

BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Nélida Cristina dos Santos*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Direito e a Economia; 3. A Constituição Federal de 1988 e a Constituição Econômica; 4. O fenômeno da concorrência e a atuação estatal; 5. O princípio da livre concorrência; 6. Considerações finais; 7. Bibliografia.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 prestigia, em seu artigo 170, IV, o princípio da livre concorrência, primado de fundamental importância para a manutenção do modelo jurídico-econômico adotado por nosso ordenamento positivo. Nesse sentido, a livre concorrência, fenômeno estudado na Ciência da Economia, é impregnada de força normativa para, frente às realidades sociais, instalar os ditames jurídico-econômicos perante a sociedade. A proposta de nosso estudo é destacar, na área da Economia, tal fenomenologia e apresentar, perante o Direito, seus relevantes aspectos.

2. O Direito e a Economia

Podemos traçar algumas linhas, conforme os ensinamentos de Fábio Nusdeo¹, a respeito da Economia para, em seguida, traçarmos sua interface com o Direito. Diz o supracitado autor:

“A primeira idéia do que venha a ser a economia, como atividade humana e como objeto de estudo científico, pode ser facilmente apreendida a partir de duas constatações básicas, as quais decorrem da experiência e da vivência do quotidiano.

A primeira delas é a de que não é possível estabelecer ou antever um limite para as necessidades humanas. Ou seja, elas podem ser vistas como tendentes a se multiplicarem ao infinito.

... Mas isto já nos aponta para a segunda das duas constatações, que, conforme se afirmou, levam ao conceito de economia.

* Professora Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e Professora Titular de Direito Concorrencial da Universidade Municipal de São Caetano do Sul. Professora do MBA da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Mestre e Doutoranda em Direito Tributário pela PUC/SP.

¹ Curso de Economia, p.23/25.

... *A lei da escassez é uma lei férrea e incontornável, tendo submetido os homens ao seu jugo desde sempre, levando-os a se organizarem e a estabelecerem entre si relações a fim de enfrentá-la ou, melhor falando, conviver com ela, atenuando-lhe o quanto possível a severidade.*"

Podemos observar que a atividade humana relevante para o cenário econômico é àquela aplicada na escolha de recursos para o atendimento das necessidades humanas. Nesse sentido, o respeitado autor² ensina a respeito da atividade econômica: "Em uma palavra: é a administração da escassez. E a Economia, o estudo científico dessa atividade e, portanto, das relações e dos fenômenos dela decorrentes que se estabelecem em sociedade."

Basicamente, quanto à escassez dos recursos, a Economia enfrenta três problemas: (i) *o quê e quanto produzir*: neste núcleo faz-se necessário alcançar as seguintes respostas: quais produtos (bens e serviços) deverão ser produzidos, e em quais quantidades; (ii) *como produzir*: para este item, os questionamentos são outros: por quem, com que recursos, e de que maneira (tecnologia) os bens e serviços serão produzidos; (iii) *para quem produzir*: neste quesito a pergunta é: para o consumo de quem se destinam os bens e serviços produzidos.

As respostas serão alcançadas, a partir de uma abordagem frente às formas de organização econômica, ou seja, de acordo com forma que a sociedade está organizada para desenvolver as atividades econômicas, estas que em regra são afetadas à produção, circulação, distribuição e consumo de bens e serviços.

Façamos então algumas considerações a respeito das mencionadas formas de organização ou sistemas econômicos segundo o professor Marco Antônio Sandoval de Vasconcelos³ em suas lições.

Começemos pela Economia de Mercado ou Capitalismo. Na sua forma pura não existe, nem, nunca existiram exemplos no mundo real. Segundo sua teoria, o Estado (governo) cuidaria apenas das forças armadas e da polícia, mas não interviria na economia.

Outra há, e é a Economia Mista de Mercado ou Capitalismo com a presença do Estado. A maioria dos países atualmente optou por esta forma. É o capitalismo com a maior intervenção no mercado, para este sistema, os três problemas poderão ser solucionados pelo mercado, através do equilíbrio entre a oferta e a demanda.

Por fim, a Economia Centralizada ou Comunismo, àquela cujo controle da Economia é feito pelo Estado. Dos países que a adotam, alguns são: Cuba, China, Coreia do Norte. Antes de 1990, também URSS e países satélites.

² Idem, p.28.

³ Conforme ensinamentos da obra *Economia – Micro e Macro*, Editora Atlas.

Estabelecidas estas breves informações iniciais, cabe-nos analisar, sob a ótica jurídica, o tratamento que esta fenomenologia econômica recebe. O Direito, representado pelo conjunto de regramentos válidos num dado território, dispõe de atos normativos e, mais expressivamente, de veículos legislativos.

3. A Constituição Federal de 1988 e a Constituição Econômica

O Texto Constitucional revela à sociedade o perfil do Estado, entendido este como uma organização jurídica coercitiva de determinada sociedade e cuja finalidade é a de regular globalmente as relações sociais de determinado povo fixo em dado território sob um poder, segundo os ensinamentos de Ataliba Nogueira⁴.

Nesse passo, estampado na Constituição Federal estará todo o regramento estrutural da sociedade, o delineamento da postura estatal, o perfil de atuação do cidadão integrante da sociedade, e a regulação dos fenômenos econômicos, dentre outros direcionamentos.

O Estado, necessariamente, deve se posicionar frente à sociedade para que as balizas jurídicas sejam fixadas. E a presença do direito é fundamental para fixar essa atuação, ordenando assim os comportamentos humanos envolvidos nesta estrutura.

A Constituição Federal de 1988 garante ao cidadão a livre iniciativa no que se referem as suas atividades econômicas, gerando assim o delineamento de um verdadeiro arcabouço jurídico econômico, previsto nos artigos 173 a 192.

Nesse sentido, a atual Carta Magna não inovou, visto ser a Constituição de 1934, a precursora dos princípios e normas relativos à ordem econômica, sob a influência da Constituição de Weimar, segundo José Afonso da Silva⁵, configurando assim o perfil de uma Constituição Econômica, delineador de um verdadeiro modelo dirigente constitucional brasileiro.

O Estado Brasileiro, portanto tem-se posicionado frente à sociedade, fornecendo a programação dos objetivos ou metas para a comunidade a qual se dirige no que concerne à fenomenologia econômica. Segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca⁶:

“O Estado utiliza-se de instrumentos jurídicos para conduzir a economia. Assim torna possível a formulação de uma política econômica impregnada de estabilidade e certeza, visando o alcance da justiça substancial”.

Acompanhando o mesmo raciocínio Eros Roberto Grau⁷, assevera:

⁴ Lições de Teoria Geral do Estado, p.67.

⁵ Curso de Direito Constitucional Positivo, p.760.

⁶ Direito Econômico, p.213.

⁷ A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica), p.86.

“Se, por um lado, a teorização da Constituição Econômica mais conturba do que auxilia a esclarecer o fenômeno das Constituições dirigentes, melhor sorte não acompanha a da ordem econômica, que só assumiria significação, para conter aspecto de relevância jurídica, quando referida como ordem econômica constitucional. Cumpra indagarmos da utilidade do conceito.

Finalidade dos conceitos jurídicos é a de ensejar a aplicação de normas jurídicas. Não são usados para definir essências, mas sim para permitir e viabilizar a aplicação de normas jurídicas. Logo, não é um conceito jurídico. Prestam-se unicamente a indicar, topologicamente, no texto constitucional, disposições que, em seu conjunto, institucionalizam a ordem econômica (mundo do ser). Cuida-se, pois, de conceito ancilar da Dogmática do Direito e não do Direito”.

Em suma, os autores abordam o conceito de Constituição Econômica, como uma forma do Direito conduzir o fenômeno econômico, gerenciando a liberdade da atividade econômica do particular.

4. O fenômeno da concorrência e a atuação estatal

A Ciência da Economia, dentre vários, possui o papel de estudar o fenômeno da concorrência diante do mercado. E perante a doutrina econômica, ressaltando os ensinamentos do professor Marco Antônio Sandoval de Vasconcellos⁸, a Concorrência Perfeita ou Pura é representada por uma concepção teórica (ideal), logo não existente na realidade. Somente alguns poucos mercados se aproximam desta concepção.

As características mais acentuadas são: (i) a existência de muitos compradores e muitos vendedores; (ii) o preço é “dado” para firmas e consumidores; as firmas são incapazes de alterar o preço; (iii) os produtos são homogêneos, ou seja, são substitutos perfeitos entre si; (iv) há transparência de mercado (completa informação sobre o preço do produto); (v) não há barreiras ao ingresso de novas firmas no mercado, e finalmente, (vi) o equilíbrio automático de mercado só ocorre na concorrência perfeita.

Observamos, portanto, que tal fenômeno gerará para a sociedade, uma gama variada de atividades econômicas, e o Estado, terá seu papel calcado no dever de gerenciar, pelo meio normativo, as regras que concedam à sociedade o equilíbrio entre ela e o mercado.

Novamente, focaremos as formas de organização econômica do Estado, tendo em vista que a concorrência será administrada em cada modelo, de forma diferenciada.

Para a Economia de Mercado, todos os agentes econômicos, entendido assim as pessoas e as empresas, agem de forma egoísta visando maximizar os seus lucros – as empresas – ou a

⁸ Cf. *Economia Micro e Macro*, Editora Atlas.

sua satisfação – as pessoas. O Estado não interfere no sistema. Não há preocupação estatal em gerenciar o sistema, que funciona e se auto-regula eficientemente, através dos sinais dados pelos preços, que geralmente se formam através da Lei da Oferta e da Demanda. O mercado é a solução mais barata (logo mais eficiente) para se realizar trocas, que é a essência do problema econômico.

No que tange à forma de Economia Mista de Mercado, a doutrina aponta a ocorrência de duas falhas em seu funcionamento. São elas: imperfeições na concorrência dos mercados, ou seja, a existência de monopólios, oligopólios e sindicatos, e também, alguns efeitos externos como custos que o mercado não contabiliza, como por exemplo, poluição ambiental, construção de estradas em que todos pagam, mas só alguns usam, dentre outros.

Diante dessas falhas, o Estado passa então a agir, para corrigi-las, regulamentando os monopólios e oligopólios⁹, investindo em áreas específicas para reduzir a pobreza e realizando certos investimentos.

Esta atuação interventiva do Estado tende a acentuar a liberdade concorrencial, pautada no equilíbrio entre os grandes grupos e as pequenas empresas, estas detentoras do direito de também estar no mercado.

Os ensinamentos de Fábio Nusdeo¹⁰ nos apontam ser a concorrência perfeita, a primeira de uma graduação, acompanhada da concorrência imperfeita ou monopolista, o oligopólio, e por fim o monopólio.

A idéia traçada pelo autor é de que o equilíbrio da concorrência perfeita é feito pelo próprio mercado, e no que se referem às outras estruturas, todas possuem um grau maior ou menor de intervenção estatal, diretamente relacionada com os titulares do controle de mercado.

A outra forma de organização econômica da Economia Centralizada pressupõe o comunismo, ou seja, não há liberdades políticas referentes à representatividade popular ou relativa aos direitos humanos, por se tratar de ditaduras. Os problemas básicos são determinados por órgãos planejadores centrais ao invés do sistema de mercado que está assentado na oferta e procura.

A proposta de solução pauta-se pela inicial determinação das necessidades da população, após, verificam-se quais os recursos técnicos são disponíveis para a produção e finalmente são selecionadas as necessidades prioritárias, fixando-se as quantidades de cada bem a ser produzidos, calçado nas metas de produção-consumo.

⁹ Monopólio, segundo Fábio Nusdeo “corresponde a uma situação na qual apenas uma pessoa ou uma empresa se apresenta como vendedora de um dado produto. Manifesta-se aqui em toda a sua plenitude o poder econômico, pois o monopolista está em condições de atuar simultaneamente nas duas variáveis que caracterizam a compra e venda, isto é, o preço e a quantidade. Pode, por conseguinte, reduzir a quantidade oferecida, criando destarte uma sensação de escassez e, ao mesmo tempo, fixar o seu preço tão alto quanto possível. E *Oligopólio* é o regime no qual a oferta está concentrada nas mãos de poucos. Do grego *oligos* (poucos) e *polein* (vender). Isso sucede não apenas quando os vendedores formam realmente um pequeno grupo, como também quando, muito embora em grande número, há profunda diferença de envergadura econômica”. *Curso de Economia*, p.267/269.

Em suma, o fenômeno da concorrência pressupõe uma liberdade na competição empresarial e o equilíbrio pode ser fixado pela presença estatal, por meio da intervenção no domínio econômico.

5. O princípio da livre concorrência

A ordem jurídica pátria prevê o funcionamento ideal da sociedade em relação ao seu comportamento, seja no campo social, econômico ou tributário dentre outros. O Texto Constitucional veicula regramentos de acentuada importância para a sociedade, principalmente por delimitar o campo de atuação das autoridades exercentes do Poder Judiciário, Executivo e Legislativo.

Nesse sentido surgem previsões constitucionais de acentuada importância, ao lado das normas jurídicas, os princípios jurídicos. O mestre Roque Antonio Carrazza¹¹ ensina haver na Constituição Federal, normas qualificadas ou princípios e os conceitua:

“Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.

Os princípios constitucionais possuem vários papéis perante o ordenamento jurídico, dentre eles fixar os fundamentos do Estado e limitar o poder de tributar são alguns. Torna-se importante ressaltarmos a fixação, ou melhor, a delimitação da Ordem Econômica, ao lado da Financeira, traçados pelos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal, pois o legislador constituinte optou em impregnar de carga axiológica, certos mandamentos em detrimento de outros.

O Estado Brasileiro, diante do primeiro dispositivo da Constituição Federal, adotou como fundamento, a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho. Atrou a tais valores, o princípio da livre concorrência inserido na Ordem Econômica, no artigo 170.

Em análise mais apressada, poderíamos afirmar que tal menção poderia caracterizar uma repetitiva preocupação do Constituinte frente às atividades econômicas passíveis de serem cumpridas pelos cidadãos. Tal redução interpretativa é um equívoco, visto serem tais conceitos bem distintos.

As lições de Miguel Reale¹² devem ser lembradas:

“Ora, livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencial-

¹⁰ Idem, p.262.

¹¹ Curso de Direito Constitucional Tributário, p.29.

mente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170.

Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o 'princípio econômico' segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças de disputa de clientela na economia de mercado.

Acorde com essas diretrizes básicas é dito no art. 173, que 'a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei'. Há nessa disposição dois valores a destacar, a saber: o caráter excepcional da exploração econômica pelo estado, e a exigência prévia de lei que a autorize, definindo os fins visados.'

Podemos afirmar que o princípio da livre concorrência é a manifestação do direito constitucional da livre iniciativa e a Constituição Federal de 1988 garante ao cidadão liberdade de atuação no que se refere às atividades econômicas.

Algumas importantes considerações a respeito do ditame da livre concorrência podem ser fixadas, a partir da análise constitucional, vejamos:

O livre exercício de qualquer atividade econômica assegurado a todos, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei; (ii) algumas atividades econômicas são privativas do Estado, pois são necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. O texto constitucional determina que devam ser previstas em lei.

A empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, terão seus estatutos jurídicos previstos em lei, que disporá sobre a função social da entidade e suas formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Nota-se que a liberdade traçada pelo princípio da livre concorrência não é total, pois o Estado atua em caráter privativo em algumas atividades, mas é ampla, pois a Constituição Federal estabelece regramentos mínimos restritivos ao particular e de forma equivalente, para o ente estatal também, ao exercer a prática de atividade econômica, o tratamento não deve diferir daquele oferecido à iniciativa privada.

6. As práticas abusivas em face do princípio da livre concorrência

A livre concorrência está configurada como um dos princípios da ordem econômica e para garanti-la, a Constituição Federal, em seu artigo 173, § 4º, determina que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação de concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Os dispositivos, constitucionais e legais, visam tutelar a livre concorrência, protegendo-a contra a tendência da concentração capitalista – cabe ao Estado intervir somente para coibir o abuso, quando a concentração de poder econômico é exercida de forma anti-social, de forma a prejudicar a livre concorrência. Quando o poder econômico passa a ser usado com o propósito de impedir a iniciativa de outros ou passa a ser fator concorrente para o aumento arbitrário de lucros, o abuso fica manifesto.

A Constituição Federal reprime as práticas abusivas, se traduzindo num fator de intervenção do Estado na economia, em favor a economia de livre mercado. No entanto, a concentração capitalista, por si só, não é um fenômeno patológico, mas uma realidade perante o novo Estado, que não se modificará com mera determinação legal formal. A economia está centralizada nas grandes empresas e seus agrupamentos e isto é uma característica do mercado mundial atual.

O Texto Constitucional não deixa dúvidas quanto ao fato da concorrência ser, entre nós um meio, um instrumento para o alcance de outro bem maior, de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Assim, as práticas de concentração de mercado não devem ser vistas como algo prejudicial ao Estado e à sociedade, já que submetidos aos principais instrumentos antitruste¹³.

Uma determinada prática concentracionista poderá ser autorizada se trouxer benefícios ao mercado. E tais benefícios, como são aferidos? Verificando se as operações empresariais estão de acordo com os princípios constitucionais aplicados à ordem econômica, se melhorias forem apresentadas ao consumidor, ao meio-ambiente, ao desenvolvimento tecnológico do país, se houver geração de empregos, entre outros reflexos positivos evidenciados pela operação.

¹² *Aplicações da Constituição de 1988*, p.14.

¹³ A Lei Federal 8.884/94 prevê as infrações configuradas pelas práticas abusivas e também a estrutura e funcionamento do

As normas de defesa da concorrência, devido à sua instrumentalidade, são uma forma de programar políticas públicas, especialmente políticas econômicas entendidas como meios de que dispõe o Estado para influir de maneira sistemática sobre a economia.

7. Considerações finais

O Estado Brasileiro, por força de sua Constituição Federal, acatou a Economia Mista de Mercado e, portanto, previu a livre concorrência ao lado da livre iniciativa, como ditames da justiça social.

Nesse sentido, o fenômeno da concorrência, surgido no campo econômico e alçado a categoria normativa, pressupõe uma liberdade ampla, mas não total, na competição empresarial e o equilíbrio fixado pela presença estatal, por meio da intervenção no domínio econômico.

Podemos afirmar, de maneira conclusiva, que o princípio da livre concorrência é a manifestação do direito constitucional fundamental da livre iniciativa e a Constituição Federal de 1988 garante ao cidadão liberdade de atuação no que se refere às práticas de atividades econômicas, estimulando assim a competitividade empresarial. Ao Estado, por intermédio de seus agentes e respectivas prescrições, cabe o fomento à livre concorrência e a fixação de restrições à ocorrência de práticas abusivas.

8. Bibliografia

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico – Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo: Malheiros, 1990.
- NOGUEIRA, Ataliba. *Lições de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval. *Economia – Micro e Macro*. São Paulo: Atlas, 2006