

DIREITO CONCORRENCIAL: ORIGENS E PRINCÍPIOS

José Maria Ramos ¹
Elmer da Silva Marques ²

Área de conhecimento: Direito

Eixo Temático: Ciência do Direito, Teorias jurídicas e a relação do Direito com ciências afins.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo realizar uma análise do Direito Concorrencial a partir das suas origens, a regulação e os princípios do direito concorrencial. Elegeu-se o método dedutivo para desenvolver uma pesquisa teórico-bibliográfica, com a finalidade de alcançar conclusões aptas a contribuir com a temática. O Direito Concorrencial tutela a estruturação do mercado, que reflete nos interesses dos empresários lesados por práticas anticoncorrenciais bem como os interesses dos consumidores, trabalhadores e até da sociedade de forma em geral, garantido os princípios da livre concorrência e os valores sociais do trabalho, da soberania, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, das desigualdades sociais regionais, entre outras. Sendo assim cabe ao Estado assumir a posição de gerir e estabelecer regras de atuação dos agentes econômicos bem como de fiscalizador do cumprimento das mesmas, observando os princípios constitucionais.

Palavras-chave: Antitruste. Defesa da Concorrência. Direito Concorrencial.

INTRODUÇÃO

O direito concorrencial representa um ramo do direito que disciplina todas as atividades econômicas desenvolvidas na economia de mercado, regulamentando o jogo de forças que se estabelece entre a demanda e a oferta de bens e serviços, agrupando um conjunto de disposições legislativas, regulamentares e institucionais que visam garantir o respeito ao princípio da liberdade do comércio e da indústria. Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo realizar uma análise do direito concorrencial a partir das origens, a regulação e os princípios do direito concorrencial.

De acordo com Oliveira e Rodas (2004) *apud* Salomi (2012, p. 44), este ramo do direito consiste em um “[...] conjunto de regras jurídicas destinadas a apurar, reprimir e prevenir as várias modalidades de abuso do poder econômico, com intuito

¹ Professor Assistente do Curso de Ciências Econômicas, Unioeste – Francisco Beltrão Mestre em Desenvolvimento Regional e Urbano/UNIFACS. Economista/Unioeste-Toledo. Graduando em Direito - Unioeste/Francisco Beltrão. E-mail para contato: jmramoseco@hotmail.com

² Professor Assistente do Curso de Direito, Unioeste – Francisco Beltrão. Mestre em Direito Negocial/Universidade Estadual de Londrina. Doutorando em Direito/UFPR. E-mail para contato: emaildoelmer@yahoo.com.br



de impedir a monopolização de mercados e favorecer a livre iniciativa, em favor da coletividade”.

O Direito Concorrencial está inserido no âmbito do Direito Penal, que segundo Franceschini (1996, p.8) pode ser definido como [...] “ramo do Direito Penal-Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade”.

Nesse sentido, o Direito Concorrencial deve proteger os agentes econômicos, mas não de forma unitária, dado que a liberdade de concorrer é direito conquistado coletivamente e deve ser exercido em prol do coletivo. Segundo Salomi (2012, p. 46) a “única titular do bem protegido pelas normas concorrenciais é a coletividade”.

Sendo a concorrência o valor a ser protegido pelo Direito Concorrencial, cabe ao Estado agir, dentro dos limites, auxiliando na tarefa de mitigar as imperfeições e falhas de mercado, principalmente aquelas relacionadas à assimetria de informações, preservando a existência da concorrência (SALOMI, 2012, p. 46).

Para Forgioni (2012, p.79), a intervenção do Estado na Economia deve objetivar a tutela da livre concorrência ou impedir os abusos do poder econômico, em outras palavras, uma norma antitruste. Sendo assim, as normas antitrustes devem ser consideradas, na atualidade, como instrumento do Estado para executar determinada política pública.

A disciplina da concorrência se insere em um contexto de “dupla instrumentalidade” do direito concorrencial moderno, inicialmente por organizar os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, posteriormente sendo instrumento que o Estado possui para influir nestes mesmos processos, visando a alcançar seus objetivos de política social (FORGIONI, 2012, p.82).

Destarte, tem-se que a manutenção de um livre mercado corresponde a um interesse difuso, assim a defesa da concorrência visa garantir a livre iniciativa concorrencial, dado que a lógica capitalista pressupõe a disputa entre os agentes econômicos.

Para atingir os objetivos propostos nesse artigo elegeu-se o método dedutivo para desenvolver uma pesquisa teórico-bibliográfica, com a finalidade de alcançar conclusões aptas a contribuir com a temática. Além desta introdução o artigo está dividido em quatro seções, a primeira faz um resgate histórico da necessidade de



instrumentos que regulassem a concorrência; a segunda seção trata da regulação concorrencial e as escolas do direito antitruste; na terceira seção abordam-se os princípios constitucionais do direito concorrencial e, por fim as considerações finais.

1 ORIGENS DO DIREITO CONCORRENCIAL

O estudo histórico da concorrência tem como escopo compreender desde que momento a disciplina de concorrência e o livre mercado são tutelados pelo direito. A disciplina da concorrência, de acordo com Forgioni (2012, p.37), passou por três períodos históricos.

No primeiro, tinha como função eliminar distorções tóxicas, ou seja, visava resultados práticos e imediatos no regram dos agentes econômicos. Na Antiguidade Grega já se encontrava regulamentação sobre monopólios, de forma a gerar riquezas ao governo. Os monopólios estatais eram de curta duração e instituídos em períodos de dificuldades econômicas (FORGIONI, 2012, p. 37-38).

Na Antiguidade Romana também ocorria a prática dos monopólios tanto estatais quanto os concedidos a particulares que asseguravam renda ao governo. Mas começam a surgir as primeiras preocupações sobre a concorrência. Assim com o Édito de Zenão criou-se uma regulamentação a esta política de monopólios, que visava, de algum modo, tutelar a população, reprimindo o abuso econômico (FORGIONI, 2012, p. 40; SALAMI, 2012, p. 47).

Também na Idade Média encontravam-se os monopólios, que significavam regalias e privilégios concedidos pelo soberano. Nas cidades de maior desenvolvimento econômico surgiam autênticos monopólios privados, com características das grandes concentrações capitalistas contemporâneas (FORGIONI, 2008, p. 42).

A Idade Média traz elementos significativos em termos da história da concorrência, a partir das corporações de ofício, que surgem com o florescimento do comércio e dos artesões nas cidades.

As corporações não nascem de imposição das autoridades, mas sim da espontânea união dos agentes econômicos, catalisada pelo peculiar momento histórico. Não se pode, portanto, deixar de notar a semelhança da motivação da gênese da corporações de ofício e dos cartéis ou associações



atuais: *união dos agentes econômicos tendo em vista a proteção dos interesses que são comuns* (FORGIONI, 2012, p. 42).

As corporações de ofício possuíam regras e estatutos que determinavam condições de acesso, exclusão e características sobre a elaboração de seus produtos, com a finalidade de neutralizar a concorrência entre eles.

Diante desta situação, nascem regras de controle da atividade das corporações, condenando pactos anticompetitivos.

Ainda no primeiro período histórico, Forgione (2012, p. 50) destaca o mercantilismo, que era baseada em uma relação de exclusividade comercial das metrópoles com suas colônias, com a finalidade de aumentar o estoque de metais preciosos. O monopólio comercial era o instrumento básico para vincular a vida econômica da colônia à metrópole. A colônia tornava-se um mercado exclusivo da burguesia metropolitana, gerador de riquezas (HUBERMAN, 1986, p. 128).

Para Forgione (2012, p. 51) “o poder de conceder monopólios ou a exclusividade de exploração de determinado setor da economia constitui poderoso instrumento de poder nas mãos do soberano europeu”.

Entretanto, já no início do século XVI ocorrem contestações sobre a legalidade das concessões e reações ao poder do soberano, marcando, segundo Forgione (2012, p. 51) o início da história do antitruste, diante de decisões dos tribunais ingleses sobre a temática. E em 1624, o Parlamento inglês aprovou o *Statute of Monopolies*, impedindo a concessão real dos monopólios.

O segundo período surge a partir das transformações econômicas e sociais decorrentes da Revolução Industrial. A regulamentação do comportamento dos agentes econômicos tem função técnica, pois visa a garantir a manutenção e organização do próprio mercado, do sistema como um todo, assumindo que possui efeitos autodestrutíveis.

Com a Revolução Industrial, a relação mestre e aprendiz é substituída pela relação empregado e empregador, assim as condutas de mercado alicerçadas na proteção das corporações de ofício ou estatais também devem ser substituídas. Esse novo momento histórico impõe a necessidade da concorrência, do livre mercado, que segundo Forgione (2012, p. 57) a “livre iniciativa e livre concorrência tornam-se princípios do sistema”.



Em sua obra a Riqueza das Nações (1776) Adam Smith faz duras críticas ao monopólio e às condições privilegiadas de mercado, apontado que o desenvolvimento econômico não precisa do trabalho compulsório e dos sistemas de monopólio (REZENDE FILHO, 2000, p. 137), ou seja, um ataque direto ao mercantilismo, em que o governo não deveria interferir no comércio internacional, e que a eficiência econômica resultaria das alocações dos produtores.

A ideia de Smith era a de que a riqueza de uma nação dependia da sua capacidade produtiva e não da posse de metais preciosos. A divisão e especialização do trabalho provocada pelo comércio internacional deverá trazer ganhos de produtividade a serem repartidos pelos parceiros intervenientes nas trocas (SMITH, 1983, p.372).

Adam Smith desenvolveu a ideia da "Teoria da Mão Invisível", que escondida no aparente caos da atividade econômica está a ordem natural. “Há uma mão invisível que direciona o comportamento do interesse próprio para um tal caminho que o bem social emerge” (BRUE, 2005, p. 70), pois “ao perseguir seu próprio interesse, o indivíduo, frequentemente, promove mais eficazmente aquela sociedade do que quando realmente pretenda promovê-la”.

O pensamento econômico da época é caracterizado pela liberdade de produção e comércio, com livre concorrência, em que a busca do interesse individual proporciona ganhos coletivos e organiza a economia de forma eficiente. Portanto, sendo desnecessária a intervenção do governo na economia, cabendo a este garantir o livre funcionamento da economia.

Para Adam Smith o Estado tem um papel importante, embora limitado, cabendo ao Estado desempenhar funções: “(1) proteger a sociedade do ataque estrangeiro, (2) estabelecer a administração justiça e (3) elevar e manter os trabalhos e as instituições públicas a fim de que os empresários não possam tentar obter lucros excessivos” (BRUE, 2005, p. 72).

Mas a livre atuação dos agentes econômicos teve como consequência uma elevação significativa da concentração de capitais e poder nas mãos de poucos, que Forgione (2012, p. 61) aponta como elementos que deram causa a “instabilidades que comprometiam a preservação do mercado [...] causando distúrbios sociais”.



As distorções socioeconômicas estimulou a regulamentação da concorrência entre os agentes econômicos, visando mitigar os problemas, que segundo Grau (2012, p. 22):

O modelo clássico de mercado ignorava e recusava a ideia 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 perseveraram a controlar os mercados. Daí o arranjo inteligente das leis antitruste, que preservam as estruturas dos mercados, sem, contudo, extirpar a hegemonia dos monopólios e oligopólios.

Nesse segundo período histórico, destaca-se o *Sherman Act* de 1890, nos Estados Unidos, que considerava ilegal acordos para fixação de preços ou quantidades produzidas entre empresas ou condutas que impedissem a concorrência. Mas, para Forgione (2012, p. 65) o *Sherman Act* não significou uma reação ao liberalismo econômico, tal medida visava corrigir as distorções provocadas pelo modelo liberal. Contudo, tal medida é vista como paradigma da legislação antitruste.

Por fim, o terceiro período marca seu início no primeiro quarto do século XX, a partir de crises do sistema capitalista que impõem uma compreensão mais complexa, concebendo a defesa da concorrência como elemento essencial na manutenção e organização do mercado, bem como instrumento de políticas públicas.

Com a crise de 1929, denominada como a Grande Depressão, as virtudes do liberalismo econômico ficam sob suspeita, e o Estado é chamado para intervir em diversos setores, ampliação de crédito às atividades industriais, incentivo à produção agrícola, intervenção no sistema financeiro e planejamento do comércio exterior. Com isso há significativa expansão de normas, regulando as ações dos agentes econômicos, ou seja, uma nova concepção dos deveres e responsabilidades do Estado com respeito à Economia.

Neste contexto, o Estado passa a intervir no sistema, com o escopo de evitar crises, por intermédio de instrumentos econômicos e jurídicos que, para Forgione (2012, p.78), lhe permitem:



Estabilizar, estimular e dirigir a economia sem apelar pela ditadura e substituir um sistema baseado na propriedade por um sistema de poder ostensivo. [...] técnicas de direção sobre o mercado, de que se utiliza o Estado em sua função de implementação de uma política pública.

Ao Estado assumir essas novas atribuições, com o intuito do promover o bem-estar social, faz surgir segundo Forgione (2012, p. 77), o Direito Econômico, como um ramo do direito, sendo entendido, como um “conjunto de técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica”.

2 REGULAÇÃO CONCORRENCIAL

A economia de mercado tem como um de seus pilares fundamentais a concorrência, que atualmente, dado o processo de globalização não está apenas nos limites geográficos de cada Estado. O modelo concorrencial embora não se constitua em um valor absoluto, ainda, significa o melhor caminho na proteção dos agentes econômicos.

Nesse sentido, o Estado deve garantir e preservar o equilíbrio entre os agentes econômicos, conforme estabelece o art. 170, incisos IV e V, da Constituição Federal, que determina como princípios gerais da ordem econômica a livre concorrência e a defesa do consumidor.

De acordo com Neves (2010, p. 35) “o Estado brasileiro tem como seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político”. A livre iniciativa, presente entre os fundamentos do Estado brasileiro, denuncia o modelo capitalista, que privilegia a iniciativa privada.

Ao definir o perfil da ordem econômica como de natureza neoliberal, a Magna Carta consegue conciliar a exploração da atividade de produção e circulação de bens e serviços realizada pelos particulares com a afirmação e proteção de valores que o interesse desses particulares comumente desrespeita (MELLO, 2008, p. 578).

Para Justem Filho (2011), embora a Constituição de 1988 estabeleça o sistema capitalista, baseado na propriedade privada dos meios de produção e no



livre exercício das atividades econômicas, foi atribuída ao Estado a competência para intervir no domínio econômico que, segundo Moraes (2010, p. 819), cabe ao Estado atuar como “agente normativo e regulador, com a finalidade de exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento indicativo ao setor privado, sempre com fiel observância aos princípios constitucionais da ordem econômica”, os quais serão analisados mais adiante.

De acordo com Silva (2003), a intervenção do Estado na ordem econômica pode ocorrer em duas modalidades: “participação e intervenção”, sendo que a primeira pode ser constatada quando o Estado desenvolve atividades empresariais. A segunda caracteriza-se como a forma de conter a ação da iniciativa privada. “Ambas constitui instrumentos pelos quais o Poder Público ordena, coordena e atua a observância dos princípios da ordem econômica tendo em vista a realização de seus fundamentos se seus fins” (SILVA, 2003, p. 780).

Assim a defesa da concorrência, segundo a Secretaria de Acompanhamento Econômico (2013).

Não é um fim em si mesmo, mas um meio pelo qual se busca criar uma economia eficiente. Em uma economia eficiente, os cidadãos dispõem da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis e os indivíduos desfrutam de um nível máximo de bem-estar econômico. O objetivo último da defesa da concorrência é tornar máximo o nível de bem-estar econômico da sociedade.

Segundo Mello (2008, p. 579), “cabe ao Estado incentivar o uso correto desse Poder Econômico, criando condições para o desenvolvimento das atividades econômicas, de forma a assegurar a livre iniciativa e a promoção dos valores sociais do trabalho”.

Os interesses protegidos pela concorrência, tutelada pelo Direito Concorrencial, abrange a estruturação do mercado, que reflete nos interesses dos empresários lesados por práticas anticoncorrenciais bem como os interesses dos consumidores, trabalhadores e até da sociedade de forma em geral (COELHO, 1995, *apud* Salami, 2012, p. 57).

Assim o Direito concorrencial abrange três interesses, primeiramente, cita-se o da ordem concorrencial, que é um interesse de ordem institucional, que para Salami (2012, p. 57) tem um duplo grau de proteção, haja vista que “suas garantias se prestam tanto à proteção de cada indivíduo quanto da coletividade”.



O segundo interesse abrange os consumidores, expresso no artigo inaugural da Lei nº 12.529/2011. Mas não significa que os consumidores sejam os destinatários diretos das normas concorrenciais. Pois a proteção da instituição concorrência significa a proteção do consumidor.

E, por fim, o interesse dos concorrentes, que podem ter prejuízos com práticas desleais de concorrência como preço predatório ou limitação de acesso aos concorrentes a insumos ou estruturas essenciais, que pode gerar perda de participação no mercado ou até mesmo a exclusão.

“As práticas anticoncorrenciais puníveis tutelam mediatamente os interesses dos concorrentes, sempre trazendo consigo a proteção imediata aos interesses institucionais da concorrência” (SALAMI, 2012, p. 60).

2.1 Escolas do Direito Antitruste

Para identificar os objetivos da defesa da concorrência é necessário considerar o sistema jurídico e o momento histórico. Forgione (2012, p.160) apresenta um rol de objetivos já atribuídos às leis antitrustes, como:

[...] redistribuição da renda; proteção das pequenas empresas; concentração do poder político; controle regional dos negócios, proteção dos trabalhadores; eficiência econômica; bem estar do consumidor; controle de preços; obtenção de resultados econômicos desejáveis; promoção da concorrência; promoção de condutas leais; limitação da atuação e da expansão das grandes empresas; controle do poder político dos grandes conglomerados; ampliação da capacidade competitiva das empresas nacionais para assegurar a participação no comércio internacional; e assim por diante.

Nesse sentido, pode se compreender que o direito de defesa concorrencial é instrumento de uma dada política econômica, que assume contornos ideológicos delimitados, mas não se resume a problemas relacionados com a eficiência econômica, pois “a legislação envolve a opção (política) que dá menor ou (nenhuma) importância a outras diretivas e, especialmente, defende o menor grau possível de atuação estatal” (FORGIONI, 2012, p. 163).

As diversas escolas da teoria econômica que buscam fundamentar a adoção das normas de defesa da concorrência divergem, segundo Forgioni (2012, p. 163),



quanto a duas questões centrais: a) qual a função das normas antitruste; e b) que objetivos deve perseguir? Para responder a essas questões faz-se necessário conhecer os fundamentos das Escolas de Harvard e Chicago.

Os defensores da Escola de Harvard, também denominada como “estruturalista”, dão ênfase à estrutura de mercado para aplicação do direito antitruste, haja vista que é a estrutura do setor predominante que determina a performance da indústria (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 22), pois “o agente econômico é propenso a utilizar sua posição dominante em um mercado para alavancá-la em outro” (FORGIONI, 2012, p. 167).

Para Gama (2005, p. 7) considera-se um mercado concentrado (estrutura), quando as empresas têm o poder de decidir o preço cobrado, constituindo um mercado mais amplo e proporcionando margens de lucro maiores (desempenho), dado o elevado grau de coordenação (conduta) das empresas. “Isto é, a estrutura influencia a conduta e determina o desempenho”, este modelo é conhecido como Estrutura-Conduta-Desempenho (ECD).

As políticas antitruste elaboradas a partir desta abordagem estruturalista vão se preocupar, sobretudo, com o aumento da concentração do mercado e com a presença de barreiras à entrada, pois “quanto maiores as barreiras à entrada, maior a possibilidade de colusão e elevação dos preços e melhor o desempenho das firmas em termos de lucratividade” (GAMA, 2005, p. 8).

Assim para Franceschini (1996, p. 17) “a defesa da concorrência visa um valor em si mesmo, destinado a coibir condutas abusivas de mercado, e preservar a multiplicidade de opções como instrumento de proteção dos consumidores contra a prática de preços supracompetitivos”.

A partir dos anos de 1980 a Escola de Chicago atinge seu auge, suplantando a Escola de Harvard. A Escola de Chicago se desenvolve a partir dos fundamentos e princípios da economia neoclássica, defendendo uma menor intervenção possível de regulamentação da economia pelo Estado. Entende que a concentração não deve ser a variável principal e decisiva a ser considerada na análise antitruste.

Nesse contexto, Forgioni (2012, p. 169) aponta que os institutos antitrustes “passam a ser pensados em termos de eficiência alocativa. Sob esse prisma, as concentrações (e o poder que delas deriva) não são vistas como um mal a ser



evitado, os acordos verticais passam a ser explicados em termos de economia de custos de transação e eficiências e ganhos para os consumidores”.

A Escola de Chicago na análise de Posner (1983) *apud* Forgionie (2012, p. 172) indicava que, “sendo impossível determinar a solução mais justa em cada caso concreto, é social e democraticamente preferível que a alocação de recursos entre os indivíduos seja realizado pelo mercado, e não pelo direito [...]. Assim, a tomada de decisão na sociedade dever ser feita de acordo com o critério econômico da *eficiência alocativa*, que reverterá sempre em prol do bem estar do consumidor”.

Com o enfoque na eficiência alocativa, a Escola de Chicago provocou um deslocamento do eixo das discussões de políticas antitruste, saindo da política econômica para as teorias econômicas, que segundo Forgionie (2012, p. 172) “pode levar o estudioso do antitruste na armadilha da análise econômica do direito, que mostra, qual canto da sereia, fórmulas aptas a resolver os casos concretos que se apresentam”. Todavia, a ciência econômica é um importante ferramental, “na medida em que explica a realidade e as consequências da tomada de decisão jurídica, sendo indispensável ao jurista” (Forgionie, 2012, p. 175).

A Escola de Chicago sofreu significativo abalo com a crise mundial de 2008, que diante da escassez de mecanismos de controle deteriorou a economia de países desenvolvidos e provocou pesados prejuízos ao bem estar dos consumidores.

Os abalos econômicos e sociais da crise mundial de 2008 fez com que Posner (2010) *apud* (Forgionie, 2012, p. 177) afirmasse que “*a capitalist system cannot consist just on free markets* [...] a rigidez da Escola de Chicago pode já não mais ser a mesma”, ou seja, o antitruste não se resume à simples busca da eficiência alocativa.

A partir dessas observações surgem “novas propostas, como a *Behaviour Economics*, ao desafiar o antes incontestável postulado da racionalidade dos agentes econômicos, que ao fim e ao cabo, a intervenção estatal na economia pode não ser tão pernicioso quanto antes apregoado”. Neste contexto (Forgionie, 2012, p. 177) assevera que “*o direito é um fenômeno complexo que não pode ficar enclausurado nos limites da economia*”.



Todavia, os transtornos decorrentes da crise mundial de 2008 não alteraram profundamente a supremacia da Escola de Chicago e as crenças de muitos dos seus seguidores (FORGIONE, 2012, p. 178).

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

A Constituição brasileira de 1988 ao tratar da ordem econômica, caracterizou esta como neoliberal fundada nos princípios do sistema capitalista, economia de mercado; em que os fatores de produção são de propriedade de agentes privados, que deles dispõem e podem deles valer-se para a obtenção de lucro (MOREIRA, 2006, p. 106).

Para Coelho (2008, p.187), “o modelo econômico definido na Constituição que se funda na livre iniciativa, mas consagra outros valores com os quais aquela deve se compatibilizar”, conforme se compreende com a leitura dos arts. 1º e 170 da Constituição.

Isso significa dizer que o Estado não adotou um capitalismo liberal “puro”, conformado nos preceitos das escolas econômicas, liberal clássica ou neoclássica e tampouco dos modelos, escolas neoliberais, sendo assim é admitida, segundo (GRAU, 2012, p. 187), [...] a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate econômico que pode levar a formação de monopólios e ao abuso do poder econômico.

A Constituição baliza o ordenamento econômico, repudiando o dirigismo, mas acolhendo o intervencionismo econômico, “que não se faz contra o mercado, mas a seu favor (Tercio Sampaio Ferraz Junior); a constituição é capitalista, mas a liberdade é apenas admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridades aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado (José Afonso da Silva)” (GRAU, 2012, p. 188).

Com essas considerações, faz-se necessário analisar os princípios sobre a ordem econômica, que de acordo com Grau (2012, p. 192) devem ser ponderados na sua globalidade, haja vista que “a Constituição não pode ser lida em tiras”.



3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição apresenta o princípio da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, III e como fim da ordem econômica, art. 170, *caput*. Para Moreira (2006, p. 107) esse princípio “assumiu com firmeza a condição de eixo central do sistema, de diretriz maior a irradiar-se na cognição e interpretação das demais normas”.

Nas palavras de Comparato *apud* Grau (2012, p. 195) a dignidade da pessoa humana apenas será assegurada se se permitir “o acesso a todos não apenas às chamadas liberdades formais, mas, sobretudo, às liberdades reais”.

3.2 Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

O texto constitucional indica no seu art. 1º, IV, o valor social do trabalho e a livre iniciativa e no *caput* do art. 170 da Constituição, estabelece como fundamento da ordem econômica, a valorização do trabalho humano.

De acordo com Grau (2012, p. 200 a 203), a livre iniciativa estabelecida no art. 1º, IV, da Constituição não pode ser resumida meramente como “princípio básico do liberalismo econômico”, isso significa dizer que “não se pode visualizar no princípio tão somente na afirmação do capitalismo”. [...] a livre iniciativa não exclui a iniciativa do Estado, não privilegiando como bem pertinente apenas à empresa.

A liberdade tutelada não é apenas para a empresa, mas também para o trabalho, visando à valorização do trabalho.

A valorização do trabalho quer significar que todos os indivíduos têm direito ao trabalho. Mas não a qualquer trabalho, porém apenas aqueles que sejam dignos e adequados, segundo uma perspectiva que atenda à concepção pessoal de adequação física, psicológica e moral (MOREIRA, 2006, p. 107).

A livre iniciativa, segundo Grau (2012, p. 201), pode ter desdobramentos relativos à liberdade de comércio e indústria e liberdade de concorrência. Essa classificação leva à distinção de liberdade pública e liberdade privada.

a) liberdade de indústria e comércio (não ingerência do Estado no domínio econômico):



- a.1) Faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública.
- a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública.
- b) liberdade de concorrência:
 - b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada;
 - b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada;
 - b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública (GRAU, 2012, p. 201-202).

Assim os empresários são livres para diversas decisões pertinentes aos investimentos e à busca de lucros, contudo tal liberdade não é absoluta, diante de impedimentos jurídicos, como exemplo os monopólios do Estado (petróleo e minerais nucleares), ou exploração de atividades que afetam os valores socioculturais (proibição à exploração da prostituição alheia) e trabalhos que impliquem degradação do ser humano (MOREIRA, 2006, p. 107).

3.3 Princípio da propriedade e sua função social

A Constituição apresenta nos incisos II e III do art. 170, princípios da propriedade privada e a função social da propriedade, respectivamente. A função social deve ser entendida no sentido de que a funcionalidade da propriedade não deve só atender os interesses imediatos do proprietário, mas sim voltada aos interesses da coletividade; principalmente, quando se trata da propriedade dos bens e fatores produção.

3.4 Garantir o desenvolvimento nacional

A Constituição traz entre os objetivos fundamentais a garantia do desenvolvimento nacional, conforme art. 3º, II. De acordo com Grau (2012, p. 214), “garantir o desenvolvimento nacional é tal qual construir uma sociedade livre, justa de solidária”, conforme estabelece o art. 3, I da Constituição. Nesse sentido cabe ao Estado desenvolver políticas públicas de promoção do desenvolvimento nacional.



O desenvolvimento deve ser entendido como avanços qualitativos, sendo diferente da ideia de crescimento econômico que é meramente quantitativo. O desenvolvimento supõe, segundo Bresser Pereira (1987, p.19):

[...] um processo de transformação econômica, política e social, através da qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo. Trata-se de um processo social global, em que as estruturas econômicas, políticas e sociais de um país sofrem contínuas e profundas transformações.

O desenvolvimento deve proporcionar “um salto de uma estrutura social para outra, acompanhando a elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário” (GRAU, 2012, p. 213). Daí a importância de não confundir desenvolvimento com crescimento. Este apenas quantitativo, que comporta uma parcela da noção de desenvolvimento.

O processo de desenvolvimento exige esforços de crescimento autossustentado, e que este promova progressiva mitigação das desigualdades sociais, que segundo Comparato *apud* Grau (2012, p. 215) “um processo dessa natureza não é natural, mas voluntário e programado. Ele somente se desencadeia com a instauração de uma política nacional de longo prazo, abrangendo todos os setores da vida social”.

3.5 O princípio da soberania

Segundo Moreira (2006, p. 109), o princípio da soberania significa, na leitura integrada do art. 170, I com o art. 4º, I da Constituição, que as decisões econômicas (públicas ou privadas) devem ser autônomas e independentes de gestões internacionais.

O Brasil como nação soberana deve definir políticas públicas voltadas não ao isolamento econômico, mas direcionar as suas decisões político-econômicas de forma a estabelecer condições de igualdade no mercado internacional (GRAU, 2012, p. 227).



3.6 O princípio da livre concorrência

O conceito de concorrência indica atos ou efeitos de concorrer, competir na seara das atividades econômicas, forçando as empresas um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos e organizacionais de produção ou distribuição de bens ou serviços. Nesse sentido, a livre concorrência, na área econômica, representa a disputa entre todas as empresas para obter maior e melhor espaço no mercado.

O princípio da livre concorrência previsto no Inciso IV do art.170 é um desdobramento do princípio da livre iniciativa. Segundo Moreira (2006, p.109), a livre concorrência prestigia a liberdade de ingresso (vedando as barreiras de entrada e saída), a liberdade de exercício e gestão. São proibidas violações à livre concorrência seja na forma de conduta dos agentes ou na forma de estruturas empresariais, pois a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, previsão do art. 173, § 4º, da Constituição.

A ausência da livre concorrência produz outras estruturas de mercado como monopólio e oligopólio, que geram situações de privilégios a determinados agentes produtores da atividade econômica em detrimento dos demais produtores e dos consumidores.

3.7 O princípio da defesa do consumidor

A defesa do consumidor vem positivada na Constituição tanto na condição de Direito Fundamental (art. 5º, XXXII) como na condição de princípio da Ordem Econômica (art. 170, V). Isso significa dizer que a defesa do consumidor deve ser interpretada a luz do princípio da dignidade da pessoa humana e em sua integralidade (MOREIRA, 2006, p.110).

É de responsabilidade do Estado a defesa ativa dos consumidores, que por meio da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) reconhece o consumidor - “pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço



como destinatário final” (art. 2º) -, como a parte mais vulnerável nas relações de consumo.

3.8 Princípio da defesa do meio ambiente

A defesa do meio ambiente, como princípio da ordem econômica está previsto no art. 170, VI da Constituição, que combinado com o art. 225 CF, relaciona-se com o princípio do desenvolvimento sustentável, que é a tentativa de buscar desenvolvimento tecnológico e científico, buscando equilibrar a exploração dos recursos naturais com uma sobrevivência digna, de forma a não esgotar os recursos naturais. De acordo com Lovelock *apud* Sirvinkas (2011, p. 104), desenvolvimento sustentável “é um alvo móvel, que visa o equilíbrio que procura integrar os três pilares do bem-estar social, prosperidade econômica e proteção em benefício das gerações atual e futura”.

A inserção do meio ambiente na ordem econômica, segundo Moreira (2006, p. 110), “celebra um antropocentrismo ecológico: uma compreensão não apenas antropocêntrica nem tampouco eco-fundamentalista. Trata-se de uma ponderação entre o direito à livre iniciativa e o dever (público e privado) de bem cuidar, preservar e manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Nesse sentido, Sirvinkas (2011) aponta que há um entendimento que a dicotomia desenvolvimento/preservação ambiental está superada, o que se precisa é a conciliação sustentabilidade com tecnologia, em benefício do meio ambiente. Portanto, a questão ambiental deve ser parte integrante das decisões econômicas.

3.9 Princípio da redução das desigualdades e busca do pleno emprego

O art. 3º, III, da Constituição elege como um dos princípios fundamentais a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais regionais, esse princípio é parcialmente ratificado no inciso VII do art. 170, CF.

Esse princípio expressa, segundo Grau (2012, p.215), a realidade nacional de pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais, ou seja, um quadro de



subdesenvolvimento que se pretende reverter. Nesse sentido, o Estado deve promover políticas públicas de desenvolvimento equilibrado entre as regiões, com um modelo cooperativo de federalismo.

Dentro desse contexto, tem-se a busca do pleno emprego, princípio da ordem econômica, art. 170, VIII. Segundo Grau (2012, p. 252), esse princípio visa a “expansão das oportunidades de emprego produtivo”, com emprego pleno de todos os recursos e fatores da produção.

3.10 O princípio de proteção às pequenas empresas nacionais

Esse princípio aponta para um tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte (art. 170, IX), tem por finalidade proteger os organismos que possuem menores condições de competitividade em relação às grandes empresas e conglomerados, para que dessa forma se efetive a liberdade de concorrência e de iniciativa.

O art. 179 da Constituição reforça o princípio de proteção às pequenas empresas ao estabelecer que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.

Para o cumprimento desse princípio instituiu-se por Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. A Lei nº 8.666/1993 também traz dispositivos que atendem os objetivos do princípio em comento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A defesa da concorrência visa garantir o respeito do princípio da liberdade do comércio e da indústria, protendendo a coletividade das diversas formas de abuso do poder econômico, cabendo ao Estado assumir a posição de gerir e estabelecer



regras de atuação dos agentes econômicos bem como de fiscalizador do cumprimento das mesmas, observando os princípios constitucionais.

As intervenções do Estado na economia, atuando na repressão às práticas que restringem a livre concorrência e a liberdade de mercado, apresentam papel fundamental para o desenvolvimento e crescimento econômico, quer seja nos momentos de maior liberdade econômica ou nos momentos de crise.

A regulação concorrencial deve preservar e garantir o equilíbrio entre os agentes econômicos, exercendo o interesse da justiça social e conferir prioridades aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado, com vistas à redução das desigualdades sociais, regionais, a busca do pleno emprego e do desenvolvimento nacional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 9 jun. 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 14 de abril. 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 14 de abril. 2013.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento e Crise no Brasil 1930-1983**. 15ª Edição. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BRUE, Stanly L. **História do Pensamento Econômico**. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5ª Edição, revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao direito da concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996.



GAMA, Marina Moreira da. **A teoria antitruste no brasil: fundamentos e estado da arte.** Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2005. Disponível em <http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD257.pdf>. Acesso em 13/04/2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 15ª Edição, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem.** 21ª Edição, Revista. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

JUSTEM FILHO. **Curso de Direito Administrativo.** 7ª Edição. São Paulo: Forum, 2011.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas e et ali. **Acordo de Leniência: A lógica do consenso na proteção dos interesses difusos tutelados pela lei antitruste.** In: Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia. Uberlândia, 2008, Vol. 36, p. 575-598.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 26ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Os Princípios Constitucionais da Atividade Econômica.** In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Vol. 45, Nº 0 (2006). Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewArticle/8751>. Acesso em 04/05/2013.

NEVES, Edmo Colnaghi. Acordos de Leniência. In: ZANOTA, Pedro & BRANCHER, Paulo (org.) **Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência.** São Paulo: Atlas, 2010.

REZENDE FILHO, Cyro de Barros. **História Econômica Geral.** 5ª Edição. São Paulo: Contexto, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial - as condutas.** São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMI, Maíra Beauchamp. **O Acordo de Leniência e seus Reflexos Penais.** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONOMICO. **Promoção e defesa da Concorrência.** Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/organizacao/promocao-e-defesa-da-concorrencia. Acesso em: 22/07/2013.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações: uma investigação sobre sua natureza e suas causas.** Volume I. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIRVINSKAS, Luiz Paulo. **Manual de Direito Ambiental.** 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

