XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

RENATA SOARES BONAVIDES

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejamquaisforemosmeiosempregadossemprévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T772

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

Coordenadores: Felipe Chiarello de Souza Pinto; Renata Soares Bonavides; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-640-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal da Bahia - UFBA
Salvador – Bahia - Brasil
https://www.ufba.br/

XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o livro do Grupo de Trabalho "Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação Local" do XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI Salvador, cujo tema foi: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural. Evento realizado nos dias 13 a 15 de junho de 2018, na Capital do Estado da Bahia, antiga capital do Brasil colonial, que contou com a participação de brilhantes juristas e pesquisadores do Direito.

No Grupo de Trabalho produziu-se esta obra que reúne temas relevantes relacionados ao tema proposto e como o Brasil tem buscado se destacar diante do cenário econômico atual, que se apresenta de difícil gestão. A presença do Estado ora se mostra fundamental, ora surge como desnecessária em um ambiente de concorrência internacional cuja responsabilidade empresarial está sendo cada vez mais exigida.

Este capítulo contendo preciosos artigos viabiliza a possibilidade de acurada reflexão acerca dos tópicos atuais e desafiadores relacionados ao direito da concorrência e de regulação local. Na acalorada discussão dos artigos apresentados houve pesquisas interdisciplinares de grande magnitude. Observou-se a preocupação dos autores na consulta de obras atualizadas de forma a concluir os trabalhos com a exata dimensão do que efetivamente ocorre no país e como isso impacta em seu relacionamento com o mercado externo.

Reflete a obra o alcance das atuais instituições e como estão lidando com a regulação cada vez mais aperfeiçoada diante da realidade existente. Também enfocou o papel do BNDES e de outras fontes de fomento, necessárias nesta época à economia nacional e fundamental para

A coletânea ora reunida é um convite a uma leitura prazerosa que também se volta a problemas de grande magnitude, tal como a exploração de petróleo off-shore e a legislação anti-corrupção. Assuntos polêmicos e de cardeal importância para se superar as vicissitudes hodiernas que a cada dia exsurgem na realidade nacional.

Nesta ocasião e após o término de trabalhos, de grande profundidade e erudição, os organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a toda a equipe responsável pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, aos juristas que reuniram seus esforços para o envio de artigos para este Grupo de Trabalho e, sobretudo, pelo comprometimento e profundidade comprovados nas pesquisas realizadas e na confecção dos artigos selecionados e que comprovam a seriedade dos seus autores.

Diante do que se expõe, convida-se a uma leitura profunda e informativa acerca das transformações na ordem social e econômica e da regulação local que se apresenta nesta coletânea de forma séria e comprometida. Representado o maior evento de pesquisa jurídica do Brasil, o CONPEDI oportunizou a esses juristas a apresentação de suas idéias e estudos de forma aberta e democrática.

Junho de 2018.

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – UPM

Profa. Dra. Renata Soares Bonavides - UNISANTOS

Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva - UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DA REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA E SEUS IMPACTOS NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA.

A CONSTITUTIONAL READING OF COMPETITION'S REGULATION AND ITS IMPACTS ON ECONOMIC AND SOCIAL ORDER

Claudio Luiz de Miranda Bastos Filho [1]

Resumo

O trabalho adota o método dedutivo e a pesquisa é de cunho bibliográfica. Apresentam-se os principais aspectos das normas concorrenciais e de seus impactos no exercício lícito da empresa no Brasil e no exercício de sua função socioeconômica, à luz do art. 170, Constituição. Inicialmente, são expostos brevemente os institutos relativos ao exercício eficiente da atividade econômica, à luz da construção histórico-constitucional dos princípios da preservação da empresa e da livre iniciativa. Na sequência, passa-se a disciplina do direito concorrencial, com vistas à releitura de sua regulação para incentivar a eficiência da empresa, à luz da boa concorrência.

Palavras-chave: Concorrência, Eficiência, Função social da empresa, Regulação, Direito empresarial

Abstract/Resumen/Résumé

The work adopts the deductive method and the research is bibliographical. A little known bias accomplish of regular enterprise in Brazil, based on the examination of enterprise's socio-economic function, according to art. 170, CF, focusing on competitive parameters. Furthermore, the institutes for the effective exercise of economic activity will be briefly analyzed, according to historical and constitutional construction of the principles of preservation of business and free enterprise. Lastly, this paper will show aspects of the regulation and the basic principles of competition law in Brazil, based on relevant examination of the efficient exercise of business activity and good competition.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Competition, Eficiency, Social function of the

INTRODUÇÃO

O presente trabalho adota o método dedutivo e a pesquisa para sua elaboração é de cunho predominantemente bibliográfica, de caráter jurídico-teórico e exploratório. Envolverá a análise de legislação, além de estudos doutrinários, jurisprudenciais e exame de artigos em periódicos e de dados empíricos disponibilizados por entidades oficiais.

O método foi escolhido tendo-se em vista que a dedução se efetiva pelo desenvolvimento de um raciocínio lógico, cujo ponto de partida é uma ideia geral, uma verdade preestabelecida, da qual decorrerão preposições particulares. O raciocínio, nesse caso, parte de um conceito geral para conclusões particulares.

Nesse contexto, propõe o enfrentamento da regulação da concorrência no âmbito de relações econômicas e sociais cada vez mais complexas, em uma realidade em que o cenário econômico-empresarial dialoga de maneira frequente com o contexto sócio-político em que se insere. E o Direito, mais especificamente o Direito Empresarial e Concorrencial, não deve ser imune a esses "novos ares" para o exercício da atividade econômica: a releitura de suas normas deve impactar positivamente na ordem social e econômica que norteia o exercício eficiente da empresa.

Como é de conhecimento público e inequívoco, o exercício regular da empresa consiste em elemento relevante para o desenvolvimento econômico, social e político de qualquer país.

A aparente convicção do parágrafo acima não é suficientemente esclarecedora quando se tem em vista os diferentes interesses, direitos, deveres e obrigações que se colocam no cotidiano do empresário, sobretudo no que se refere aos aspectos possivelmente contraditórios decorrentes da prática desse exercício.

Estão presentes no dia a dia do empresário brasileiro fatores relacionados aos direitos e deveres de seus trabalhadores, aos interesses de seu mercado consumidor, ao imperioso respeito do meio ambiente e do cenário sociocultural em que está inserido, tudo isso recolhendo os tributos devidos.

O livre arbítrio do empresariado, terreno fértil para o desenvolvimento de novas ideias e a assunção de riscos para o crescimento, é temperado com aspirações de cunho social, econômico e político que assumem inegável relevância nesse contexto.

Acredita-se que a livre iniciativa, a orientar a atuação do agente privado no mercado, deva estar em sintonia com valores outros, para que o exercício regular da atividade econômica se desenvolva e atinja seus fins.

E é justamente nesse contexto que a defesa da concorrência deve se inserir.

Os princípios da preservação da empresa e da livre iniciativa, de inegável relevância para o desenvolvimento da economia capitalista de mercado, não permitiriam aos agentes econômicos o atingimento de seus objetivos, não fosse o imperioso respeito à livre concorrência, em um sistema de "freios e contrapesos", voltado ao atingimento da eficiência da regulação.

O escopo do presente trabalho é traçar um panorama comparativo entre a função socioeconômica da empresa, em sua vertente de defesa à livre concorrência, e os aspectos práticos do exercício regular da empresa e livre iniciativa do empreendedor, à luz do disposto na Constituição Federal e da legislação especial sobre o tema.

Tais potenciais conflitos de interesse provocam o fluxo constante de adequação e readequação das normas jurídicas, ensejando-se a construção de princípios e cláusulas gerais para resolvê-los, em substituição às rígidas regras.

A regulação adequada da livre competição, cujo alicerce advém das normas concorrenciais, deve ser capaz de assegurar, a um só tempo, a eficiência dos mercados e a valorização do trabalho e da livre iniciativa, alçados a balizas imprescindíveis da ordem econômica, com vistas à existência digna de todos, conforme parâmetros de justiça social.

Este trabalho propõe, portanto, trazer à reflexão abordagens interdisciplinares (direito empresarial, constitucional, administrativo e concorrencial, vis-à-vis análise socioeconômica dos efeitos de sua regulação) com enfoque na análise jurídica da política econômica e da competição, coordenando-se as diretrizes jurídicas e regulatórias à luz de seus impactos no exercício da empresa e subsequentes transformações na ordem econômica.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, passar-se-á à análise e releitura dos princípios e conceitos jurídicos indeterminados para a concorrência leal, à luz do que dispõe o art. 170, Constituição Federal, para se construir o exame crítico do exercício regular da empresa em um regime justo e eficiente de concorrência.

1 RELEITURA CONCEITUAL DA REGULAÇÃO CONCORRENCIAL.

O enfrentamento adequado do tema proposto deve partir da análise interdisciplinar e da releitura atualizada de conceitos fundamentalmente relacionados à atividade empresarial e ao seu exercício com base em parâmetros constitucionais e concorrenciais justos. Nessa linha, são expostos brevemente nos subitens a seguir os principais desses conceitos, a constituir base essencial sobre a qual se debruçará a análise crítica empreendida neste trabalho.

1.1. O PAPEL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O exame da função socioeconômica da empresa tem por premissa relevante o conceito de Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, Constituição, cujos fundamentos são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

O Estado Democrático de Direito e seus fundamentos devem orientar a interpretação e efetiva aplicação prática dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, transformando a ordem social e econômica.

Nesse contexto, enumeram-se como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional, com a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, com a promoção do bem de todos.

Vislumbra-se, assim, que o Estado Democrático de Direito e seus fundamentos e objetivos não podem se dissociar do viés econômico e de sua competente regulação: a construção da sociedade constitucionalmente desenhada depende de elementos econômicos e mercadológicos relevantes, devidamente regulados pelo Estado, que propiciem o crescimento de todos.

Trata-se de uma das mais claras demonstrações do sistema de freios e contrapesos: deseja-se crescer economicamente, desde que atendendo a parâmetros sustentáveis e com efeitos sociais e políticos bem definidos.

Portanto, o exame da função socioeconômica da empresa e de seu exercício em um contexto de livre concorrência vai muito além de constatações mercadológicas e empresariais: o desenvolvimento econômico, por meio da empresa sustentável, constitui matriz intransponível para o crescimento social e político da sociedade e do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Em essência, Estado Democrático de Direito, conforme as breves e elucidativas palavras do Ministro e Professor Alexandre de Moraes (MORAES, 2005, p. 17), “significa a exigência de reger-se por normas democráticas, eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no *caput* do artigo (...)”.

Tal conceito está intimamente relacionado à autonomia do cidadão privado, desenvolvedor de seu projeto próprio de vida e empreendimento econômico, dentro dos limites estabelecidos em sociedade.

Autonomia para o desenvolvimento regular da atividade econômica, respeitados os limites estabelecidos em lei e os direitos fundamentais das demais pessoas.

Trata-se, assim, de um direito fundamental não-absoluto, em que os dois termos merecem valorações igualmente relevantes: (i) o direito à empresa e ao desenvolvimento de atividade econômica consiste em aspecto fundamental do Estado Democrático de Direito do Brasil; e (ii) tal direito deve estar pautado em princípios e direitos constitucionais, de forma que a sua regulação fomente impactos positivos na ordem econômica e social.

E é justamente nesse contexto que se inserem os princípios da ordem econômica brasileira, dentre os quais se destaca o direito à livre concorrência, objeto primordial deste trabalho. Na prática, a materialização desses elementos ocorre no ambiente de mercado, motivo pelo qual antecede o exame específico de sua regulação a breve exposição, no item a seguir, da definição jurídica de mercado.

1.2. O CONCEITO DE MERCADO

Conceito muito relevante para o exame da livre concorrência e de seus reflexos na ordem socioeconômica consiste no estudo do mercado, compreendido como o ambiente em que a regulação da concorrência se aplicará e a partir do qual produzirá os efeitos de transformação da ordem social e econômica.

Diferentemente do que poderia se depreender de uma visão não-jurídica sobre o tema, a concepção do mercado pode ser desenvolvida a partir de diferentes pontos de vista, nem todos relevantes para o escopo deste trabalho.

Mais importante do que a localidade física, o mercado, como objeto do direito da concorrência, destaca-se como centro de relações entre agentes, produtores, distribuidores, consumidores, produtos, serviços e receitas. E é sob a ótica desses diferentes elementos inter-relacionados que se examina o papel da livre concorrência e de sua regulação.

Fortemente influenciado pelos ideais liberais, sobretudo de Adam Smith, o mercado não se confunde apenas com o local em que os agentes econômicos se reúnem para trocar produtos e serviços, com vistas à satisfação de interesses particulares, adquirindo importante dimensão política, social e econômica e fundindo-se aos princípios de livre concorrência e liberdade econômica. Dessa forma, a adequada e atual regulação da concorrência será implementada no mercado e permitirá a organização do fluxo de relações de natureza social e econômica.

A experiência mostra que a auto-organização desse fluxo nem sempre é perfeita, de modo que a liberdade de "indústria e comércio" deve ser objeto de disciplina e controle Estatal, coibindo-se iniquidades, mediante política regulatória, a um só tempo, adequada e adaptada à realidade em que se insere. Nas palavras da Professora Paula Forgioni (FORGIONI, 2014, p. 63):

> Se, como referimos, em um primeiro momento do Estado liberal, não houve maiores preocupações de controlar a concorrência ou o comportamento dos agentes econômicos, impondo-lhes limites, a necessidade de fazê-lo, mediante a atuação do Estado, tornou-se evidente. Mas, de qualquer forma e acima de tudo, mantinha-se o livre comércio, a livre concorrência e o livre mercado, ou seja, mantinha-se o liberalismo econômico.

Portanto, no mercado, as normas concorrenciais se fazem presentes como mecanismo de garantia da eficiência econômica dos agentes envolvidos nos fluxos e relações nele travados e, ainda, como forma de assegurar que tal contexto cumpra com a sua função constitucional de valorização do trabalho e da livre iniciativa, com vistas à existência digna de todos, conforme parâmetros de justiça social.

1.3. FUNÇÃO SOCIOECONÔMICA DA EMPRESA E A CONCORRÊNCIA LEAL

A Constituição Federal de 1988, a partir de seus relevantes princípios de ordem econômica, social e política, teve o condão de desenvolver o debate constitucional e interdisciplinar entre a livre iniciativa e o bem-estar público.

A regulação a recair sobre as atividades desempenhadas pelo empreendedor, a partir do que dispõe a Constituição Federal e, balizando-se nesses parâmetros, nas normas infraconstitucionais aplicáveis, não deve coibir o desenvolvimento das suas atividades, mas sim garantir que parâmetros mínimos de respeito aos direitos dos outros sejam observados. E é justamente nesse contexto que se insere a tão discutida "função socioeconômica da empresa", como impacto positivo na ordem econômica e social aguardado em decorrência dessa regulação.

Tais normas devem ser desenhadas e constantemente atualizadas para que a empresa seja regularmente desenvolvida e sustentada em bases econômicas e sociais sólidas, produzindo externalidades positivas em todo o mercado, sem que, para isso, deva abrir mão de sua finalidade lucrativa.

Ao desempenhar suas atividades com respeito à lei e aos princípios constitucionais (estampados, principalmente, no artigo 170, Constituição Federal), a empresa repercute positivamente no mercado em que se insere, como bem evidencia Ana Frazão (FRAZÃO, 2011, p. 193):

> Afinal, a função social não tem a finalidade de anular a livre iniciativa nem de inibir as inovações na órbita empresarial, mas sim de assegurar que o projeto do empresário seja compatível com o igual direito de todos os membros da sociedade de também realizarem seus respectivos projetos de vida. A próprio Constituição já previu alguns princípios que necessariamente orientam e direcionam o exercício da livre iniciativa empresarial, tais como a livre concorrência, a proteção dos empregados, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e o tratamento diferenciado à empresa de pequeno porte.

Portanto, a função socioeconômica da empresa dialoga diretamente com a livre iniciativa e a livre concorrência, sem perder de vista a proteção aos trabalhadores, consumidores e meio ambiente.

A atividade empresarial não pode se voltar única e exclusivamente ao escopo lucrativo, havendo que pretendê-lo sem ameaçar os demais agentes sociais e econômicos ao seu redor.

Perceba-se a existência de um duplo exame desse contexto, positivo e negativo. Positivamente, entende-se que a produção de externalidades favoráveis na economia e sociedade em que se insere é um resultado esperado do exercício regular e saudável da atividade econômica. O empresário, ao buscar seu lucro e desenvolvimento econômico, aquece o mercado em que se insere, gera empregos, paga tributos, oferta bens e serviços ao consumidor e permite o desenvolvimento do próprio mercado.

Além disso, sob o exame da conduta negativa, tal empresário deve agir para que a sua atuação no mercado se dê em conformidade com as normas estampadas acima. A busca do lucro e dos efeitos potencialmente positivos a ele relacionados, não deve significar o sacrifício de direitos e interesses igualmente relevantes.

Com vistas a aumentar sua lucratividade e, por exemplo, gerar mais empregos, o empresário não deve agir para aniquilar ilegitimamente a sua concorrência, ou destruir o meio ambiente ou prejudicar consumidores. Sobre o tema, destaca-se outro trecho da obra da de Ana Frazão, ao dispor que (FRAZÃO, 2011, p. 194):

> (...) o princípio da livre concorrência (CF, art. 170, IV) pretende garantir certo nível de competitividade que tanto possibilite a liberdade dos agentes

> econômicos, para os fins de ingresso e permanência no mercado, como também assegure aos consumidores o menor preço que decorre da competição e a liberdade de escolha e de difusão de conhecimento econômico. Daí a necessidade da legislação em favor da concorrência e do controle e repressão estatal sobre diversos atos praticados por detentores de poder econômico.

Não se nega que a eficiência econômica e o bom desenvolvimento da empresa e do mercado possam se traduzir em efeitos positivos. Todavia, tais efeitos não devem ser gerados às custas dos direitos fundamentais de outros grupos, equilibrando-se eficiência e função social em prol do bem-estar coletivo.

É justamente essa a releitura que deve ser feita do princípio da livre concorrência, à luz dos demais princípios da ordem econômica: a defesa da livre concorrência e, por conseguinte, da eficiência econômica, deve ter em vista todos os demais valores voltados à existência digna de todos.

1.4. PODER DE MERCADO

Aspecto de indiscutível relevância para a adequada regulação da concorrência consiste na conceituação de mercado e, em seguida, de poder de mercado, uma vez que tais elementos constituem a base primordial de aplicação do Direito da Concorrência.

Sobre esse tema, não se pode perder de vista que a concorrência sempre é (e continuará sendo) exercida em um determinado espaço econômico, o mercado, o qual, conforme conceituado acima, assume a feição de relevância que o contexto concorrencial e econômico lhe impõe, servindo como filtro de aplicação das normas anticoncorrenciais a uma situação concreta (mercado relevante).

Em linhas gerais, aplica-se a norma concorrencial sempre que houver infração à ordem concorrencial, em um mercado relevante, por pessoa ou conjunto de pessoas que manifestam poder econômico nesse mercado.

O mercado relevante, em resumo, advém da constatação material e geográfica de quais os produtos ou serviços que concorrem entre si, em determinada área, em razão de sua substitutividade.

O aspecto material consiste no exame dessa substitutividade, de forma que o ponto de vista dos consumidores sobre o que foi produzido, em que quantidade, qualidade, finalidade e preço, determinará os produtos e serviços intercambiáveis para o público em geral e, assim, concorrentes.

Quanto ao aspecto geográfico, examina-se o espaço em que os agentes concorrentes atuam. No mercado relevante, o poder de mercado materializa-se a partir da constatação empírica de pessoa ou grupos de pessoas que definem seu comportamento no mercado independentemente dos demais agentes (concorrentes, consumidores e fornecedores).

Diferentes são os critérios técnicos para a apuração desse poder e o Direito da Concorrência deve zelar para que o mercado relevante seja livre, permitindo-se o pleno desenvolvimento da livre concorrência e livre iniciativa de seus agentes[1].

Em um contexto mais amplo, este trabalho abordará o necessário diálogo entre a finalidade do Direito da Concorrência e sua atuação sobre os agentes que compõem este mercado relevante, à luz dos ditames constitucionais, sobretudo daqueles estampados no art. 170, Constituição Federal.

2. LEITURA CONCORRENCIALISTA DO ART. 170, CF

O artigo 170 da Constituição Federal dispõe sobre os princípios da ordem econômica da seguinte maneira:

> 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.

[1] Sobre o tema, veja-se o conteúdo do art. 36, § 2º, Lei nº 12.529/11: "Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...) § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. ".

Nesse contexto, a valorização do trabalho e a livre iniciativa são alçadas a balizas imprescindíveis da ordem econômica, voltando-se à existência digna de todos, conforme parâmetros de justiça social.

Em linha com a mencionada missão, os princípios da ordem econômica devem orientar a atuação dos sujeitos envolvidos com a interpretação das normas regulatórias cabíveis, assim como serem aplicadas diante de situações concretas, de forma a contribuir para o atingimento das mencionadas balizas.

Como esclarece o Professor Alexandre de Moraes (MORAES, 2005, p. 715):

> A ordem econômica constitucional (CF, arts. 170 a 181), fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos expressamente previstos em lei e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios previstos no art. 170.

A livre concorrência e, por conseguinte, toda a disciplina do direito concorrencial, possuem papel de destaque nesse cenário.

Como se sabe, o direito da concorrência tem por finalidade atuar, primordialmente, em situações de mercado em que se verifica certa desestruturação, seja em razão da estrutura desse mercado (atos de concentração), seja decorrente de comportamentos dos agentes nele estabelecidos. Tais conceitos, intimamente vinculados à ordem econômica e social, precisam ser enxergados à luz do cenário atual e concreto em que se inserem, em verdadeira reciprocidade entre o contexto socioeconômico e a regulação que incidirá nele.

Conforme disposto no art. 173, §4º, reprimindo "o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

Prisma interessante consiste em examinar as contribuições possíveis e projetadas do princípio da livre concorrência e do próprio direito concorrencial com vistas à valorização do trabalho e da livre iniciativa, como instrumento de existência digna dos cidadãos, à luz da desejada justiça social. Nos termos defendidos pelo Professor Alexandre de Moraes (MORAES, 2005, p. 716):

> Livre concorrência: constitui livre manifestação da liberdade de iniciativa, devendo, inclusive, a lei reprimir o abuso de poder econômico que visar à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, §4º).

Não compõe o escopo deste trabalho o exame dos contornos da justiça social ou do que, à luz da realidade contemporânea, pode ser interpretado como justiça social ou liberal.

O objetivo aqui é examinar os impactos do direito da concorrência nos princípios de nossa ordem econômica, apurando-se as consequências para esses princípios da concretização das normas de direito concorrencial.

Sobre o tema, cumpre destacar, inclusive, o disposto no art. 1º, Lei nº 12.529/11, ao realçar a missão institucional e constitucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos seguintes termos:

> Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.
> Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Vislumbra-se, assim, a configuração da coletividade como titular dos bens jurídicos a serem tutelados pela defesa da concorrência.

O presente trabalho apresenta reflexões acerca do papel desempenhado pelas normas concorrenciais para a coletividade, à luz da potencial contradição entre a existência digna de todos e os elementos de eficiência do mercado.

4. CONCORRÊNCIA E EFICIÊNCIA

O Direito da Concorrência emerge como importante ramo do direito econômico e social, em que as ciências jurídicas e econômicas dialogam ativamente para a construção de regras favoráveis ao desenvolvimento, pautado em bases juridicamente seguras (que se refletem em custos de transação menos intensos para os agentes do mercado).

Como ramo do direito econômico, o bem jurídico protegido pelas normas do direito da concorrência consiste na livre concorrência, de titularidade da coletividade, como um todo.

Ou seja, busca-se tutelar, para o grupo social em tela, a liberdade de entrar no mercado e nele desenvolver as atividades (produção e circulação de bens e serviços) ou se retirar, sem sofrer interferências artificiais.

O objetivo aqui não é o de proteger o exercício de atividades econômicas por um agente, mas se garantir à coletividade e, por conseguinte, a um dado mercado ou a parte substancial dele, sem a interferência indevida de agentes exógenos.

A esse respeito, a história do Direito da Concorrência muito debateu acerca do objetivo final a ser alcançado.

Para a Escola Estruturalista, em breve síntese, tal objetivo consistiria na concorrência perfeita, em que a própria livre concorrência seria um fim em si mesmo, independentemente dos efeitos econômicos e sociais dela decorrentes. A esse respeito, Renata de Souza Maeda foi precisa ao afirmar que (MAEDA, 2013, s/p):

> A Escola Estruturalista de Harvard, como também era denominada, pregava a necessidade da efetiva proteção dos consumidores, preservando seu direito de escolha e não os sujeitando aos monopólios, assim como a manutenção de pequenas e médias empresas no mercado, garantindo-lhes abrigo contra as práticas de agentes com poder econômico elevado. Frisa-se que a preocupação dos pensadores da escola de Harvard não é voltada para a eficiência, mas sim para a existência efetiva da concorrência. Portanto, seu objetivo estaria pautado na manutenção ou incremento do número de agentes econômicos no mercado.

Não foi a linha seguida pela legislação brasileira. Em nosso pais, como se sabe, seguiu-se os padrões inicialmente articulados pela chamada Escola de Chicago, defensora da chamada concorrência eficiente, em que a livre concorrência deixa de ser enxergada como um fim em si mesmo e passa a ser examinada a partir de uma ótica de eficiência.

Novamente precisa, Renata de Souza Maeda assim elucida a questão (MAEDA, 2013, s/p):

> De outra ponta, a partir de 1980 atinge seu auge a Escola de Chicago, no qual afirma que qualquer lei restritiva da livre concorrência teria por consequência manter no mercado empresas ineficientes que, não fosse a proteção estatal, estariam condenadas ao desaparecimento. Portanto, a Escola de Chicago defende o menor grau possível de regulamentação da economia pelo Estado. A Escola de Chicago traz para o direito concorrencial a análise econômica, instrumento de uma busca maior, qual seja, a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficiaria os consumidores. Desta forma, para a referida teoria, a ênfase a ser dada é na eficiência produtiva (significando primordialmente produção a baixo custo). Assim, os principais institutos antitrustes passam a ser pensados em termos de "eficiência alocativa" e, portanto, as concentrações (e o poder econômico que delas deriva) não são vistas como um mal a ser evitado. As restrições verticais passam a ser explicados em termos de eficiência e ganho para os consumidores.

O objetivo é assegurar a eficiência econômica, chegando-se ao extremo de serem admitidas práticas “anticoncorrenciais”, desde que se mostrem eficientes do ponto de vista econômico.

Implementa-se, na teoria concorrencialista, o exame teleológico, de modo que a finalidade de proteção do mercado e da livre concorrência, pautada em ideais de eficiência econômica, assume elementos de maior relevância do que meros aspectos formais de conduta e agente.

No que diz respeito ao conceito de eficiência, basilar para a compreensão do tema em apreço, destaque-se que, a partir do Decreto-Lei nº 200/67, foram alçados princípios fundamentais da administração pública: planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle, com menção específica à eficiência da administração indireta e da administração do "pessoal civil".

Portanto, a Legislação estabelece formalmente aquilo que intuitivamente soa como evidente: não basta ser moralmente justo, o ato a ser praticado deve assumir contornos de eficiência, com vistas à produção dos efeitos que dele se espera.

Nessa linha, a eficiência foi elevada, inclusive, à posição de princípio constitucional, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou o artigo 37, Constituição Federal, para que constasse que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Se tal missão incumbe à Administração Pública, por motivos ainda mais evidentes tal princípio deve orientar a política legislativa e jurisdicional aplicada aos agentes privados, impondo-se a adoção de medidas voltadas para a ponderação entre benefícios e prejuízos, custos e ganhos, propondo-se, com proatividade, a obtenção de resultados mais favoráveis, a partir de menores investimentos.

Ser eficiente, em breve palavras, consiste em obter resultados iguais, ou ainda melhores, a partir de procedimentos mais simples, com menores custos de transação ou gastos, diretos ou indiretos, para se realizar. O Direito da Concorrência deve buscar a eficiência, permitindo-se à livre iniciativa emoldurar-se em prol do desenvolvimento econômico e do avanço tecnológico.

O que se propõe neste trabalho é dar um passo adiante. É admitir-se que a aplicação das normas do Direito da Concorrência deva pautar-se na finalidade de eficiência econômica, sem perder de vista os fundamentos da função socioeconômica da empresa, dando concretude aos princípios estampados no art. 170, CF, com vistas a assegurar a livre iniciativa em um

contexto de valorização do trabalho, meio ambiente e mercado consumidor, voltando-se à existência digna de todos, conforme parâmetros de justiça social.

4.1. UMA NECESSÁRIA REINTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

As normas concorrenciais, assim como toda a legislação infraconstitucional, devem ser examinadas à luz dos princípios dispostos na Constituição Federal.

Nessa linha, propõe-se a aplicação do princípio da livre concorrência como corolário do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, voltando-se à efetivação da conduta mais eficiente (melhores resultados, com menores custos), sem perder de vista os efeitos nos demais agentes envolvidos nesse contexto.

A boa aplicação do princípio da livre concorrência dá concretude prática, portanto, ao disposto no artigo 170, Constituição Federal.

A livre concorrência não deve representar a subjugação ou deterioração dos direitos dos trabalhadores, ainda que, em um primeiro momento, tal conduta possa representar ganhos em eficiência e mercado.

A atitude concorrencial adequada não pode prejudicar o desenvolvimento sustentável do meio ambiente, devendo preocupar-se não só com a eficiência econômica da medida, como também em sua sustentabilidade ambiental.

A boa concorrência não deve pautar-se em medidas de estrangulamento do mercado consumidor, assegurando-se ao público final dos bens e serviços decorrentes de boas práticas concorrenciais o direito de usufruir das eficiências econômicas a elas atinentes.

O que se propõe é a releitura constitucional constante dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, de modo que a Escola de Chicago e a leitura teleológica desses princípios em prol da eficiência, sejam complementados pelo exame da função socioeconômica do empreendedor.

Em um contexto em que o empreendedor (e a próprio empresa) deve exercer suas atividades de modo sustentável, voltando-se ao lucro, sem perder de vista o interesse e direitos legítimos dos demais agentes à sua volta, é requisito indispensável do exercício regular da empresa, conforme sua função socioeconômica, a concretização da concorrência leal, eficiente e benéfica para consumidores, trabalhadores e meio ambiente.

O Direito da Concorrência também deve funcionar como instrumento da função socioeconômica da empresa em prol da justiça social e do bem-estar de todos, estampados no art. 170, Constituição Federal.

Portanto, as normas contidas na Lei nº 12.529/11 e nos atos administrativos do CADE devem ser interpretadas e aplicadas à luz dos princípios contidos no art. 170, Constituição Federal e da função socioeconômica da empresa.

Por fim, a própria Constituição Federal, em suas regras e princípios, deve ser aplicada, quando necessária, na resolução de questões atinentes à livre concorrência e iniciativa, dando-se concretude aos bons efeitos de que trata este trabalho.

4.2. ORIENTAÇÃO PARA O EXERCÍCIO REGULAR DA EMPRESA

O exercício regular da empresa, portanto, vai além do mero respeito às regras positivadas para a abertura e funcionamento de empreendimentos em nosso país.

Tal atividade deve envolver, necessariamente, a concretização dos princípios constitucionais, de forma que o empreendedor esteja regular em suas obrigações e alcance o sucesso e o lucro, respeitando os direitos de trabalhadores, consumidores, meio ambiente e demais agentes existentes no mercado em que se insere.

O Direito da Concorrência emerge como importante instrumento de implementação dessa ordem econômica, jurídica e social, assegurando-se que as práticas de mercado, ainda que eficientes, não promovam incontáveis males à sociedade em que se insere.

Tome-se um exemplo gritante.

A conduta de agentes econômicos de grande porte, geradores de ampla receita tributária, aquecimento econômico e milhares de empregos, além da eficiência econômica, deve pautar-se no respeito às regras e aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a prática de um ato infracional ao Direito da Concorrência, como, por exemplo, a organização de cartel para a contratação com a Administração Pública direta ou indireta, tem o condão de produzir efeitos devastadores na sociedade em que tais agentes econômicos se inserem.

O mal vai muito além da mera questão concorrencial, devendo ser erradicado em igual medida. Portanto, o Direito da Concorrência deve se preocupar com a livre iniciativa e a eficiência da economia de mercado, sem perder de vista os inúmeros reflexos decorrentes de suas práticas ou omissões para a sociedade em que se insere e os agentes sociais a seu redor.

Sobre o tema, cumpre transcrever a seguinte lição doutrinária de Mario Luiz Elia Junior (JUNIOR, 2006, s/p):

> (...) restou esclarecido que a "valorização do trabalho humano", acompanhada da "livre iniciativa", são condições para que se assegure a "dignidade da pessoa humana". A "livre concorrência", princípio que complementa o da "livre iniciativa", dessa mesma forma, deve ser vislumbrada como condição para que se atinja o fim maior da dignidade humana. Isso porque o princípio constitucional da "livre iniciativa" deve ser entendido como atributo inalienável do ser humano, como a liberdade "da expansão da própria criatividade", da "participação sem alienações na construção da riqueza econômica" e "da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo", vale dizer, da empresa. O princípio da "livre concorrência", por sua vez, deve ser entendido como liberdade de concorrência, no sentido de direito subjetivo a competir no mercado, observada a garantia de igualdade de oportunidade entre os players. Ou seja, "livre concorrência" nada mais é que uma extensão do conceito de "livre iniciativa", desdobrando a liberdade de empresa na liberdade de competição entre as empresas. Assim sendo, para que, pela "livre iniciativa" e pela "livre concorrência", princípios que se complementam e se voltam à preservação do modo de produção capitalista, se possa "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", indispensável a existência de legislação que estabeleça aos players o dever jurídico de não adotarem práticas entendidas pela legislação antitruste como anticoncorrenciais, sob pena de sobre eles recair a ação disciplinadora e punitiva do Estado.

Isto posto, alcança-se a ideia central deste trabalho: é papel do Estado e da Sociedade brasileiras resguardar a implementação de regulação adequada da livre competição, alicerçada nas normas concorrenciais, para fins de assegurar a eficiência dos mercados e a valorização do trabalho e da livre iniciativa, com vistas à existência digna de todos e conforme parâmetros de justiça social.

5. CONCLUSÃO

Com base nos entendimentos expostos acima, pode-se concluir que:

(i) as relações econômicas e sociais adquirem feições cada vez mais complexas, em uma realidade em que o cenário econômico-empresarial dialoga de maneira frequente com o contexto sócio-político em que se insere;

(ii) o Direito, mais especificamente o Direito Empresarial e o Direito da Concorrência, não fica imune a esses "novos ares" para o exercício da atividade econômica;

(iii) o exame da função socioeconômica da empresa tem por premissa relevante o conceito de Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, Constituição Federal, cujos

fundamentos são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político;

(iv) o Estado Democrático de Direito e seus fundamentos devem orientar a interpretação e efetiva aplicação prática dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, inclusive no que se refere ao reflexo desses elementos na legislação infraconstitucional;

(v) no mercado, objeto do direito da concorrência, destacam-se as relações entre agentes, produtos, distribuidores, consumidores, serviços e receitas;

(vi) as normas concorrenciais devem atuar como mecanismos de garantia da eficiência econômica dos agentes envolvidos nos fluxos e relações nele travados e, ainda, como forma de assegurar que tal contexto cumpra com a sua função constitucional de valorização do trabalho e da livre iniciativa, com vistas à existência digna de todos, conforme parâmetros de justiça social;

(vii) o empreendedor, à luz do que dispõe a Constituição Federal, deve garantir que parâmetros mínimos de respeito aos direitos dos outros sejam observados;

(viii) nesse contexto, a função socioeconômica da empresa dialoga diretamente com a livre iniciativa e a livre concorrência, sem perder de vista a proteção aos trabalhadores, consumidores e meio ambiente;

(ix) o Direito da Concorrência deve beber dessa fonte;

(x) para tanto, é necessário o diálogo entre a finalidade do Direito da Concorrência e sua atuação sobre os agentes que atuam nesse mercado relevante, à luz dos ditames constitucionais, sobretudo daqueles estampados no art. 170, Constituição Federal;

(xi) o Direito da Concorrência emerge como importante ramo do direito econômico, em que as ciências jurídicas e econômicas dialogam ativamente para a construção de regras favoráveis ao desenvolvimento, pautado em bases juridicamente seguras (que se refletem em custos de transação menos intensos para os agentes do mercado).

(xii) o Direito da Concorrência deve buscar a eficiência, permitindo-se à livre iniciativa emoldurar-se em prol do desenvolvimento econômico e do avanço tecnológico;

(xiii) além disso, a aplicação das normas do Direito da Concorrência não pode perder de vista os fundamentos da função socioeconômica da empresa, dando concretude aos princípios estampados no art. 170, Constituição Federal, com vistas a assegurar a livre

iniciativa em um contexto de valorização do trabalho, meio ambiente e mercado consumidor, voltando-se à existência digna de todos, conforme parâmetros de justiça social;

(xiv) as normas contidas na Lei nº 12.529/11 e nos atos administrativos do CADE devem ser interpretadas e aplicadas à luz dos princípios contidos no art. 170, Constituição Federal e da função socioeconômica da empresa; e

(xv) a própria Constituição Federal, em suas regras e princípios, deve ser aplicada, quando necessária, na resolução de questões atinentes à livre concorrência e iniciativa, dando-se concretude aos desejados efeitos de que trata este trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a) Obras completas:

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHEL, Daniel R. *The Economic Structure of Corporate Law*. EUA: Harvard University Press, 1955.

DE SOUZA, Carlos Aurélio Mota. *Responsabilidade social das empresas.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRAZÃO, Ana. *Função Social da Empresa. Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. São Paulo: Editora Renovar, 2011.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005

Overview of competition law in Brazil. / São Paulo: IBRAC/Editora Singular, 2015.

b) Capítulos de livros:

CAMINHA, Uinie; PEIXOTO LEAL, Leonardo José. *Defesa da Concorrência e Mercado Financeiro*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE.

c) Artigos:

CLEVE, Clemerson Merlin; RECK, Melina Breckenfeld. *A Constituição Econômica e a Interface entre Regulação Setorial e Antitruste no Direito Brasileiro*. Revista dos Tribunais *on line*. Jan/2009.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Abuso de Poder Econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente*. Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br>. Acesso em 16 de abril de 2015.

JUNIOR, Mario Luiz Elia. *O caráter instrumental dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência*. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI27067,21048-O+carater+instrumental+dos+principios+da+livre+iniciativa+e+da+livre>. Acesso em 9 abr. 2018.

MAEDA, Renata de Souza. *Direito da concorrência: Uma análise das teorias Econômicas, da ordem econômica brasileira e da conduta abusiva horizontal do cartel*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12966&revista_caderno=8>. Acesso em 5 abr. 2018.