acerca da Ordem Econômica, que no Brasil se fundamenta nos valores da livre iniciativa e da valorização do trabalho, o estudo ora realizado além de discriminar diversos de seus aspectos, relacionou-a com o fundamento essencial de todo o ordenamento jurídico, qual seja: a dignidade da pessoa humana, levando a concluir que o Princípio da Livre Concorrência ao ser usado como seu

parâmetro diretivo, ao buscar seu objetivo base, visa atender ao mencionado preceito fundamental da Ordem Jurídica.

Quanto à aplicação do princípio, foi observado o papel desenvolvido pelos órgãos exclusivamente criados para promoverem e defenderem a livre concorrência, bem como as formas de atuação da sociedade civil e demais entidades.

Constatou-se que essa atuação atende aos anseios da justiça, ao passo que proporciona a repressão a práticas maléficas sem, contudo, impedir o desenvolvimento da atividade empresária, por não impor limites insuportáveis àqueles que queiram investir na economia.

Embora desempenhem uma forma de controle, acabam por corroborar com o livre exercício de qualquer atividade comercial ao prevenir que se venha a tolher essa liberdade em razão de interesses egoísticos de uma minoria de agentes econômicos. E é a eficiência desse controle que determina a aplicabilidade do princípio em comento.

Por todo o exposto, forçoso se faz o reconhecimento da importância do Princípio da Livre Concorrência, não só em virtude dos aspectos econômicos que ele possa implementar, mas em função de seus reflexos sociais.

Comprovada sua perfeita inserção no ordenamento jurídico e os benefícios de sua operacionalização, há que se terminar a presente obra com a certeza da possibilidade de praticar o direito em busca de uma sociedade mais justa, através do Princípio da Livre Concorrência.

Afinal, os interesses individuais somente serão bons se atenderem aos interesses coletivos, devendo, portanto, a liberdade individual e o interesse específico de cada um respeitar às necessidades de toda a comunidade. O que somente será possível em sede de uma concorrência livre para todos, não apenas para alguns.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRAL, Weber. **Dumping, underselling e preço predatório**. Revista de Direito Econômico – Conselho Administrativo de Direito Econômico – CADE, nº. 29, Brasília, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo, Editora Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra, **Comentários à Constituição do Brasil**, vol. 7, São Paulo: Saraiva, 1990

BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**. São Paulo : Celso Bastos Editor, 2002.

BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. St. Paul Minn: West Publishing Co., 1979.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: PINTO, Antonio L. T.; WINDT, Márcia C. V. S.; CÉSPEDES, Lívia (Colab.). **Vade Mecum Saraiva**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Lei complementar nº. 123**, de 14 de dezembro de 2002. Disponível no endereço. www.presidencia.gov.br/legislação.

_____. **Lei 8.884 de 11 de junho de 1994**. In: PINTO, Antonio L. T.; WINDT, Márcia C. V. S.; CÉSPEDES, Lívia (Colab.). **Vade Mecum Saraiva**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Lei 9.021 de 30 de março de 1995**. Disponível no endereço. www.presidencia.gov.br/legislação.

_____. **Lei 10.149 de 21 de dezembro de 2000**. Disponível no endereço. www.presidencia.gov.br/legislação.

_____. **Lei 8.028 de 20 de abril de 1990**. Disponível no endereço. www.presidencia.gov.br/legislação.

CAMARGO, Marcelo Ferreira. **O Acordo de Leniência no sistema jurídico brasileiro**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 2, nº 79. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=278>> Acesso em: 25 fev. 2007.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **O capital na ordem jurídico-econômica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. Editora Almedina, Coimbra, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei 8.884/94**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 14. ed., 2002.

FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. **Dicionário Aurélio escolar da língua portuguesa**. 1ª ed. Editora Nova Fronteira, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo, Editora Saraiva, 1990.

FONSECA, João Bosco Leopoldino, **Direito Econômico**, 5ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.

_____, **Lei de proteção da concorrência –** Comentários à Lei Antitruste, 1ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1995.

FORGIONI, Paula Andréa, **Os Fundamentos do Antitruste**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11ª ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2006.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira, **Hermenêutica e a Unidade Axiológica da Constituição**, 2ª ed. Mandamentos 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, 19ª ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2005.

MOREIRA, Vital, **Economia e Constituição: Para o conceito de constituição econômica**, Ed. Stampa, Coimbra, 1970.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**. 15ª ed. Editora Atlas. São Paulo, 2004

MUKAI, Toshio. **Participação do Estado na atividade econômica – Limites jurídicos**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979.

NUNES, A. J. Avelãs, **Os sistemas econômicos: O Capitalismo – Gênese e Evolução**. Serviço de Acção Social da U.C., Serviço de Textos, Coimbra, 2003.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Gesner. **Concorrência: panorama no Brasil e no Mundo**. São Paulo, Editora Saraiva, 2001.

PAGANELLA, Marco Aurélio. **A Constituição, o princípio da livre concorrência e o sistema de mercado dual ou misto** . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 222, 15 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4823>>. Acesso em: 01 maio 2007.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo, Editora Saraiva, 2001.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª ed. São Paulo, Malheiros Editores.2007.

SMITH, Adam, **A riqueza das nações**, Trad. De Carmo Cary e Eduardo Lúcio Nogueira, 2ª ed. São Paulo, Abril Cultural, 1979.

TELLES JÚNIOR, **O direito quântico**, 5ª ed. Max Limonad, São Paulo, 1980.

WEBER, Max. **Economy e sociedad**. Trad. de José Medina Echverria e outros. México, Fondo de Cultura Económica, 1969.