

Uma Análise do Inciso IV do Artigo 170 da Constituição Federal

Marlene Helena de Oliveira França*

Introdução. 1 Análise conceitual da livre concorrência enquanto princípio constitucional norteador da atividade econômica. 2 Contexto histórico da livre concorrência. 2.1 Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência na Constituição de 1988. 2.2 A livre concorrência e sua relação com a livre iniciativa. 2.3 A aplicação sistemática do princípio da livre concorrência. 3 Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. 4 A possibilidade de judicialização das decisões administrativas do Cade. Conclusão.

Resumo

Este artigo versa sobre uma análise acerca do inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal, com o objetivo de esclarecer todas as nuances que envolvem esse dispositivo constitucional e suas possíveis implicações. O princípio da livre concorrência é uma consequência da livre iniciativa ou até mesmo uma forma de incidência da livre iniciativa no contexto das relações de concorrência, tendo a função de proteger o mercado. Para tanto, buscou-se o amparo teórico-metodológico em alguns doutrinadores e na legislação vigente. Entre os doutrinadores, recorreu-se a Bastos (1990), Bulos (2014), Coelho (2012), Malard (2008) e Voronkoff (2014). Na legislação vigente: Constituição Federal e Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Em relação à metodologia adotada, optou-se pela revisão bibliográfica e documental, uma vez que foi feita cuidadosa análise sobre o artigo acima mencionado. Por fim, o presente trabalho não tem um caráter finalístico, nem pretende esgotar o seu objeto de estudo, caso em que procura analisar a aplicação devida e indevida dos princípios constitucionais discutidos, mas procura ampliar o conhecimento sistemático sobre o assunto, bem como expor resultados alcançados com a utilização do mesmo.

Palavras-chave: Inciso IV/Art. 170/CF. Princípio da livre concorrência. Atividade Econômica. Constituição Federal.

* Professora Adjunta II do Departamento de Habilitações Pedagógicas do Centro de Educação (UEPB). Vice-coordenadora do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos/UEPB. Coordenadora do Projeto de Pesquisa (Pibic), intitulado: “Um estudo sobre as mulheres encarceradas no Estado da Paraíba”. Consultora do Inep/MEC e Consultora da Unesco para assuntos penitenciários. marlenecl@hotmail.com; maraufpb2013@gmail.com.

An Analysis of Subsection IV, Article 170 of the Federal Constitution

Abstract

This article deals with an analysis about Item IV, article 170 of the Federal Constitution, with the purpose of clarifying all the nuances that involve this constitutional device and its possible implications. The principle of free competition is a consequence of free enterprise or even a form of free enterprise in the context of competition relations, with the aim of protecting the market. For this, the theoretical and methodological support was sought in some doctrinators and in the current legislation. Among the lecturers, we resorted to Bastos (1990); Bulos (2014); Coelho (2012); Malard (2008); Voronkoff (2014) and laws such as: the Federal Constitution and Law 12529, of November 30, 2011. Regarding the adopted methodology, we opted for the bibliographic and documentary revision, since a careful analysis was made on the above article mentioned. Finally, the present work does not have a finalistic character, nor does it intend to exhaust its object of study, in which case it seeks to analyze the due and undue application of the constitutional principles discussed, but seeks to broaden the systematic knowledge on the subject, as well as expose results achieved with the use of it.

Keyword: *Item IV / Art. 170 / CF. Principle of free competition. Economic activity. Federal Constitution.*

Introdução

Os princípios constitucionais são um conjunto de normas que fundamentam todas as demais normas do nosso ordenamento jurídico, razão pela qual estão situados em posição de superioridade, visto que as normas subordinadas não podem contrariar as normas hierarquicamente superiores.

Como dispõe o diploma legal do art. 170 da Constituição Federal, a ordem econômica deve ter sua base na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, conforme os ditames da justiça social, e observados alguns princípios, entre eles o da livre concorrência.

Há, em relação à livre concorrência, o que podemos chamar de práticas concorrenciais ilícitas, que se dividem em concorrência desleal e infração da ordem econômica. As ilicitudes competitivas são as práticas de determinadas condutas concorrenciais não aceitas no nosso sistema jurídico. A concorrência desleal se diferencia da infração da ordem econômica porque o que leva ao cometimento da conduta ilícita é o meio utilizado para ganhar espaço no mercado; já a infração da ordem econômica é mais grave, pois ameaça a estrutura da economia de mercado.

O presente trabalho não tem um caráter finalístico nem pretende esgotar o seu objeto de estudo, caso em que procura analisar a aplicação devida e indevida dos princípios constitucionais discutidos, mas procura ampliar o conhecimento sistemático sobre o assunto, bem como expor resultados alcançados com a utilização desse conhecimento.

I Análise conceitual da livre concorrência enquanto princípio constitucional norteador da atividade econômica

A Constituição Federal de 1988 estabelece, a partir de seu art. 170, um conjunto de normas (microsistema) que regulam as relações monetárias entre os indivíduos, bem como entre estes e o Estado, no intuito de organizar os elementos ligados à distribuição efetiva de bens, serviços, circulação de riquezas e uso da propriedade, ou seja, a macroeconomia. Nesse sentido, o mencionado artigo condensa alguns princípios gerais da atividade econômica, os quais nos ajudam a compreender os próprios fundamentos desta, norteando a maneira de como devemos interpretá-la.

Dentre tais princípios, exsurge o da livre concorrência, o qual tem como intuito estabelecer que a concorrência, definida como a competição entre pessoas na busca do mesmo objetivo ou vantagem, não pode ser restringida por agentes detentores de demasiado poder econômico. Assim, busca-se criar um ambiente complexo na economia nacional denominado **mercado**, no qual seus sujeitos ativos estarão em constante regime de competição inovadora empresarial.

Desse modo, na qualidade de princípio norteador da atividade econômica, a livre concorrência assume duas funções essenciais na Constituição da República. A primeira seria a de princípio conformador, ou seja, ele reflete a opção ideológica do Estado no campo econômico, qual seja uma ordem neoliberal, baseada na economia de mercado e dinamizada pelo modelo concorrencial. A segunda caracteriza o papel instrumental da livre competição, na medida em que a concretização do princípio impede o abuso do poder econômico, viabilizando, principalmente, os pequenos empreendimentos.

Nesse sentido, leciona Fábio Ulhoa Coelho (2012):

A livre concorrência decorre da possibilidade do ingresso em determinado mercado econômico de novos empresários, promovendo a competição entre eles. E para que seja efetivada o Estado, como garantidor da ordem econômica, deve impedir os abusos do poder econômico que gerem concentração de mercado e falhas na concorrência.

Logo, um Estado que assegura o princípio da livre concorrência em seu ordenamento é aquele que garante aos empreendedores que o seu negócio irá competir de maneira igual perante os demais que possuam objeto semelhante, vedando que qualquer empresa goze de supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos. Trata-se da valorização de uma forma de concorrência justa, de acordo com os ditames da CF/1988.

Ainda, Celso Bastos (1990) nos traz importantes ensinamentos acerca dos efeitos decorrentes da aplicação do princípio em questão:

A livre concorrência é um esteio do sistema liberal porque é pelo seu jogo e funcionamento que os consumidores veem assegurados os seus direitos a consumir produtos de qualidade a preços justos. [...] Ademais, a livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste, essencialmente, na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É através dela que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento de seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto, numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado.

Portanto, é possível concluir que, do ponto de vista prático, a garantia da livre concorrência produz um duplo efeito em nossa sociedade. De um lado, os menores preços para os consumidores e, de outro, o estímulo à criatividade e à inovação das empresas.

2 Contexto histórico da livre concorrência

A ideia da livre concorrência ganhou espaço nas economias e, em consequência, nos ordenamentos jurídicos dos mais variados países, conforme os agentes econômicos se desenvolveram e ganharam poder de mercado, gerando situações conflituosas entre eles.

Num primeiro momento, temos o modelo de Estado Liberal que surgiu após a Revolução Francesa de 1789, predominando durante o século XIX. Tal Estado se caracterizava pela dissociação entre atividade econômica e política, ou seja, vigorava a total ausência de intervenção do Estado no domínio econômico, baseada na teoria do *laissez-faire* de Adam Smith. Acreditava-se, portanto, que o mercado se autorregularia, chegando a um equilíbrio à medida que fosse se desenvolvendo pela liberdade de seus agentes.

Logo, verifica-se que tal modelo consagrou a livre concorrência de maneira absoluta, pois rechaçou qualquer espécie de controle político sobre a economia, bem como a existência de sistema jurídico regulador desta.

Porém, com o passar do tempo, percebeu-se que esse tipo de Estado absenteísta concebido pela burguesia foi criado para atender exclusivamente aos interesses dessa classe, visto que, no regime anterior, o Estado monárquico fazia concorrência a eles, não permitindo o seu crescimento econômico. Assim, já no final do século XIX, a concorrência livre foi sendo abrandada pelas concepções coletivas do sindicalismo, pelo protecionismo comercial e pela percepção de certos impostos no setor público.

Assim, da concorrência livre se passou a um regime de intervenção do Estado na economia, sendo superados os antigos discursos de separação total entre economia e política, tendo em vista os ensinamentos de Keynes (ele dizia que, na prática, o ajustamento automático da atividade econômica não existe) e a necessidade de se garantirem certos direitos sociais diante daquele “capitalismo selvagem”. Surge, então, a era pós-liberal, caracterizada por inovações tecnológicas, por uma economia de mercado de consumo e uma competição internacional entre economias industriais nacionais rivais. Tal competição levava, portanto, à concentração econômica, controle de mercado e manipulação.

Nessa fase, o Estado norte-americano foi o que mais se desenvolveu, pois, no intento de auferirem continuamente mais lucros, formaram os *trusts*, os quais, a despeito de adotarem métodos desleais e predatórios, conquistavam cada vez maiores parcelas do mercado, coibindo a entrada de novos concorrentes e diminuindo acentuadamente a porcentagem de participação de alguns deles. Assim, o ideal de livre concorrência, segundo a concepção liberal, perdeu de vez o seu espaço nessa época.

Entretanto, o custo para a sociedade de o Estado ser o maior agente econômico passou a ser cada vez maior. Para se ter ideia, nos anos 1970, mais de 60% de toda atividade econômica brasileira pertencia ao Estado, como produtor, gerador de emprego e consumidor. Na verdade, criou-se um Estado máximo, extremamente burocrático e ineficiente, que não conseguia mais dar conta dos serviços que se obrigou a cumprir.

Em razão disso, no final dos anos 1970, foi concebido o modelo econômico que verificamos nos dias atuais, qual seja o Estado neoliberal (pós-social) marcado pelo ideal de Estado mínimo. Nesse sentido, os Estados foram orientados a diminuir ao máximo suas participações na economia,

deixando a atividade produtiva para a iniciativa privada e passando a exercer a função de fiscalizador do sistema econômico, por meio das agências reguladoras. Desse modo, o princípio da livre concorrência volta a ser valorizado, porém não mais de maneira cega ou idealizada como em outrora, visto que, se verificado o seu abuso, o Estado poderá intervir a qualquer momento para normalizar a situação.

2.1 Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência na Constituição de 1988

A Constituição de 1988, ao erigir os princípios da ordem econômica brasileira, deu condições jurídicas essenciais para o desenvolvimento de um sistema econômico independente dos outros centros capitalistas, ou seja, possibilitou que a burguesia e o Estado tivessem domínio sobre a estrutura mercantil nacional, bem como sobre sua capacidade de competir mundialmente.

Consta, tanto no artigo 1º, IV, quanto no *caput* do art. 170, o princípio da livre iniciativa. A liberdade de iniciativa econômica, no âmbito de uma Constituição que defende a justiça social e o bem-estar da coletividade, significa o livre acesso ao sujeito econômico de empreender o que almejar sem interferência do Estado, com exceção dos casos previstos em lei, é claro.

O modelo capitalista neoliberal adotado pela Constituição não implica a inexistência de intervencionismo; muito pelo contrário, exige tal medida quando necessária à manutenção e sobrevivência da economia de mercado. Desse modo, o princípio da livre concorrência não só legitima como também impõe ao Estado medidas que impliquem sua concretude.

A Constituição Federal, no § 4º do art. 173, estabelece, programaticamente, que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

A livre iniciativa é uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles devia estar incluída. De fato, o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se por meio de uma realização transpessoal. Vale dizer: por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica. Equivale ao direito que todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco. (BASTOS; MARTINS, 1990, p.25).

A competitividade é o elemento base do princípio da livre concorrência e disso decorre a sua importância no modelo econômico chamado de “capitalismo selvagem”. A livre competição possibilita a descentralização do mercado e a apropriação privada dos bens de produção, o que permite o consumidor comprar a preços mais acessíveis. É uma forma de garantir oportunidades iguais a todos, impossibilitando, pois, o monopólio do poder e a defesa de uma sociedade mais equilibrada.

2.2 A livre concorrência e sua relação com a livre iniciativa

O sistema capitalista é formado por dois elementos essenciais, a propriedade privada e a livre iniciativa, que alicerçam sua estrutura e asseguram sua coerência, equilíbrio e desenvolvimento. A concretização do regime foi iniciada com a revolução burguesa, período em que o Estado tomou posse do papel garantidor da liberdade de contrato e da apropriação de bens, até mesmo dos meios de produção, garantia que se conservou até o começo deste século, quando foi posta em debate a

precisão do bem-estar coletivo, ou seja, partia-se de um novo entendimento de liberdade, o qual se preocupa com uma liberdade coletiva e passa a ser uma condição indispensável para que cada indivíduo seja livre (MALARD, 2007, p. 02).

O artigo 1º da Constituição Federal ressalta:

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: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A Constituição de 1988, em seu art. 170, dispõe:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX - Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

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

O conceito de livre iniciativa reflete-se como um valor, referindo-se a um ideal e buscando uma ordem social aberta e democrática que permita o acesso, a permanência e retirada de todos aqueles que desejam desenvolver determinada atividade econômica, relacionando-se com a noção de liberdade, de necessidade de autorização para atuar no mercado; e também como um princípio, recebendo um caráter normativo, unificando-se em uma norma que propende proteger o “valor livre iniciativa”. Deste modo, é encontrada, com esse múltiplo perfil, como um dos princípios fundamentais da ordem econômica no *caput* do art. 170 da Constituição Federal de 1988 (ROCHA, 2006, p. 03).

As obrigações impostas pela livre iniciativa podem gerar efeitos negativos e positivos para o Estado. As positivas impõem ao ente público tomar precauções para garantir a existência e a “fertilidade” desse âmbito privado, tomando algumas medidas para o estímulo à economia e ao desenvolvimento privado; e as negativas são quando o Estado não pode interferir no âmbito privado, salvo nos casos configurados na Constituição (ROCHA, 2006, p. 4-5).

No Brasil, essa proteção evoluiu de forma gradativa, primeiramente no Império, com as Constituições de 1824 e 1891, em que vivificava o “princípio liberal” e o mercado não atuava entre seus participantes. A Constituição de 1937 trouxe as primeiras linhas de preocupação do Estado de controlar de certa forma a concorrência entre as empresas, gerando a promulgação do Decreto-Lei nº 869 de 1938, que tratou de forma específica a concorrência, tipificando assim os crimes atos que afrontavam a economia popular (SANTOS, 2007, p. 2).

Os dois princípios devem orientar a atuação dos poderes públicos, de modo que estimule a concorrência efetiva nos mercados, possibilitando um maior número de pessoas ao acesso que é produzido, pois iria manter os preços próximos ao custo de produção (ROCHA, 2006, p. 05).

Assim, ressalvadas as razões de ordem pública que reservam ao Estado a iniciativa econômica e o controle do exercício de certas atividades, há de ser assegurado a todo indivíduo o direito de livremente iniciar a atividade econômica que lhe aprouver. Naqueles limites, os únicos requisitos

necessários ao exercício de uma atividade econômica são o talento e o capital, não podendo o Estado vedar o acesso dos indivíduos aos meios de produção e instrumentos de trabalho.

Isso, porém, não significa uma imunidade total a qualquer regulação, pois a função social da propriedade e a justiça social, valores consagrados pela Constituição, impedem o exercício irrestrito de qualquer liberdade de conteúdo econômico. Essas limitações constituem, na verdade, mecanismos de proteção da própria liberdade de iniciativa, à medida que asseguram a liberdade de iniciativa de todos.

A liberdade de iniciativa compreende tanto o direito de acesso ao mercado – início de atividade econômica – como o de cessação da atividade econômica. Os agentes econômicos devem ser livres para produzir e colocar seus produtos no mercado, ações que conseguem desenvolver graças ao princípio da livre concorrência, que a todos assegura a liberdade dos mercados; devem, ainda, ser livres para cessar suas atividades, em obediência ao princípio econômico do custo de oportunidade.

É mediante a livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, da procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor.

O contrário da livre concorrência são o monopólio e o oligopólio, situações que privilegiam determinado agente produtor da atividade econômica em detrimento dos demais produtores e dos consumidores. Nesse sentido, a livre concorrência, na área econômica, representa a disputa entre todas as empresas para obter maior e melhor espaço no mercado.

Em outras palavras, a concorrência é a situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze de supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos.

Livre concorrência, portanto, significa a possibilidade de os agentes econômicos atuarem sem embaraços juridicamente plausíveis, em um dado mercado, visando à produção, à circulação e ao consumo de bens e serviços, isto é, a livre concorrência procura garantir que os agentes econômicos tenham oportunidade de competir de forma justa no mercado.

A positivação da concorrência tem a função preservadora da forma democrática de governo, assegurando a independência do Poder Público em relação ao poder econômico. Com a desconcentração do poder econômico, assegura-se a impessoalidade das decisões de mercado, impedindo-se que um ou poucos agentes econômicos decidam pela maioria dos indivíduos.

2.3 A aplicação sistemática do princípio da livre concorrência

Assim como a livre iniciativa não pode ser estudada à revelia de outros princípios e regras constitucionais, a livre concorrência não pode ser vista isoladamente. A conformação de uma ordem econômica se dá mediante a implementação de uma política econômica positivada, e a livre concorrência deverá ser integrada a essa política juntamente com os outros princípios conformadores.

Os fundamentos da ordem econômica – em especial a valorização do trabalho humano, a dignidade da pessoa humana, os ditames da justiça social, a soberania, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades regionais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte – deverão ser levados em conta no momento da aplicação do princípio da livre concorrência, seja diretamente ou por meio de normas infraconstitucionais dele decorrentes.

Isso significa dizer que a livre concorrência, passível de abalo pelo abuso do poder econômico e pela redução dos níveis de competitividade, só pode ser compreendida e aplicada com os outros interesses tutelados constitucionalmente.

Liberdade de iniciativa econômica decorre de um primado de liberdade, que permite a todo agente econômico, público ou privado, pessoa física ou jurídica, exercer livremente, nos termos das leis, atividade econômica em sentido amplo. Parte de um conceito de liberdade de exercício da profissão, para trabalhadores, e da liberdade do exercício de uma atividade econômica, para empresas. Já a livre concorrência funda-se primordialmente na isonomia, e não na liberdade (a qual, embora não esteja afastada, não é primordial). Busca-se criar as condições para que se realize um sistema de concorrência perfeita, dentro dos objetivos propostos pela Constituição da República, em seu art. 3º, e respeitando os princípios da ordem econômica. Para que possa existir livre concorrência, é imperioso que haja isonomia entre os contendores na arena do mercado.

A livre concorrência repudia os monopólios, pois eles são sua antítese, sua negação. Cabe ao Estado criar condições para que haja livre concorrência, não apenas com sua inação (exercício da liberdade), mas com ações concretas, reprimindo o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A livre concorrência, expressamente acolhida no art. 170, IV, da CF, é tida como um princípio basilar da ordem econômica nacional. Trata-se um direito negativo, de oposição ao Estado, para que não (sentido negativo) interfira na livre concorrência entre os particulares. Nesse sentido, incorpora proibição, dirigida ao Estado, de criação de privilégios ou benefícios, de qualquer ordem, especialmente tributários, para determinados agentes econômicos, o que os colocaria, imediatamente, em posição de vantagem quanto aos demais. Quanto ao seu significado, pode ser entendida como uma decorrência lógica da opção pelo modelo econômico pautado na livre iniciativa, embora esta possa haver sem dela decorrer a livre concorrência (como no tabelamento de preços). Apesar de a livre concorrência pressupor uma liberdade por parte dos concorrentes, deve haver uma regulação que assegure sua existência.

A própria CF incorporou limites à livre concorrência em seu art. 173, §4º, estabelecendo que o abuso de poder econômico que tenha por objetivo a dominação de mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário de lucros deverá ser reprimido por lei. O abuso ocorrerá na medida em que o agente econômico elimine ou procure eliminar a competição em segmento economicamente relevante. Por fim, vale ressaltar que a livre concorrência não só oferece garantias aos competidores, mas, indiretamente, também favorece os consumidores e a evolução da economia nacional, pois os concorrentes têm interesse e buscam aperfeiçoar-se na ânsia de angariar maior clientela (MORO, 2007).

A livre concorrência visa assegurar a sobrevivência do mercado e o fortalecimento da livre iniciativa. O mercado estruturado sobre esse princípio será aberto às leis da oferta e da procura, não impondo restrições quanto ao número de empresas de um mesmo setor que busquem instalar-se, a fim de conquistar seu espaço.

Para Moro (2007), não devem existir arbitrariedades por parte de empresas ou particulares, quando se trata de livre concorrência ou livre iniciativa, sob pena de estar condenando o Estado Democrático de Direito que deve ser protegido no Brasil. Esses princípios são importantes para garantir o equilíbrio do mercado, até mesmo para propiciar a redução das desigualdades regionais e sociais, e devem ser observados e fiscalizados pelo Estado, para que não haja excesso nas suas utilizações, salvaguardando, assim, os ditames da justiça social.

Cumprir destacar que, nesse caso, não é uma faculdade do Estado, mas sim uma obrigação, de intervir, agindo com o fito de proteger a economia e a sociedade, para que o equilíbrio nacional se faça presente, pois somente assim será possível o desenvolvimento econômico sustentável, com o atendimento às necessidades sociais e a todos os dispositivos constitucionais.

Se tudo ocorresse da forma como pautou a autora, seria muito fácil administrar o Estado, atingindo-se o modelo ideal de concorrência, com o mercado funcionando de forma eficiente e em total sintonia e sincronia, garantindo o bem-estar à população, bem como a justiça social, não sendo necessária a intervenção do Estado. Infelizmente, não é assim que acontece, pois em se tratando de empresas, elas objetivam o lucro, que por vezes se torna abusivo e arbitrário, face a uma falta de concorrência, por exemplo, ou por determinação de um pequeno grupo que domina o mercado em termos de determinado produto. Nesse caso, compete ao Estado intervir obrigatoriamente na economia, a fim de regular o mercado e trazê-lo à estabilidade que deve existir, cujo regramento se faz presente na Constituição Federal, a fim de combater e conter a dominação de mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros.

Essa concorrência à qual se refere a autora não é (e nem poderia ser) ilimitada, pois compete ao Estado estabelecer limites a fim de que ela não se transforme num abuso do poder econômico, o que aconteceria, caso não houvesse regramentos a serem cumpridos. O Estado terá a função de buscar uma igualdade entre os concorrentes, como já dito em momento anterior, para que seja concedido tratamento igualitário àqueles que se encontrarem em situação equivalente. Assim, a lei deve reprimir o abuso do exercício da livre concorrência, pautando-se, para tanto, nos ditames previstos constitucionalmente.

Como alicerce fundamental da economia liberal, a concorrência tem por finalidade assegurar o regime de economia de mercado, não tolerando o monopólio ou qualquer outra forma de distorção do mercado livre. Nesse sentido, é correto afirmar que a concorrência significa o ato ou efeito de concorrer, ou seja, traz em si a ideia de competição entre pessoas na busca do mesmo objetivo ou vantagem, em condições de igualdade. Na área econômica, representa a disputa entre todas as empresas para obter maior e melhor espaço no mercado (BAGNOLI, 2005).

3 Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC

O bom funcionamento do sistema competitivo pressupõe que sejam estabelecidos mecanismos que busquem defender a livre concorrência. Ao assegurá-lo, garante-se não somente preços mais baixos, mas também produtos de maior qualidade, diversificação e inovação, aumentando, portanto, o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico.

Por esse motivo, visando assegurar a livre concorrência, foi instituída a nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira, Lei nº 12.529, de 2011, que revogou a Lei nº 8.884 de 1994, trazendo diversas alterações e inovações com o fim de aprimorar, ainda mais, o arcabouço jurídico-normativo do direito da concorrência ou direito antitruste brasileiro. Conforme seu artigo 1º:

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.

A Lei nº 12.529/2011 trouxe alterações estruturais de suma importância, como a mudança da Secretaria de Defesa Econômica (SDE), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, que era o responsável por investigar os atos contra a concorrência, sua instrução processual, bem como analisar os atos de concentração que seriam submetidos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Com a nova lei, tornou-se a Superintendência-Geral (SG), órgão integrante do Cade.

Com isso, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) passou a ser formado por dois órgãos, o Cade e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae), cuja atribuições estão previstas nessa lei e serão analisadas a seguir.

O Cade, conforme Art. 4º, é a entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça. Ele possui as atribuições de investigação, instrução e decisão, acerca dos processos administrativos, que são exercidas unicamente por ele. Atua de forma preventiva, repressiva e educacional.

No caráter preventivo, ele analisa e decide, previamente, acerca das operações de concentração realizadas por grandes empresas observando os efeitos nocivos que possam decorrer de tais operações, no mercado e em sua concorrência. No repressivo, investiga e julga os responsáveis por atos e práticas que maculem a livre concorrência, bem como a ordem econômica, constituindo as infrações econômicas. Conforme o caput do art 36:

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:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

O Cade é composto por três órgãos: I- Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; II - Superintendência-Geral; e III - Departamento de Estudos Econômicos.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, conforme o art. 6º, é órgão judicante composto por um presidente e seis conselheiros, “escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal”. Possui o poder de decisão sobre a existência de infração contra a ordem econômica e de aplicação das penalidades administrativas cabíveis, além de apreciar os processos administrativos necessários para as operações de concentrações, tais quais fusões, aquisições, incorporações, dentre outros.

A Superintendência-Geral, formada por 1 (um) superintendente-geral e 2 (dois) superintendentes-adjuntos, tem como principal função a instauração e instrução de processos administrativos para apurar as infrações contra a ordem econômica, bem como a realização de procedimentos para análise dos atos de concentração.

Ao Departamento de Estudos Econômico cabe, principalmente, a elaboração de estudos e pareceres para subsidiar as decisões proferidas em julgamento pelo Tribunal, como, também, auxiliar o Conselho aliando análises econômicas a essas decisões.

Por fim, temos a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), que juntamente com o Cade, formam o SBDC. Tem como principal função a promoção da concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, cabendo-lhe a chamada: “Advocacia da Concorrência”. É, portanto, responsável por acompanhar os preços da economia, subsidiar decisões em matéria de reajuste e revisão de tarifas públicas, bem como apreciar atos de concentração entre empresas e reprimir condutas anticorrecionais.

Vale dizer ainda que ela tem a função de opinar acerca das propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos e de consumidores, das proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da Administração Pública.

4 A possibilidade de judicialização das decisões administrativas do Cade

O Cade, órgão responsável por zelar pela livre concorrência no mercado, possuindo competência para fiscalizar e julgar questões antitruste, exerce, na Administração Pública Federal, função de um Tribunal *judicante*, tendo natureza *quasi-jurídica*¹. Em que pese o complexo (e minucioso) processo decisório da autoridade, lidando não só com questões jurídicas, mas também com suas implicações econômicas (in) diretas, interesses privados e públicos e ultrapassando a dicotomia legalidade vs. ilegalidade, o órgão não exerce função **jurisdicional**, sendo esta privativa do Poder Judiciário.

As decisões do Cade, bem como seus procedimentos, possuem natureza administrativa. De tal forma, pelo fato de inexistir no ordenamento jurídico um modelo de contencioso administrativo independente, embora haja um ato decisório de um Tribunal, essas decisões estão sujeitas ao controle jurisdicional. Isso decorre da jurisdição *una* do ordenamento jurídico brasileiro e da inafastabilidade da tutela jurisdicional, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição².

Posta a possibilidade de judicialização das decisões administrativas, tem-se que a controvérsia, doutrinária e jurisprudencial, se insere na extensão desta revisão, se **ampla** ou **contida**, se restrita a questões **formais** ou podendo abranger aspectos **materiais**; havendo argumentos fortes tanto a favor quanto contra este controle judicial³ e seus limites.

No caso, a análise de aspectos **formais** pelo Judiciário, restrita a um controle de legalidade e observância das normas jurídicas do ordenamento, garantia do devido processo legal e outros direitos processuais constitucionais, bem como os aspectos formais (competência, forma, etc.) do ato administrativo, não apresenta maiores divergências. Pode-se afirmar que há entendimento sedimentado no sentido de possibilitar uma revisão/controlar desses pontos.

O controle de aspectos **materiais**, permitindo uma **ampla** revisão não só do processo decisório, mas sim do conteúdo decisório, por sua vez, apresenta alguma resistência. Alega-se que uma atuação nesse sentido seria uma invasão de competências, conforme o entendimento de alguns juristas e tribunais. Os posicionamentos mais enfáticos (e mais inquietantes) se referem ao esvaziamento das funções do Cade em detrimento de uma atuação mais expansiva do Judiciário e a tecnicidade/complexidade da matéria em questão.

Primeiramente, ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que “(...) muito embora funcione institucionalmente como um tribunal *judicante*, o Cade não perde sua vinculação ao Poder Executivo. Por essa razão, dentro da ideia de *checks and balances* (freios e contrapesos), as decisões do Cade não fogem à regra da ampla revisão do Poder Judiciário⁴. A tecnicidade, embora possa ser justificada pela complexidade da matéria, não encontra fundamento no ordenamento jurídico, não servindo como argumento para afastar a competência⁵.”

Fato é que o Poder Judiciário, enquanto esfera responsável pela interpretação final da legislação antitruste, possui um papel central no **sistema** de defesa da livre concorrência. Não obstante, há necessidade de haver uma autocontenção, de forma a evitar que o Judiciário apresente uma postura

1 Ressalta-se que o controle judicial das decisões do Cade apresenta várias nuances e sutilezas que não serão abordadas neste artigo, servindo este para apresentar um panorama geral da interação entre a autoridade antitruste e o Poder Judiciário.

2 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

3 Exemplificativamente, a favor: a impossibilidade de restringir a jurisdição do Poder Judiciário, o fortalecimento que o entendimento judicial pode trazer para influenciar as decisões do Cade, apresentando referências legais; e contra: o esvaziamento das funções e decisões da autoridade antitruste, a discricionariedade do órgão para interpretar conceitos abertos e a tecnicidade da matéria analisada.

4 STJ. EDcl no Resp n. 1.181.643 – RS (2010/0028927-4), julgado em 09 de agosto de 2011.

5 Vale ressaltar que há opiniões no sentido de que o Juiz, embora não esteja vinculado ao que fora produzido pelo Cade e seus órgãos internos, em observância ao livre convencimento, poderá (e deverá) utilizar-se de estudos e votos produzidos como se fossem manifestações periciais.

demasiadamente ativa e invasiva, culminando no esvaziamento das funções do órgão. A interação Judiciário e Cade precisa ser dialética, podendo o primeiro, por exemplo, apresentar referências legais aos órgãos do SBDC.⁶

Exemplos concretos de uma atuação neste sentido são a questão da legalidade das provas utilizadas e o *standard* de provas necessário para que se possa condenar um determinado agente a uma conduta anticoncorrencial. Decisões judiciais, no sentido de coibir a inobservância de garantias fundamentais processuais, servirão não só para aprimorar o sistema de defesa concorrencial, mas garantirão a higidez do ordenamento jurídico.

Não parece razoável atribuir ao Cade uma competência exclusiva, seja sob o manto de qualquer alegação (tecnicidade, separação de poderes etc.), para o exame de questões anticoncorrenciais, vez que isso seria contrário à própria organização interna do Estado brasileiro e do ordenamento jurídico. Conclui-se, portanto, na linha do que já fora decidido pelo STJ, que as decisões do Cade, “quer pelo aspecto horizontal (objeto da demanda), quer pelo vertical (profundidade da cognição)”⁸, *a priori*, estão sujeitas a ampla revisão pelo Poder Judiciário.

Conclusão

O princípio da livre concorrência é uma consequência da livre iniciativa ou até mesmo uma forma de incidência da livre iniciativa no contexto das relações de concorrência, tendo a função de proteger o mercado.

Tem-se por competitividade ilícita qualquer conduta de concorrência indevida, que tem punição prevista em lei, independente de natureza civil, penal ou administrativa. Nota-se que a concorrência desleal é de menor potencial que a infração à ordem econômica pelas consequências e interesses distintos que ambas têm. A finalidade é a mesma, visto que as duas têm como principal objetivo a conquista de mercado para maior obtenção de lucros.

A Carta Constitucional defende no seu art. 1º, IV, como um dos princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Ambos se encontram no mesmo inciso não por coincidência e, sim, por indissociação. Haja vista que o trabalho é uma atividade humana (produção e circulação de bens e serviços) legitimada pela iniciativa privada – garantidora do direito à liberdade econômica – e, conjuntamente, os dois elementos são propostos para assegurar a dignidade da pessoa humana: exposta tanto no art. 1º, III, CF, quanto no *caput* do art. 170 do texto constitucional.

O princípio da livre concorrencial por completar ao da livre iniciativa, dever ser entendido, também, como instrumento para se alcançar a dignidade da pessoa humana. Isso porque tal princípio garante um direito subjetivo de todos poderem competir igualmente no mercado, ou seja, pode-se deduzir que a livre concorrência é uma continuação do princípio da livre iniciativa e ambos podem assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

6 Não obstante, e conforme a estatística apresentada pelo órgão em seu Relatório de Gestão de 2009-2010, as decisões administrativas são confirmadas em 84% dos casos.

7 Neste ponto são válidas as ponderações de Daniel Coutinho da Silveira ao tratar da caracterização de carteis: “Ocorre que essa necessidade de demonstração do acordo existente leva a abusos na condução e arbitrariedades nos julgamentos desse tipo de causa. Diversos seriam os casos em que reuniões perfeitamente lícitas poderiam ser interpretadas como indícios de conluio para a formação do cartel. Esses exageros podem ser verificados pela falta de controle do risco na interpretação da norma que precisa ocorrer para não criar distorções em sua aplicação.” *In: Prova argumento e decisão*: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro. Dissertação de Mestrado – USP.

8 STJ, EDcl no Resp n. 1.181.643 – RS (2010/0028927-4), julgado em 9 de agosto de 2011.

Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990, v.7.
- BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
- BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo – SP: Saraiva, 2014.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial**: com anotações ao projeto do código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34.
- DE ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé. **Introdução ao Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo – SP: Saraiva, 2012.
- DE PAULA, Daniel Giotti. **Universo Jurídico. Livre Concorrência**: Uma Análise Discursiva Aplicada ao Direito. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1816/livre_concorrancia_uma_analise_discursiva_aplicada_ao_direito. Acesso em: 5 de abr. de 2017.
- MALARD, Neide Teresinha. **A liberdade de iniciativa e a livre concorrência**: as questões jurídicas do poder econômico. 2007. Disponível em: <http://php.iesb.br/atena/arquivosSistema/artigosTextos/7.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2008.
- MORO, Maitê Cecília Fabbri. **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. Coordenador Geral Dimitri Dimoulis. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 220-221.
- ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Implicações do Princípio da livre iniciativa e da livre concorrência sobre o perfil constitucional da propriedade intelectual**. 2006. Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-2.pdf. Acesso em: 3 nov. 2008.
- SANTOS, Renata Rivelli Martins dos. **Qualificação Jurídica da Concorrência e o Direito Societário**. 2007. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2007/renatarivellimartinsdossantos/concorrancia.htm>. Acesso em: 2 nov. 2008.
- VORONKOFF, Igor. O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração. **Revista Cade**, nov. 2014.