

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E
ECONÔMICA E REGULAÇÃO**

GIOVANI CLARK

PAULO RICARDO OPUSZKA

JOSÉ BARROSO FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Giovani Clark, José Barroso Filho, Paulo Ricardo Opuszka – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-382-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Ordem Social. 3. Ordem Econômica. 4. Regulação. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

Não se pode esquecer que Economia, para além das escolhas sobre o uso dos recursos escassos necessários a vida e no incremento das forças produtivas, é decisão política e opção de prioridades.

Em tempos de crise econômica, seguida de grave crise política, e ainda do questionamento da legitimidade da atividade estatal – fragilizada pelo estágio puberdade/obsoleto da Democracia Brasileira, a partir de fissuras institucionais em que as funções do Estado disputam hegemonia em torno do Poder – enfrenta a academia a tarefa de compreender o estágio de desenvolvimento econômico e político do "projeto" brasileiro de Nação.

No Grupo de Trabalho: TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO I, a partir da elaboração de 25 artigos aprovados e apresentados, cujos temas variavam entre a constituição econômica brasileira, desenvolvimento sustentável e regulação de vários setores, mais uma vez, o Direito Econômico foi problematizado com eximia competência e profundidade, típicas do CONPEDI, na sua presente edição, assim como nas passadas.

Na tarefa profícua de análise dos trabalhos e intervenções da bancada coordenadora, percebeu-se trabalhos versando sobre o papel do Estado no processo produtivo, em face da sua intervenção direta e indireta, na busca do desenvolvimento socioeconômico; ou ainda, na visão de alguns, objetivando a efetivação do capitalismo humanista.

Destacou-se ainda os seguintes temas: regulação do petróleo; intervenções econômicas e direito na Internet - via discussão sobre o seu marco civil; serviço público de saúde a partir da entrada do capital estrangeiro no setor; inovadoramente, a inexistência de regulação da nanotecnologia no Brasil, essencial na saúde humana.

Também, sobressaiu os conteúdos relativos a produção científica voltada ao incentivo ao cooperativismo, enquanto o objeto de políticas públicas planejadas, a fim de efetivar o pluralismo produtivo constitucional; análise das práticas de abuso do poder econômico privado nas relações de consumo, etc.

O Grupo de Trabalho teve o intuito de construir uma oportunidade para a dialética e a retomada do projeto de desenvolvimento social, em meio a reincidência ao neoliberalismo de austeridade, sempre no sentido de problematizar a condição do Estado como propulsor /indutor da economia na produção capitalista da América Latina, ao mesmo tempo em que o projeto de síntese capital/trabalho globalizante, desde o desenvolvimentismo do setor público, vem sendo atropelado, de forma avassaladora, pela financeirização da Economia, e é preciso, então, compreendê-lo em suas nervuras.

Paulo Ricardo Opuszka/UFPR

Giovani Clark - PUC Minas/UFMG

José Barroso Filho - Ministro do STM

A LIVRE INICIATIVA E A LIVRE CONCORRÊNCIA COMO PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A FREE ENTERPRISE AND FREE COMPETITION AS ECONOMIC ORDER OF GUIDING PRINCIPLES BRAZILIAN UNDER FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Tiago Antunes Rezende ¹
Lucilo Perondi Junior ²

Resumo

Este trabalho analisará a Ordem Econômica brasileira, consagrada pela Constituição Federal de 1988, a partir de alguns aspectos gerais, o qual foi elevado ao status constitucional. Em um primeiro momento, tenta-se estabelecer um conceito da Ordem Econômica, a partir de alguns critérios econômicos, haja vista a complexidade do tema. Outrossim, analisa-se o papel do Estado como fiscalizador e ao mesmo tempo como regulador dessa ordem econômica, destacando sua atuação, inclusive como concorrente dos agentes privados, constituindo ideias capitalistas, entretanto, reconhecendo aspectos eminentemente sociais. Por fim, dá-se ênfase a livre iniciativa e a livre concorrência, princípios norteadores da Ordem Econômica brasileira.

Palavras-chave: Livre iniciativa, Livre concorrência, Ordem econômica brasileira

Abstract/Resumen/Résumé

This paper will examine the Brazilian economic order enshrined in the Constitution of 1988, from some general aspects, which was elevated to constitutional status. At first, it tries to establish a concept of economic order, from some economic criteria, given the complexity of the issue. Furthermore, it analyzes the state's role as watchdog and at the same time as governor of this economic order, highlighting its work, including as a competitor of private agents, constituting capitalist ideas, however, recognizing eminently social aspects. Finally, emphasis is placed on free enterprise and free competition, guiding principles of the Brazilian Economic Order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Free initiative, Free competition, Brazilian economic order

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE (2016 - 2017). Pós-graduando em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU (2016).

² Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (Uninove). Pós-graduado em Direito Empresarial pela Escola Paulista de Direito (EPD). Professor do curso de Direito da Universidade Nove de Julho (Uninove).

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, fora aberta uma nova era jurídica no que diz respeito à Ordem Econômica no Brasil, pois tal matéria é elevada ao âmbito constitucional, já que se considerou relevante para o novo ordenamento jurídico social, que então surgia, à necessidade de disciplinar as relações entre as pessoas, empresas e o novo Estado. Na realidade a nova Constituição Federal que surgia não trouxe grandes novidades com relação à ordem jurídica, já que as Cartas de 1967 e 1969 (está representada pela Emenda Constitucional nº 1 de 17/01/1969), já traziam à tona princípios de natureza econômico-constitucional.

A Constituição Federal Brasileira dedica um Título completo a Ordem Econômica, o Título VII da Carta Magna, compreendendo os artigos 170 ao 192. O artigo inaugural da Ordem Econômica Constitucional, qual seja, o artigo 170, estabelece que seus fundamentos estão na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, objetivando uma justiça social, assegurando assim a todos uma existência digna¹. Desta forma, verifica-se que as bases econômicas constitucionais do sistema escolhido pelo Brasil, encontram-se insculpidos nos referidos artigos, compreendidos em quatro capítulos distintos: um sobre os princípios da atividade econômica; outro sobre a política urbana; um terceiro sobre a política agrícola e fundiária e sobre a reforma agrária; e finalmente, um quarto sobre o sistema financeiro nacional (SILVA, 2001, p. 798).

Para o presente trabalho, é interessante em especial as regras estabelecidas no primeiro capítulo da Constituição Federal, no que tange a ordem econômica pátria, o qual cuida dos princípios da atividade econômica.

¹ 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, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

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.

Analisar-se-á os principais fundamentos do Brasil no que diz respeito a sua Ordem Econômica, englobando tanto questões jurídicas, como econômicas, surgindo assim verdadeiras normas mínimas constitucionais, e, portanto, que devem ser respeitadas pelas demais leis infraconstitucionais. Construir e conceituar ordem econômica, principalmente na esfera jurídico-constitucional, trata-se de uma tarefa árdua, haja vista que se necessita adentrar em searas de estudos de diversas ciências, já que questões econômicas, financeiras e até mesmo políticas, se confundem ou mesmo se fundem com conceitos da ciência do direito.

Entretanto, não há como negar a importância do direito neste aspecto econômico constitucional, não apenas pela simples existência deste título específico na Constituição Federal, mas pela própria abrangência do tema que acaba permeando de forma intensa o estudo do direito.

1. A ORDEM ECONOMICA PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O direito é elemento constitutivo do modo de produção: as relações de produção, quaisquer que sejam elas, não se podem reproduzir sem a “forma” do direito; o direito é a instância de um todo complexo – a estrutura social global – instância, no entanto dotada de eficácia própria, que se manifesta no bojo de uma relação de causalidade estrutural, resultante da interação dela (instância jurídica) com as demais instâncias desse todo complexo (GRAU, 2004, p.61).

De forma geral, pode-se entender como ordem econômica de um país o conjunto de regramentos, inseridos sistematicamente no ordenamento jurídico, representados por normas e condutas exigidas legalmente, para que se respeite e se exija comportamentos mínimos e adequados dos sujeitos envolvidos na economia nacional.

A ordem econômica ainda que se oponha a ordem jurídica, é usada para referir-se uma parcela da ordem jurídica, que compõe um sistema de princípios e regras, compreendendo uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica e uma ordem social (GRAU, 2004, p.51).

O conceito de ordem econômica se é de ordem econômica constitucional que cogitamos – e, de fato, é – próximo, bastante próximo, do conceito de Constituição Econômica. Anteriormente a isso, contudo, devo deitar atenção a dois aspectos cuja exploração, embora breve, torna-se não apenas oportuna, mas ainda necessária à compreensão das reservas sob as quais se deve fazer uso da expressão e do próprio conceito de ordem

econômica. Nossas anteriores Constituições, salvo a de 1937, como acima relembrei, dispuseram sobre a “ordem econômica e social”, cuidando, a de 1988, de suas ordens, uma “econômica”, e outra “social”. A alusão, daquelas, a uma ordem econômica e social é creditada a um modismo no uso do adjetivo social, o mesmo que se manifesta na expressão questão social e vai repercutir nas escolhas das expressões Direito Social e Legislação Social. A Constituição de 1988, separando uma da outra – a ordem econômica da ordem social -, permanece a fazer concessão ao modismo. Tanto antes como agora, no entanto, a alusão a uma e a outra, além de injustificada, conduz ambigüidades. De uma parte, a menção a uma ordem social (seja econômica e social ou tão-somente social) como subconjunto de normas constitucionais poderia nos levar a indagar do caráter das demais normas constitucionais – não teriam elas, acaso, também caráter social? O fato é que toda a ordem jurídica é social, na medida em que voltada à ordenação social.

Ademais, poder-se-ia mesmo tudo inverter, desde a observação de quem a ordem social – ordem normativa, da sociedade – abrange, além da ordem jurídica positiva, uma ordem ética, inúmeras ordens religiosas e diversas ordens jurídicas não “positivadas”. (GRAU, 2004, pp 59 e 60).

Por essa definição, pode-se verificar a amplitude e importância prática da necessidade de se estabelecer uma ordem econômica que efetivamente esteja ligada com o funcionamento da economia, devendo esta, observar sempre como norteadora de atuação, as questões impostas pela Constituição Federal, no que se refere à ordem econômica nacional. Ainda, neste mesmo aspecto, a ordem econômica não trata apenas de um direito público puro, enganando-se aqueles que acreditam ser responsabilidade apenas do Estado, por meio de leis e políticas públicas fomentar adequadamente o mercado. Os agentes privados também têm grande participação, e quando se fala em desenvolvimento, de forma maciça na construção de independência econômica plena.

Não se pode separar, mesmo que apenas por uma questão formal, inserida na Constituição Federal de 1998, ordem econômica e ordem social, visto que uma depende da outra de forma direta. Ora, se a organização da ordem social depende da ordem econômica, para que esteja equilibrada, igualitária e justa, como se pode desassociar uma da outra?

Trata-se do reconhecimento de uma macroeconomia, extremamente complexa e delineada por conjuntos de princípios jurídicos e econômicos, formando assim um processo econômico sustentável e adequado. Assim se define a ordem econômica esperada pela Constituição Federal, por determinar um modo de produção econômica.

Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser) (GRAU, 2004, p. 61).

A ordem econômica, consubstanciada em nossa Constituição vigente é uma forma econômica capitalista, porque ela se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (SILVA, 2001, p. 764).

Há nesta definição, uma forte presença da atuação política, se valendo o referido autor de uma perspectiva da prática que efetivamente ocorre no “jogo do poder” em que se desenha nosso país. Entretanto, não há de se negar o caráter social que o Constituinte Originário quis inserir na ordem econômica que nascia com a promulgação da nova Carta, haja vista instituir a iniciativa privada e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica, estabelecendo inclusive, que eles devem estar inseridos nos ditames da justiça social.

Pode ser que com uma democracia ainda pouco madura e em desenvolvimento, não se conseguiu encontrar ferramentas que possam mesclar de forma adequada estas duas características importantes na economia do país (iniciativa privada e trabalho humano X justiça social), entretanto, já considerando sua existência como norma constitucional, já se vê uma grande preocupação no desenvolvimento adequado da economia e conseqüentemente da sociedade.

Que essa transformação, no mundo do ser, é perseguida, isso é óbvio. Retorno à leitura do art. 170 da Constituição de 1988: a ordem econômica (mundo do ser) *deverá estar* fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (GRAU, 2004, p. 63).

Identifica-se uma clara necessidade e intenção por meio da capitulação constitucional da ordem econômica, de se mesclar a vida econômica e social do país, o que não se pode encarar como um mal em si, haja vista estarem ligados intrinsecamente. O Estado está presente de várias formas na ordem econômica brasileira, seja por meio de leis promulgadas que regulam e impõe limites a atuação dos particulares, seja na elaboração de políticas públicas, visando à melhoria social, a qual tem impacto nas questões econômicas do país. Esta atuação mostra a postura reguladora da economia do Estado, se utilizando dos meios legais existentes, para que se imponha a prática de ações para controlar ou estimular a economia nacional.

De forma mais ampla no que diz respeito à atuação do Estado na economia, o próprio texto constitucional possibilita, em casos excepcionais, a exploração direta da atividade

econômica pelo Estado, por meio do artigo 173 da Constituição Federal², incumbindo ainda a ele a obrigatoriedade da prestação de serviços públicos, conforme se verifica no artigo 175³, além de imputar a ele a função de agente normativo e regulador da atividade econômica, como previsto no artigo 174⁴.

Isso significa que em alguns casos o próprio Estado concorre, juntamente com particulares na disputa do mercado e de consumidores, estando em lados muitas vezes antagônicos, tornando-se concorrentes em diversos segmentos da própria economia brasileira, as quais, inclusive, muitas delas vitais para a manutenção de uma ordem econômica sadia.

O fato é que apesar da cumulação de todas essas funções estatais, em nada desvirtua o caráter capitalista do sistema econômico adotado pelo Brasil. Apesar das características sociais, traçadas pela própria Constituição Federal, no que se refere especificamente à Ordem Econômica pátria, principalmente no âmbito constitucional, é a prevalência de características fortemente capitalistas que se sobrepõem. Há de se ressaltar a não descaracterização do sistema capitalista no âmbito da ordem econômica, mesmo diante do fato de que o Estado permita a atuação no campo econômico.

Aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). Isso caracteriza o modo de produção capitalista, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica, porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é a apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesse da classe dominante. A atuação do Estado, assim, não é nada mais nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Isso tem efeitos especiais, por que importa impor condicionamentos a atividade econômica, do que derivam os direitos econômicos que consubstanciam o conteúdo da constituição econômica [...]. Mas daí não se conclui que tais efeitos beneficiem as classes populares. Sua função consiste em racionalizar a

² Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

³ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

⁴ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

vida econômica com o que se criam condições de expansão do capitalismo monopolista, se é que tudo não seja efeito deste. (SILVA, 2001, p. 658).

Entretanto com a transição de um modelo de Estado liberal, baseado principalmente no “*laissez faire, laissez passer*”⁵, para um Estado social com um modelo econômico intervencionista estatal, surge um Estado tendencioso a regular sistematicamente a vida econômica do país.

Neste mesmo sentido, em muitas ocasiões dentro do próprio texto constitucional, verifica-se no que diz respeito à Ordem Econômica brasileira, princípios e soluções contraditórias, pois em muitos momentos se constata tendências consolidadas no próprio capitalismo liberal, consagrando inclusive valores fundamentais desse sistema, ora se verificando rumos e intenções socializadores. Tal preceito pode inclusive ser verificado no próprio artigo 170, ao passo que em seu *caput*, defende a valorização do trabalho humano, e em seguida protege a livre iniciativa, o que mostra características antagônicas de ambos os Estados: capitalista e social. De qualquer forma, estes fundamentos têm por finalidade assegurar a todos a existência digna.

Todavia, considerando que as relações sociais de trabalho e produção estão baseadas na livre iniciativa, na propriedade privada dos meios de produção e na livre concorrência, conforme preceituado no artigo 170, *caput*, incisos II e IV, considera-se que ordem econômica brasileira optou por um modelo essencialmente capitalista, já que os supracitados princípios básicos são de modo eminente capitalistas. Embora baseada nos princípios básicos do capitalismo, a ordem econômica pátria, garante, por meio de outros princípios diversos, conquistas sociais consolidadas ao longo da história, como a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a busca do pleno emprego, os quais têm características profundamente ligadas a um Estado Social.

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a *iniciativa privada* é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado (SILVA, 2001, p. 800).

⁵ Vincent de Gournay (1712 – 1759), autor da célebre frase: “*Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*” (Deixe fazer, deixe passar, o mundo vai por si mesmo). Essa frase foi de expressiva importância para que fosse lançado um dos pontos fundantes do pensamento liberal.

Para além de definir um sistema econômico – sistema capitalista – a ordem econômica constitucional define um modelo econômico, entendido este como “configuração peculiar assumida pela ordem econômica (mundo do ser), afetada por determinado regime econômico (GRAU, 2004, p. 306).

Trata-se de um modelo econômico em aberto, não finalizado, o que justifica a atuação constante do legislador ordinário, que tem a grata obrigação de complementá-lo, sempre obviamente respeitando os corolários existentes na Constituição Federal. Para que a ordem econômica tenha um funcionamento regular e equilibrado, sob a égide da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, bem como para a existência de uma justiça social atuante, valores que sempre devem estar implícitos quando da atuação na ordem econômica, deverão ser aplicados aos princípios gerais da atividade econômica, considerados cernes das diretrizes ligadas à iniciativa privada dos meios de produção e da livre iniciativa, consubstanciando a ordem capitalista da economia brasileira.

Assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição de riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resultada da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico. Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. (SILVA, 2001, p. 801).

O Brasil, como Estado organizado política e juridicamente, tem como um de seus objetivos dentro de sua ordem econômica, estabelecer normas e regular todas as atividades econômicas por meio de leis e órgãos fiscalizadores, de incentivo e planejamento, somando a tal atuação efetiva as próprias normas que regem o sistema econômico nacional.

Essa atuação se dá de forma direta ou indiretamente, protegendo a segurança do Estado e os interesses coletivos, considerando assim que a intervenção estatal é de suma importância para solucionar questões que possam comprometer a ordem econômica do país, baseadas principalmente nestes princípios constitucionais da ordem econômica. Os princípios da ordem econômica se referem à própria dinâmica das relações produtivas, as quais todos os agentes econômicos estão obrigatoriamente vinculados, previstos constitucionalmente no artigo 170.

A partir da análise desses princípios, unidos pelo bom e adequado funcionamento da ordem econômica, se tenta, por meio da Constituição Federal promulgada em 1988, deliberar a instalação de uma sociedade estruturada em um bem-estar social, estabelecendo assim igualdade entre todos, instrumentalizada principalmente pela legislação que trata de tal tema, sobretudo a infraconstitucional, que tem impacto direto no cotidiano dos agentes envolvidos nas relações econômicas do país.

Essa atuação estatal, conjugada com a regulação constitucional da ordem econômica, estabelece um dos pilares do Estado Democrático de Direito como mencionado por Eros Roberto Grau: consubstancia um meio para a construção do Estado Democrático de Direito que, segundo o art. 1º do texto, o Brasil constitui (GRAU, 2004, p. 307).

2. A LIVRE INICIATIVA COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA ORDEM ECONOMICA BRASILEIRA

As expressões “livre iniciativa” e “livre concorrência” tem estreita ligação com o sistema econômico de livre mercado, adotado pelo Brasil a contar de 1988. É assente a ideia de que o Estado, com mais ênfase a partir da Carta Federal de 1988, incentiva o empreendedor a ingressar no mercado competitivo, mediante a constituição de empresa, por exemplo. Mas este empreendedor deve ter ciência dos riscos inerentes a qualquer atividade econômica após a constituição regular da entidade e ingresso efetivo no mercado competitivo. Sabe-se que de um lado há o princípio constitucional da livre iniciativa, e de outro lado existe o risco próprio do negócio, e o empreendedor, desde a elaboração do contrato social ou mesmo da ata de constituição de uma companhia tem inequívoca ciência de que deverá cumprir com suas obrigações, e descomprimindo-as correrá sério risco de ser retirado do mercado (CLARO, 2009, p. 45).

Apesar de suas distinções e de figurarem em prismas diferentes dentro do sistema jurídico e econômico do país a livre iniciativa e a livre concorrência, estão intimamente ligadas quando se fala em ordem econômica. Estes dois princípios são de grande importância para que haja um desenvolvimento econômico e social no país, de forma adequada e que sendo aplicados harmoniosamente e efetivados de forma sustentáveis, são primordiais na busca da garantia do desenvolvimento nacional e diminuição das desigualdades sociais e regionais, objetivos claros dados pela Constituição Federal a República Federativa do Brasil⁶.

⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

De fato, a Ordem Econômica Constitucional depende diretamente desses princípios, para que a justiça social desejada e inclusive mencionada no art. 170 da Carta Magna, seja alcançada. Eles, conjuntamente, e claro não desprezando os demais princípios jurídicos econômicos coexistentes, trabalham como garantidores do equilíbrio do mercado.

A própria Constituição Federal no título que trata da ordem econômica, destaca que ela está fundada basicamente em dois pilares: a valorização do trabalho humano e na livre iniciativa; e depois no mesmo artigo 170, IV, destaca o princípio da livre concorrência.

Para se chegar a uma conceituação mais precisa e que atenda as expectativas da presente pesquisa, antes de se adentrar de forma mais densa ao tema proposto nesse capítulo (livre iniciativa e livre concorrência), se faz necessário resgatar alguns conceitos ligados diretamente ao sistema econômico brasileiro.

A pluralidade do sistema econômico adotado em nosso país é uma de suas grandes características, visto que se divide na atuação do agente privado e do agente público. Trata-se do mesmo sistema utilizado pela maioria dos países ocidentais, chamado de sistema dual.

Tem-se que o agente privado, por meio de seus processos próprios de tomada de decisão, será guiado pelo sistema de preços, atuando no âmbito do mercado livre.

Já o agente público, atua no mercado visando o equilíbrio do sistema mercantil, decidindo dentro da política a melhor forma de suprir as falhas do mercado e alcançar objetivos coletivos e comuns à sociedade. O Estado atua no setor econômico com basicamente dois objetivos: um primeiro, com o intuito de suprir disfunções na dinâmica do mercado e em um segundo lugar para que sejam alcançados determinados objetivos sociais e políticos (PINTO, 2009).

Estes objetivos estatais, que se podem classificar em políticos e sociais, devem apresentar a sociedade mudanças ou perspectivas de alterações razoáveis dentro da esfera econômica, e não se prestarem a satisfazer os anseios de poucos grupos que se encontrem no poder. Por esta razão, é necessário que estes objetivos sejam previamente estabelecidos e deixados claros a toda sociedade.

Pode-se assim considerar que em linhas gerais, os objetivos principais do Estado quando de sua atuação no cenário financeiro é o progresso econômico, visando uma estabilidade econômica. A atuação do particular conjuntamente com o Estado é essencial para

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

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

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

um equilíbrio da ordem econômica nacional, sendo que um investe altos valores no negócio que acredita (agente particular) e o outro tenta (agente público) regular da forma como entende razoável a economia, seja por meio de leis, políticas públicas ou mesmo atuando como concorrente do particular em alguns ramos importantes do mercado.

Considerando tais fatos, a aplicação dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, tenta-se atingir uma justiça econômica e uma liberdade econômica, que somadas a estabilidade econômica, direcionam um desenvolvimento sadio da economia nacional. Estas metas, no entanto, devem ser trabalhadas pelo Estado conjuntamente, já que estes objetivos não podem ser alcançados isoladamente, não podendo se negligenciar uma delas em detrimento a outra, afinal a falta de equilíbrio impediria o alcance dos objetivos buscados.

Tanto a livre iniciativa, como a livre concorrência, não se trata de princípios isolados e distantes da prática do mercado. Muitas políticas públicas, como o ajuste fiscal, a organização adequada do orçamento do Estado, o direcionamento dos investimentos desse orçamento, bem como leis, como a lei antitruste, Lei 12.529/2001⁷ e a própria lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei 11.101/05)⁸, são alguns exemplos do trabalho efetivo do Estado em aplicar os conceitos de ambos os princípios sob a ordem econômica. Por outro lado, o agente particular utiliza todo o seu “*know-how*”, investimentos, mão-de-obra e o insumo disponível para desenvolver sua atividade comercial, industrial ou prestação de serviço, dentro dos limites impostos e controlados pelo Estado.

O Estado realmente possui um controle sobre a atuação do particular quando este investe em um ramo da atividade comercial, entretanto, pela própria aplicação da livre concorrência e da livre iniciativa, há limites para a sua atuação, para que o empresário não perca a velocidade de negociação que se necessita atualmente.

Caso o Estado estabeleça regras rígidas demais ou mesmo que estão fora da realidade do mercado como um todo, isso prejudicaria em demasia os agentes particulares investidores, trazendo diversos problemas, como o próprio investimento, a concorrência entre os particulares ou mesmo da dificuldade em captar clientes e recursos.

A observância do princípio constitucional da livre iniciativa impõe a visão do outro lado da mesma moeda, que diz justamente com os riscos inerentes ao próprio negócio, aos

⁷ 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.

⁸ Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

riscos que livremente assumem todos aqueles que são empreendedores e que querem constituir uma empresa no Brasil (CLARO, 2009, p. 45).

Há dois vetores no princípio da liberdade de iniciativa: de um lado, antepõe um freio à intervenção do Estado na economia: de outro, coíbe, determinadas práticas empresariais. O primeiro vetor liga-se a questões estudadas pelo direito público, como por exemplo, as atinentes às atividades econômicas constitucionalmente reservadas à União, as condições para o estabelecimento de novas empresas, as posturas municipais definindo zonas em que a localização destas é autorizada ou proibida etc. O direito comercial ocupa-se do segundo vetor, vale dizer, da coibição das práticas empresariais incompatíveis com a liberdade de iniciativa (COELHO, 2014, p. 67).

A livre iniciativa retrata o livre exercício da atividade econômica, enquanto que a livre concorrência está atrelada a isonomia, em que as sociedades empresárias devem ter, para gerir de forma ampla seu negócio. Devem sempre estar em um mesmo nível de tratamento, sem que se ocorra favorecimentos desnecessários em detrimentos de um princípio ao outro.

A livre iniciativa decorre de uma liberdade mínima exigida para a atuação dos agentes econômicos em geral, permitindo a eles, sejam privados ou públicos, exercer livremente e sem interferências substanciais, dentro dos ditames e limites estabelecidos pela legislação, a atividade econômica desejada ou escolhida em sua plenitude legal.

A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato (SILVA, 2001, p. 805). Ela visa garantir uma atuação livre a sociedade empresaria e ao empresário para que ele possa dirigir seu negócio da forma que lhe convir, sem a interferência incomoda de terceiros ou mesmo do Estado.

Entretanto seu limite está na própria legislação, pois como evidenciado anteriormente o Estado, por meio das leis também, tem o papel de regulador das atividades econômicas.

Consta do art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos público, salvo casos previstos em lei (SILVA, 2001, p. 806).

A livre iniciativa está permeada por uma importância social, ampla e geral, mas que em todo o caso não deixa de lado a própria voluntariedade das partes. Deve haver o equilíbrio entre a liberdade que se consegue com a livre iniciativa, e os valores sociais impressos pela Constituição Federal e em consequência pela legislação infraconstitucional.

Há em todo caso, limitações a essa livre iniciativa, que deve ser averiguada e ponderada pela legislação infraconstitucional e pelo próprio Estado, como regulador das atividades econômicas.

No Estado Democrático, nos moldes da Carta Magna vigente, que consagra, como fundamentos da ordem econômica, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, mister é atentar para a relevância dos modelos negociais, superando-os a cediça asserção de que eles só existem porque assim o dispõe a lei. Na realidade, eles haurem sua vigência na matriz da Lei Maior, de tal modo que o legislador ordinário não tem poderes para suprimir o mundo dos contratos, mas tão-somente para regulá-los na medida dos imperativos da livre coexistência das múltiplas vontades autônomas concorrentes, tendo como base o bem comum, na ordem socioeconômica. E por essa razão que a antiga e genérica garantia de “livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão” (Constituição, art. 5º, XIII) é completada pela livre empresa, resultante da combinação dos dois já lembrados princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (Art. 170 e seu precioso parágrafo único que preserva “o livre exercício de qualquer atividade econômica”). Nesse amplo quadro constituem-se e desenvolvem-se os modelos jurídicos negociais, quem em última análise, representam a exteriorização ou a atualização da liberdade como valor supremo do indivíduo, tanto como cidadão quanto como produtor. É essencial essa “compreensão constitucional” dos modelos negociais, pois só ela nos fornece paradigmas aptos de sua licitude, a qual deve ser considerada em princípio existente, salvo as ofensas à “liberdade de contratar e operar” resultantes das múltiplas formas de abuso ou desvio do poder econômico que “vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º) (Reale, 1994, p. 72-74).

Não se pode esquecer ainda, que a Constituição Federal, além de destacar a livre iniciativa no artigo 170, dá ênfase ao valor social da livre iniciativa, nos termos do artigo 1º^o.

Há evidente compromisso da ordem econômica com a justiça social, principalmente no controle do poder econômico do Brasil, quando a questão se trata da livre iniciativa, para que se alcance resultados efetivos no campo social, onde se busca a erradicação da pobreza.

^o Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

O ordenamento jurídico, adota um sistema de iniciativa privada, o qual pressupõe a concessão de uma margem de liberdade aos indivíduos na consecução de seus interesses particulares, por meio dos recursos disponíveis, mas sempre condicionando essa liberdade a manutenção de uma existência digna a todos e à observância da justiça social.

Não se deve atribuir à locução livre iniciativa, uma significação estritamente econômica, pois ela se reporta sempre à liberdade do homem enquanto indivíduo, ou melhor, enquanto pessoa. A livre empresa não é senão um corolário ou projeção dessa liberdade fundamental (REALE, apud CASTRO, p. 39).

Apesar da empresa ser uma propriedade privada, deverá levar em consideração os deveres da solidariedade como critérios para a livre iniciativa, harmonizando-se, com os interesses de seus sócios e da coletividade.

Resgatando o conceito de livre iniciativa, que se trata da liberdade do indivíduo em empreender, organizar livremente seu capital e trabalho, com a finalidade de obter proveito econômico, pode-se afirmar que não se trata de uma atuação plena, de um direito absoluto, sem fronteiras de atuação e sem qualquer finalidade. Deve estar atrelada, indivisivelmente a finalidade de assegurar existência digna a todos e com a visão de atingir a justiça social.

Deve estar intimamente ligada a parte final do *caput* do artigo 170 da Constituição Federal. Verifica-se claramente, uma condição obrigatória fincada àqueles que pretendem gozar da livre iniciativa.

Livre iniciativa é termo de conceito extremamente amplo. Não obstante, a inserção da expressão no art. 170, *caput*, tem conduzido à conclusão, restrita, de que toda *livre iniciativa* se esgota na *liberdade econômica ou de iniciativa econômica* (GRAU, 2004, p. 181).

De fato, quando se menciona livre iniciativa dentro da ordem econômica, a principal ação que se entende estar intimamente ligada a ela é a liberdade. Uma liberdade de atuação em todas as áreas do mercado econômico.

Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), descrevo a liberdade como sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a sensibilidade; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado – aí a acessibilidade (GRAU, 2004, p. 181).

Na realidade a liberdade dentro da livre iniciativa constitucional empresarial e mesmo governamental, não significa a liberdade ampla, sem limites, mas na realidade uma opção de acessibilidade e alternativas de conduta e de resultado.

A liberdade neste aspecto, não está ligada ao caráter de ação ilimitada e sem limitações completas, mas na possibilidade de atuação com o mínimo de possibilidade em se acessar as alternativas possíveis de condutas para a resolução de questões do cotidiano dentro do processo negocial.

Essa questão da acessibilidade está intimamente ligada com o caráter de se deixar, de se facilitar o acesso a situações que possam ser utilizadas para a solução de problemas enfrentados por todos os agentes envolvidos no sistema econômico nacional.

Não se pode dar ao termo “liberdade” dentro da ordem econômica constitucional, apenas um caráter meramente principiológico. Obviamente que nortear e amparar suas atitudes nos princípios, que são aqueles estruturantes dos conceitos jurídicos, traduz uma coerência na tentativa de se acertar o quanto se pretende. Entretanto, nesta questão, não está se falando apenas de princípio, mas de atuação prática de algo factível, que pode ser posto em exercício por todos os agentes da relação econômica.

Entre nós, no plano da Constituição de 1988, a liberdade é consagrada, principiologicamente, como fundamento da República Federativa do Brasil e como fundamento da ordem econômica. (...) Vê-se logo, destarte, que não se pode reduzir a livre iniciativa, qual consagrada no art. 1, IV do texto constitucional, meramente à feição que assume como liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica. Dir-se-ia, contudo, que o princípio, enquanto fundamento da ordem econômica, a tanto se reduz. Aqui também, no entanto, isso não ocorre. Ou – dizendo-o de modo preciso -: *livre iniciativa* não se resume, aí, a “princípio básico do liberalismo econômico” ou a “liberdade de desenvolvimento da empresa” apenas – a liberdade *única* do comércio, pois. Em outros termos: não se pode visualizar no princípio tão-somente uma afirmação do capitalismo (GRAU, 2004, P. 182).

Quanto à atuação prática da própria empresa no mercado, tem-se desdobramentos da livre iniciativa, como atividades ligadas ao comércio e/ou a indústria propriamente dita, que se podem dividir em liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica.

Estas, são consequências clássicas da livre iniciativa, pois, para essa se efetivar é necessário que o empresário tenha uma liberdade também no que diz respeito a forma como conduz toda a questão financeira de seu negócio.

3. A LIVRE CONCORRÊNCIA E A REPRESSÃO AO ABUSO ECONÔMICO

No que diz respeito ao princípio da livre concorrência, deve-se mais uma vez se ater ao artigo 170 da Constituição Federal, mais especificamente ao inciso IV.

Todavia, é necessário estabelecer uma premissa importante no que tange ao conceito de concorrência, antes de se discutir conceitualmente o princípio propriamente dito. Deve-se entender que concorrência está ligada diretamente com o ato de se disputar algo com outra pessoa, de forma competitiva, saudável.

Adam Smith defendia uma ampla liberdade individual no campo da economia, o direito inalienável à propriedade, a livre iniciativa e a concorrência como princípios básicos capazes de harmonizar os interesses individuais e coletivos e gerar o progresso social.

Para Smith existia uma “liberdade natural”, cuja principal característica é a liberdade individual de cada um competir com outro, com a mínima intervenção estatal.

Uma vez eliminados inteiramente todos os sistemas, sejam eles preferenciais ou de restrições, impõe-se por si mesmo o sistema óbvio e simples da liberdade natural. Deixa-se a cada qual, enquanto não violar as leis da justiça, perfeita liberdade de ir em busca de seu próprio interesse, a seu próprio modo, e faça com que tanto seu trabalho como seu capital concorram com os de qualquer outra pessoa ou categoria de pessoas (Smith 1996, v. II, p. 169).

Para Smith, o Estado não deveria ter qualquer intervenção na Economia, deveria apenas garantir a livre concorrência, e ainda garantir o direito à propriedade privada e uma relação estável entre os agentes econômicos atuantes no mercado. O governo apenas deveria agir no sentido de garantir um sistema de justiça

Pode-se perceber que segundo o entendimento de Smith, o homem teria o direito de lutar pelos seus interesses como melhor entender e entrar em concorrência com seus pares, desde que respeite às leis de regulação.

O esforço natural de cada indivíduo para melhorar sua própria condição, quando se permite que ele atue com liberdade e segurança, constitui um princípio tão poderoso que, por si só, e sem qualquer outra ajuda, não somente é capaz de levar a sociedade à riqueza e à prosperidade, como também de superar uma centena de obstáculos impertinentes com os quais a insensatez das leis humanas com excessiva frequência obstrui seu exercício, embora não se possa negar que o efeito desses obstáculos seja sempre interferir, em grau maior ou menor, na sua liberdade ou diminuir sua segurança (SMITH, 1996, v. II, p. 44).

Por Smith, o homem tem um desejo próprio de melhorar sua condição, o que se reflete pelo desejo de ganho. Ele desenvolveu de forma muito significativa a ideia de liberdade natural, que por consequência está atrelada a liberdade individual de competição entre os indivíduos, destacando em sua obra a mínima intervenção estatal.

Ao Estado seria ideal apenas intervir na Economia exclusivamente para garantir a livre concorrência e o direito à propriedade privada e ainda tão-somente quando ameaçadas por revoltas sociais, já que ele entende que a vida econômica e social é considerada partes integrantes de uma ordem natural.

Pela obra de Smith, pode-se concluir que pelo destaque dado aos limites dados à liberdade econômica por princípios naturais da justiça, baseada no princípio da livre concorrência, é contemplado de forma direta o funcionamento adequado da lei da natureza na esfera das relações econômicas.

Modernamente, a livre concorrência se dá pela oportunidade que o empresariado tem de disputar de forma justa e digna, espaço no mercado econômico, entrando o Estado para equilibrar e tornar mais equitativa esta disputa, estabelece regras e limites a essa concorrência.

Basicamente segue-se a premissa de que a concorrência não pode ter a ingerência de qualquer natureza, principalmente dos agentes econômicos existentes no mercado.

Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência (1989, apud GRAU, 2006, 210).

Como se trata de uma manifestação de liberdade de iniciativa (SILVA, 2001, p. 807), a própria Constituição Federal de 1988 prevê um mecanismo para que essa livre concorrência possa se cumprir de forma adequada, estipulando uma repressão contra o abuso de poder econômico, como se figura no artigo 173, 4^o da Carta Magna.

Tanto o artigo 170, IV, como o supramencionado artigo, ambos constitucionais, se complementam, tentando estabelecer o mesmo objetivo, tentam constituir uma harmonia

¹⁰ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

dentro do mercado, estabelecendo a livre concorrência como princípio e vedando o abuso de poder econômico.

Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antissocial. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso (SILVA, 2001, p. 807).

Quando o poder econômico passa a ser usado com o propósito de impedir a iniciativa de outros, com a ação no campo econômico, ou quando o poder econômico passa a ser o fator concorrente para um aumento arbitrário de lucros do detentor do poder, o abuso fica manifesto (SILVA, 2001, P. 807).

O Estado deve trabalhar contra o abuso econômico que deteriora a livre concorrência, já que sem sua franca e ampla aplicação, o mercado pode se prejudicar de forma demasiada, tendo consequências muitas vezes irrecuperáveis na economia, nos direitos dos consumidores ou até mesmo nas políticas econômicas e públicas, as quais visam melhorar as condições sociais da população.

Deve-se ter em mente que na ordem econômica instituída pela Constituição Federal, a livre concorrência é uma manifestação da liberdade de iniciativa, atrelada as questões econômicas do país e, sendo que para garanti-la, de forma plena e íntegra, a Constituição, de forma correta, estatui que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros¹¹.

Essa prática abusiva que decorre quase espontaneamente do capitalismo monopolista, é que a Constituição condena, não mais como um dos princípios da ordem econômica, mas como um fator de intervenção do Estado na economia, em favor da economia livre mercado (SILVA, 2001, p. 805 e 806).

A concorrência livre – não 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 um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra o princípio. O 4º do art. 173 refere “abuso do *poder econômico*”. Vale dizer: a Constituição de 1988 o reconhece (GRAU, 2004, p. 188).

¹¹ Art. 173, 4 da Constituição Federal de 1988.

Intrigante que a própria Constituição Federal dá destaque ao princípio da livre concorrência, mas ao mesmo tempo alerta a ocorrência do abuso do poder econômico, como se já soubesse que em uma economia que tem como princípio as empresas concorrerem livremente entre si, por certo que aparecerão aqueles que terão de burlar uma concorrência livre, legal e justa.

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 infestável em um regime de livre iniciativa, e gera a rivalidade, a livre concorrência; a livre concorrência, portanto, só sobrevive em uma economia sem igualdade. Nesse quadro, é de permitir-se a cada agente econômico a disputa, com todas as suas forças e armas, pelas presas do mercado (REALE).

Surge então para auxiliar no combate às infrações contra a ordem econômica a lei nº 8.884, de 11.06.1994, voltada justamente à prevenção e repressão desse tipo de atentado contra a ordem econômica nacional.

Identifica-se esse abuso quando o poder econômico é utilizado com a finalidade de impedir a livre iniciativa alheia, agindo na área econômica, ou mesmo quando esse mesmo poder econômico passa a ser utilizado para o aumento desproporcional do lucro, de forma arbitrária e sem a observância de qualquer questão legal.

A expressão referência aos “*ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social e repressão ao abuso do poder econômico*” e a afirmação de que “*a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei*” definem a amplitude do conteúdo da Lei nº 8.884/94. Ela não é, meramente, uma nova lei antitruste; assim, seu fundamento constitucional não se encontra apenas, exclusivamente, no § 4º do art. 173 da Constituição de 1988 – trata-se de lei voltada à *preservação do modo de produção capitalista* (GRAU, 2004, p. 191).

As *regras* da Lei 8.884/94 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão do abuso do poder econômico, tudo em coerência com a *ideologia constitucional*. Adotada pela Constituição de 1988. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros. Daí porque o princípio da liberdade de concorrência ou da livre concorrência assume, no quadro da Constituição de 1988, sentido conformado pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados; seu conteúdo é determinado pela sua inserção em cum contexto de princípios, no qual e com os quais subsiste em harmonia (GRAU, 2004, 0. 193).

Embora seja assim, força é reconhecermos, de uma parte, que a *livre concorrência* é elevada à condição de princípio da ordem econômica, na Constituição de 1988, mitigadamente, não como liberdade anárquica, porém social. De outra, que força transformadora também nela está contida, força que poderá ser desencadeada na ruptura do regime político. (GRAU, 2004, p. 195).

CONCLUSÃO

A definição de Ordem Econômica é algo em aberto e ainda em construção, que permeia por diversas áreas de estudos, mas se utiliza de muitos conceitos e institutos do Direito, sem, no entanto, se esquecer da própria Economia, como complementação a uma definição apropriada. Há traçado na Constituição Federal de 1988, as diretrizes básicas que a nação deve seguir no tocante a sua ordem economia, se constatando em certas ocasiões tendências, ora capitalista, ora sociais.

Verifica-se na realidade uma tentativa de se ter uma nação em franco desenvolvimento econômico, o que justificaria as características capitalistas da ordem econômica, sem, no entanto, deixar de lado um desenvolvimento social, capaz de estabelecer uma justiça social. Neste sentido, se averigua que a ordem econômica, com o objetivo de se chegar a uma justiça social ampla e irrestrita, se socorre dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, dando assim maior liberdade a sociedade para se desenvolver de forma mais adequada.

Ainda se levanta que o Estado tem um papel regulador e fiscalizador no tocante a Ordem Econômica, atuando de forma decisório para que o mercado possa se desenvolver adequadamente. Nota-se a preocupação do Estado na utilização adequada desses princípios, se utilizando, por exemplo, de uma lei para barrar o abuso da livre concorrência, por meio da repressão a esse tipo de atos por parte daqueles que empregam mal tal corolário.

De fato, o que se percebe ao estudar a Ordem Econômica do Brasil, é uma preocupação do país em se atingir seus objetivos delineados no artigo 3º da Constituição Federal, motivo pelo qual tem-se constantemente a busca pela justiça social adequada.

REFERENCIAS

BENACCHIO, Marcelo. *A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista*. IN: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da et. al (Org). Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Empresa em crise, reforma das legislações nacionais e implementação de políticas públicas. O direito a serviço do mercado?* Disponível em: <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/manoeljustino2.pdf>>. Acesso em: 10 de junho de 2015.

BRASIL. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: DE LUCCA, Newton. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009.

FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARIANI, Sérgio Luis Soares. *Dignidade da pessoa e livre iniciativa*. IN: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GHUNTER, Luiz Eduardo; ROCHA POMBO, Sérgio Luiz da (Coord.). *Direito do trabalho: reflexões atuais*. Curitiba: Juruá, 2007.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. *Empresas na sociedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PINTO, Cláudia Maria Borges Costa. *O princípio constitucional da livre concorrência e o processo de globalização*. Revista Bonijuris, v. 548.2009.

REALE, Miguel. *O plano Collor II e a intervenção do Estado na ordem econômica: In: Tema de Direito Positivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

REALE apud CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação da empresa no código civil*. Curitiba. Juruá, 2007.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

SMITH, Adam. *A Riqueza Das Nações – Investigação Sobre Sua Natureza e Suas Causas*. v. I e II. São Paulo: Abril Cultural, 1996 (Coleção Os Economistas).

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006.

TOKARS, L. F. *Função Social da empresa*. In: RAMOS, C. L. S. (Coord.). *Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba. Juruá, 2002.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.